

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ENTRE ECUADOR Y CUBA

Comparative Analysis of Public Procurement Systems Between Ecuador and Cuba

JANETSY GUTIÉRREZ PROENZA¹

Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito comparar los sistemas de contratación pública de Ecuador y Cuba, en relación con la implementación de modelos económicos que los Estados utilizan para transparentar su gestión en su gobierno y aseverar un ejercicio democrático. De esta manera, el objetivo de este trabajo es demostrar las particularidades de cada país aplicadas a la contratación pública, mediante el estudio de su normativa para determinar así sus fortalezas y debilidades.

Palabras clave

Contratación pública, Bienes, Servicios, Gobierno, Gestión gubernamental.

Abstract

The purpose of this paper is to make a comparison between the public procurement systems of Ecuador and Cuba, in relation to the implementation of economic models that the states use to make their management transparent in their government and assert an exercise democratic. Thus, the objective of this work is to demonstrate the particularities of each country applied to public procurement, through the study of its regulations to determine its strengths and weaknesses.

Keywords

Public Procurement, Goods, Services, Governments, Government Management.

1. Introducción

La contratación pública tiene una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional, y representa una proporción significativa del PIB nacional. En la obra *Panorama general* de la labor de la Organización Mundial de Comercio en materia de contratación pública (OMC, 2017) se menciona:

A nivel nacional, la contratación de bienes y servicios por organismos gubernamentales proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas. Los sistemas de contratación pública repercuten de forma significativa en el uso eficiente de los fondos públicos y, en términos más generales, en la confianza pública en los gobiernos y en la gobernanza (OMC, 2017).

¹ Máster en Derecho Empresarial, especialista en Derecho Penal y Derecho Ambiental. Docente de la Universidad Central del Ecuador. Correo electrónico: jgutierrezp@uce.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9151-0801>.



El desarrollo del Estado ha tenido como respuesta, en las últimas décadas, un movimiento que promueve la reducción del campo de acción estatal a través de la privatización de muchas de sus actividades; esto repercute en la eficacia del aparato estatal y enmarca una corriente de política económica sobre la realización de un programa de reformas económicas que permitan establecer principios orientados a mejorar la complejidad de su organización.

Es decir, el nuevo punto de partida del Derecho público es que “el Estado-organización no es ya la única institución de salvaguardia del interés general, el control de los intereses colectivos no es exclusivamente suyo ni asume con carácter de monopolio el proceso de satisfacción de las necesidades colectivas” (Frías y Borges, 2009, p. 10).

Frente a estos retos, la contratación pública representa una parte importante del mercado y la gestión administrativa de un país. Esta es necesaria en la formación de un sistema que permita la articulación y armonización, mediante procesos ágiles y transparentes de todas las instituciones y organismos a todos los niveles e instancias relacionados con la programación, proyección y prolijidad en la administración para la adquisición y ejecución de bienes, servicios y obras que se ejecuten con fondos públicos.

Asimismo, debe dar acceso a la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas, contribuyendo al desarrollo de la producción nacional y la generación de recursos para la economía. El sistema de contratación pública dinamiza las actividades productivas, industriales, comerciales y de los servicios; coadyuva a innovar la tecnología y el desarrollo científico, fomenta la mejora de los servicios profesionales y especializados y consolida la acción del Estado.

Al efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC en sus fundamentos 11) y 12) manifiesta:

La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, por lo que resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones que asegure que los bienes, servicios u obras respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos (Sentencia, 2003).

Considerando que la contratación estatal es el conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las identidades del Estado puedan llevar a cabo sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad, los cambios más recientes en la economía a nivel internacional y nacional implican varios desafíos para la sociedad y especialmente para el marco legal de los contratos públicos en el Estado.

Numerosos elementos han generado un aumento y complejidad en los mercados comerciales, entre los cuales se recalcan la globalización y la creciente transnacionalización e informatización de las operaciones financieras o bancarias, los avances en los procesos de integración o convenios internacionales y regionales, entre otros. Esto obliga el ajuste y aproximación normativa e institucional.

En ese contexto, ha existido la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que regulen correctamente la contratación en el sector público de la economía con el propósito de garantizar la racionalidad y el uso eficiente de los fondos públicos, “concretamente en el marco de la adjudicación de tales contratos mediante procesos transparentes y democráticos.

En este sentido es oportuno referirse a la Convención de las Naciones Unidas contra actos de corrupción, realizada en el año 2003” (ONU, 31 de octubre de 2003). En la que se introduce un conjunto de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción.

Es así como la Convención en su artículo 9 sobre Contratación Pública y gestión de la hacienda pública establece que “cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción” (ONU, 31 de octubre de 2003).

Bandeira de Mello citado por López ha afirmado que “si los particulares disponen de amplia libertad para vender, adquirir, arrendar, contratar y ejecutar obras y servicios; en cambio los sujetos del sector público para hacerlo necesitan de un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido, tal procedimiento se denomina licitación” (López, 1999). Luego, la naturaleza de la licitación consiste en un procedimiento administrativo que, a juicio de Fraga, “es todo procedimiento integrado por el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo” (Fraga, 1977).

De todo lo mencionado anteriormente se colige que el bien jurídico protegido por esta institución es la administración pública o el correcto desempeño de la función administrativa del Estado, evitando que los intereses públicos queden a merced de la codicia, la mala fe y las manipulaciones de los particulares (Castillo, 1994).

Es así, que se ha pretendido analizar los sistemas de contratación pública entre Ecuador y Cuba, a fin de comprobar el cumplimiento de los pedestales que conforman a la contratación como uno de los elementos fundamentales en el desarrollo de los estados y en el cimiento de sus bases democráticas. Ello nos permite acercarnos a la comprensión y conocimiento de las marcadas diferencias que existen a pesar de seguir líneas paralelas en la consecución de estándares de desarrollo para sus pueblos, para diagnosticar sus fortalezas y debilidades.

2. Principales características del sistema de contratación pública de la República del Ecuador

En Ecuador, a partir de la Constitución del 2008, la contratación pública se ha constituido en uno de los pilares fundamentales para alcanzar los objetivos propuestos de redistribución de forma igualitaria de la riqueza en pro de erradicar la pobreza con una planificación solidaria. Al analizar históricamente las transformaciones en el marco de las contrataciones públicas, es fácil elucidar el avance que ha alcanzado el tema en las áreas tecnológicas, jurídicas y económicas; y que delimitan un antes y un después en el campo de esta rama.

La antigua Ley de Contratación Pública de 1990 mostraba inconsistencias que repercutían en el correcto funcionamiento del sistema, y, por consiguiente, en el manejo y control de la gestión pública. Entre las evidentes debilidades de esta ley, según Rafael Correa son:

La falta de planificación, ineficiente y mala utilización de los recursos financieros, la improvisación, la ausencia de capacitación, la falta de especialidad en los representantes de los contratantes para las decisiones respecto de la materia, la oscuridad en la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos y las formas de resolver las controversias; así como también la dispersión normativa para las contrataciones inferiores al denominado concurso público de ofertas (Correa, 2008).

La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública (LOSNCP), publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora; en cuyo “Considerando” se resume el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica que fomente la agilidad, eficiencia y transparencia de los procesos de contratación (LOSNCP, 2008).

En este sentido, operaron una serie de cambios innovadores, que privilegiaron la planificación y la organización del Estado, la optimización de los recursos públicos sobre la base de un ordenamiento jurídico uniforme. Entre los principales están, el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, establecimiento de principios básicos uniformes, un cuerpo normativo extenso que opera sobre las contrataciones de las entidades definidas en su ámbito, mecanismos y elementos que no se quedan en una simple actualización de la contratación pública, sino que se adaptan a la sociedad moderna.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11 numeral 9 determina que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias/os, y empleadas/os públicos en el desempeño de sus cargos.

Esto reviste particular importancia en relación con la contratación pública, fijándose la responsabilidad de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos, los que pueden ejecutarse precisamente mediante la contratación. Por su parte, el artículo 66 numeral 16, establece la libertad de contratación.

Asimismo, los artículos más importantes del referido texto son los 287 y 288 que señalan:

Art. 287.- Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley.

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas (Nacional, 2008).

Por su parte el artículo 397 en el que, dentro de la sección de Política Comercial, se analiza la contratación del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras considera que se impone la renuncia de estas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático. Los artículos 316, 407, 408, entre otros, aluden sobre el régimen de la administración del Estado.

2.1. La naturaleza jurídica de la contratación pública en Ecuador

Mucho se ha abordado sobre la definición de contrato administrativo o público, nuestro objetivo, no es llevar a cabo un análisis teórico-doctrinal sobre los elementos que componen al contrato de derecho público, pues más allá de las posiciones adoptadas podemos establecer que los Contratos Administrativos, en general, son aquellos en que intervienen la Administración Pública en cualquiera de sus esferas; además, para que el contrato sea

administrativo deben tener por objeto la satisfacción directa de una necesidad pública. La LOSNCP, lo conceptualiza en que se refiere a:

Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra (LOSNCP, 2008).

Es decir, reduce su ámbito de acción a 4 tipos de contratos: adquisición, ejecución de obras públicas, prestación de servicios y consultorías. De esta forma el Estado tiene la potestad para contratar con personas sean estas públicas o privadas, nacionales o extranjeras convirtiéndose en sujeto de contratación mediante sus instituciones y organismos que tengan personería jurídica.

Las inhabilidades y causales de nulidad para contratar están previstas en la Constitución de la República (art. 152) y la propia LOSNCP y en otros cuerpos normativos como el Código Civil.

2.2. Principales avances y desaciertos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Evidentemente, con la creación de una nueva Ley de Contratación y que ha ido perfeccionándose desde su vigencia, se establecieron importantes avances para la gestión y control de la administración pública. Las normas, reglas, procedimientos y mejoras prácticas para el beneficio de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública en aras de mantener procedimientos transparentes, oportunos, ágiles y eficientes en beneficio de toda la sociedad se hacen perceptibles, entre ellos se destacan:

1. La uniformidad mediante un cuerpo normativo que presenta en los procesos precontractuales y de contratación normas uniformes y claras para adjudicarlos, con responsabilidades expresas de todos los intervinientes. La LOSNCP, unifica a la Ley de Contratación Pública, a Ley de Consultoría y a leyes especiales, ajustando los procedimientos para la contratación pública.
2. El establecimiento de principios básicos y fundamentales en el ejercicio de la contratación pública que, como dice el tratadista Alex Silva Calle, “e estos principios rectores establecidos en la Ley permiten dotar al sistema nacional de contratación pública de un mecanismo para asegurar eficiencia y calidad, basada en la adquisición, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría” (Calle, 2015).

Es así como los principios que gobiernan la contratación pública son muy importantes y pueden expresarse según el procedimiento de contratación en el artículo 4 de la LOSNCP, que prescribe:

“Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNCP, 2008).

3. Se crea un ente rector, el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), actualmente denominado SERCOP con nuevas atribuciones de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Ejecutivo, publicado por Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013, modificatorio de la LOSNCP.

Siendo el Servicio Nacional de Contratación Pública un “organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria”, que ejerce la rectoría del SERCOP, puede asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública; “promueve y ejecuta la política de contratación pública, establece los lineamientos generales que sirven de base para la formulación de los planes de contrataciones, administra el Registro Único de Proveedores (RUP), establece las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema; administra los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado”(LOSNCP, 2008, Art.10), entre otras.

4. La creación de un sistema oficial electrónico, mediante una herramienta informática (COMPRASPÚBLICAS) según el artículo 21, “que permite el orden y control, que aporta datos y cifras relevantes para el proceso de contratación, con la principal finalidad de darle transparencia y publicidad a los contratos estatales, proteger los recursos públicos y crear mecanismos para evitar la corrupción” (LOSNCP, 2008).

El portal de COMPRASPUBLICAS es administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Además, entre las atribuciones que la LOSNCP, le otorga al SERCOP la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos; se crea la herramienta USHAY que es muy importante ya que mediante este se realiza los pliegos, el Plan Anual de Contratación y la Calificación de las ofertas de los proveedores.

5. Se crea un RUP para ser fuente de información oficial de los proveedores a ser contratistas de la administración pública, y, también es un instrumento que los habilita, es decir, que nadie que no esté registrado en el RUP podrá ser oferente o proponente en un procedimiento precontractual de alguna institución pública, a excepción de lo que indica el artículo 18 el cual establece:

Obligatoriedad de Inscripción. - Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado. Por excepción, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP; pero, deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos (LOSNCP, 2008).

6. Con la creación del RUP se estableció poder contar con una base de datos que incluya la universalidad de los proveedores del Estado ecuatoriano. Es importante señalar que se establecen claramente las situaciones ante las que se suspende al proveedor cuando éste cae en cualquiera de las causales prescritas en el artículo 19 de la LOSNCP.

Como consecuencia de la aplicación de la Subasta Inversa podemos encontrar las siguientes ventajas; a) Importantes ahorros económicos, b) Sensible disminución de tiempo, confidencialidad entre los participantes, c) Adjudicación Inmediata.

7. Creación del Plan Anual de Contrataciones (PAC) este proceso fue creado para ingresar datos al Sistema de Contratación Pública del Estado, realizando la planificación de la Entidad Contratante para todo el año, con la herramienta del PAC el control para la adquisición de bienes, servicio u obras es más estricto pues requiere a detalle lo que se piensa adquirir, complicando a las instituciones públicas que planifican a último momento su PAC. Como parte de un modelo que aún se encuentra en perfeccionamiento, es importante indicar algunas falencias que posee, entre las que podemos destacar:
8. Mediante la derogatoria numeral 5 de la LOSNCP que deroga: “los numerales 16 y 35 del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”; y, estos son según lo expresado en el art. 31 numeral 16.

Emitir informes razonados, como requisito previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos, por un monto igual o mayor al que señale la ley para el concurso público de ofertas, haya sido o no concursado o licitado. El informe a que se refiere este numeral será expedido en el término de quince días contado desde la fecha de recepción de la solicitud y todos los documentos justificativos. La falta de informe no impedirá la celebración del contrato una vez vencido el término señalado en este inciso (Nacional, 2002).

Por lo que la Ley solo les ha dejado la facultad del control posterior a la celebración del contrato.

Esto es importante como un control previo para evitar glosas a funcionarios públicos, principalmente en los casos en que las cuantía y los montos adquieren significación por ser elevados y que su uso incorrecto acarrea actos derivados en corrupción. Si bien la normativa no eliminó el control y las funciones de este organismo con posterioridad a los contratos firmados por las instituciones, sí constituía un control importante en la gestión de la administración pública, pues de nada sirve percatarse de actos de corrupción o mal manejo de los recursos del Estado, en los que en muchas ocasiones el desfaldo es irrecuperable, a anticiparse a actos como estos. No obstante, es importante explicar que de alguna forma se ha subsanado este error a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo Nro. 155, de 12 de agosto de 2021, que reforma al Reglamento General a la LOSNCP, mediante la cual se agrega después del artículo 27, la “Sección IV”, correspondiente al “Informe de Pertinencia para la Contratación Pública”. Aunque se debe destacar que existen excepciones para la elaboración del informe por parte de la Contraloría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.11.

9. Por su parte la normativa también excluye del campo de regulación común y establece procedimientos especiales en determinados casos, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, los que serán facultativos mediante normativa específica que dicte el presidente de la República en el Reglamento General, bajo criterios de selectividad y las contrataciones que por Giro Específico del Negocio apliquen distintas empresas públicas. Es así como en el Reglamento en el artículo 104, se cumple a lo dispuesto por la ley y se desregularizan, del propio sistema, sectores estratégicos importantes que debieran estar más que controlados y normados por su importante función dentro de la economía ecuatoriana; entre ellos, las actividades hidrocarburíferas. Todo ello unido a la derogatoria novena de la LOSNCP que determina:

Deróguese todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular las siguientes:

Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se referan al ámbito de la presente Ley (LOSNCP, 2008).

Siendo así y considerando que especialmente en este tipo de contrataciones debiera existir un mayor control y regulación, por parte del Estado, constituye una falencia importante dejar en manos de la máxima autoridad de las empresas o sus delegados el ejercicio discrecional de estas actividades.

10. Si bien el SERCOP tiene amplias facultades regulatorias para ejecutar y administrar las políticas de contratación pública y que es importante atemperar los cambios y lagunas que en la perfección del sistema se requiera, no se puede propender a la publicación de un sinnúmero de resoluciones para reformar y cubrir vacíos que existe en la LOSNCP y su Reglamento General de aplicación. En la actualidad existe más de 107 resoluciones emitidas en su tiempo por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), ahora llamado SERCOP, de ellas 24 derogadas, induciendo a la equivocación involuntaria en el ejercicio de la contratación.

3. Principales características del sistema de contratación pública de la República de Cuba

En el sistema cubano el predominio del Estado sobre los recursos y la administración de estos ha traído al traste la adjudicación de contratos en el sector público, que no ha sido de los temas más desarrollados como una consecuencia lógica del propio sistema en la implementación de mecanismos de adjudicación directa. En efecto, las concesiones administrativas en este país han tenido destacables y apreciables etapas. Luego se les fustigó su existencia y empleo por no ser compatibles con los fines y funciones que debía cumplir un Estado de nuevo tipo. Además, la institución de marras sirvió como vía para lograr ciertos intereses políticos de dominación e influencia sobre la Nación, al poner en manos foráneas importantes objetivos económicos indispensables para la vida.

Cuba no ha sido exonerada de manifestaciones de corrupción administrativa en el ámbito de la administración pública, lo que recae en dos aspectos fundamentales: por una parte, la crisis económica que padece desde algunas décadas, acentuada con la carencia tecnológica, la ineficiencia de varias empresas estatales y la medida de incrementar la inversión extranjera; y por otra parte, los cambios que se imponen en las formas de gestión privada en la economía que han aumentado las relaciones entre el sector estatal y no estatal de la economía, unidas al aumento de la propia inversión extranjera. Consecuentemente, han operado reformas legislativas que, aunque no resultan suficientes para asegurar la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y suprimir los resquicios legales propiciados por tales actos, traen un indiscutible impacto económico, político, social y ético en la contratación pública cubana.

Sin embargo, para poder entender la contratación pública en Cuba, se hace necesario evocar un breve recuento histórico.

3.1. La naturaleza jurídica de la contratación pública en la legislación cubana

Como parte del proceso de cambios económicos, enfatizado por el nuevo gobierno cubano a partir del 2011, se promulgó un paquete de medidas legales regulando de manera experimental la contratación de los cuerpos normativos puede deducirse que todos parten de un “acto unilateral”. Se señala por los estudiosos y analistas del tema en Cuba que dos son los elementos fundamentales para considerar de esta forma la naturaleza de dicha institución: primero, en virtud de la soberanía del Estado, a este es al único que le compete a las concesiones, el particular o concesionario no negocia, simplemente se limita a aceptar o no las condiciones que se le imponen y el ordenamiento positivo cubano no se acoge la figura del contrato administrativo, ni los juicios emitidos por las personas con más autoridad la aceptan; por lo que la única vía propicia para implementar las concesiones es la que se está utilizando. Segundo, en este ordenamiento, hasta la fecha, al no ser reconocido el contrato administrativo, la solución que se ha encontrado es otorgar la concesión administrativa de la gestión del servicio público a través de un acto decisorio unilateral del máximo órgano administrativo el Consejo de Ministros.

Ello ha traído consigo si bien un “control” por parte del Estado, también una preocupación y distorsión en la realización del acto. Para Matilla Correa:

Consideramos que al catalogarse en nuestra legislación a la concesión como acto gubernativo o del gobierno unilateral se ha incurrido en una imprecisión técnica, pues, jurídicamente hablando, éstas se enmarcan dentro de los actos administrativos o de los contratos administrativos y no dentro de los actos de gobierno. Por eso creemos aconsejable que se sustituyan las expresiones acto unilateral gubernativo o del Gobierno por acto administrativo (nótese que eliminamos el adjetivo unilateral porque está más que demostrado que la concesión administrativa nunca será unilateral en sus efectos, por muy poco que sea el rol que se le asigne en ella a la aceptación del concesionario). Con ello se logra igualmente la finalidad que persigue el Estado cubano, al hacer ver explícitamente el papel preponderante de la Administración Pública, y se elimina una imprecisión que, desde nuestra óptica, no favorece la construcción técnico-jurídica que debe presentar cualquier cuerpo normativo (2002).

Se debe aclarar, en cuanto al párrafo precedente, que el Consejo de Ministros no produce actos administrativos. Este órgano produce actos de autoridad y gobierno, ya que, por prescripción legal, el otorgamiento le corresponde al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo; dicho Consejo, por el artículo 95, párrafo 1, de la actual Constitución, es el máximo órgano ejecutivo, administrativo y constituye el Gobierno de la República de Cuba.

Otro aspecto relevante es la conformación de las llamadas cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia. En tal sentido, resulta significativo que, según los propósitos del gobierno cubano reflejados en textos legales, los medios de producción estatales, particularmente los inmuebles, no serían vendidos sino arrendados para su uso por parte de las cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia.

Ello trajo aparejado en la realidad cubana un traspaso de las fronteras entre lo estatal y lo privado, y por consiguiente sin una regulación eficiente, surgieron insatisfacciones en cuanto a la calidad de tales servicios operados bajo la forma de «gestión estatal», a ello se le sumó el descontrol y actos de corrupción, que frente a la escasez de recursos, respaldaron la apropiación por parte de particulares y funcionarios de estas empresas el desvío sistemático de capitales provenientes del Estado (Esteban, 2012).

Es así como el gobierno con la intención de buscar mayor calidad en la prestación de servicios, ahorrar recursos y tratar de prevenir y reprimir la corrupción administrativa en la Resolución 570, de 15 de noviembre de 2012, del Ministerio de Economía y Planificación (MEP), establece el procedimiento para que se liciten los bienes de un establecimiento estatal. Así, dispone que estas licitaciones serían como regla general abiertas y que los organismos, órganos o entidades nacionales que autorizan la licitación podrán excepcionalmente decidir que esta sea restringida, dado su impacto en lo que se refiere a la prevención y represión de la corrupción que pueda derivar de esa decisión; pues, si no se precisan los supuestos jurídicos lo excepcional puede devenir en regla general en la práctica. Dispone que en toda licitación se observarán los principios de transparencia, igualdad y publicidad.

Por otra parte, los participantes en la licitación pueden, en el término de tres días hábiles a partir de la notificación del informe, presentar ante la Comisión una aclaración del informe. Por lo tanto la comisión tiene cinco días hábiles para responder y que cualquiera de los oferentes no seleccionados, puedan (luego de 5 días desde la notificación del informe) presentar la reforma ante la propia Comisión; de esta manera Comisión deberá responder en un máximo de 10 días hábiles. También, si el recurso de reforma genera una decisión diferente a la inicial se citará nuevamente a todos los participantes para dar a conocer la nueva decisión. La decisión definitiva del recurso de reforma es impugnable ante la vía judicial.

De análisis exegético al texto jurídico pueden detectarse aspectos de relevancia sobre contratación que son omitidos, entre ellos se destacan:

1. No se fija las razones para efectuar licitaciones restringidas, todo lo cual queda en el ámbito de la discrecionalidad de la administración que organiza la licitación.
2. No se establecen los plazos para las convocatorias, ni las vías para su publicación.
3. No se prevén reglas de capacidad de los concursantes tales como “capacidad técnica, profesional, económica, financiera, ética y jurídica, ni sobre los requisitos formales para acreditarla, ni las causas legales de incapacidad o inhabilitaciones para participar en las licitaciones” (Parada, 1997).
4. En cuanto a quienes forman parte del órgano administrativo licitante, no se regula la obligación del personal de respetar la confidencialidad, de no usar en su beneficio o de terceros la información privilegiada, ni a la responsabilidad por tales violaciones, las sanciones administrativas por infracciones en las licitaciones y tampoco se prevé la recusación de funcionarios administrativos como miembros de la Comisión de Licitaciones, por parentesco, amistad o

- enemistad, interés personal, o relación de servicios en la licitación, lo cual constituye una derivación lógica del principio de imparcialidad.
5. Se omiten importantes principios rectores de las licitaciones, como los de trato justo, calidad, oportunidad, concurrencia, objetividad y claridad de las reglas, entre otros.
 6. No se precisan los supuestos de nulidad y anulabilidad de los procedimientos de licitación.
 7. Existe degradación normativa, pues conforme la consolidada doctrina y práctica legislativa a nivel internacional, se supone que el régimen de licitaciones quede establecido por una ley y no por una norma administrativa ramal.

De manera que, en este caso, el régimen jurídico del procedimiento administrativo de contratación se concede un amplio espacio para la actuación discrecional y no reglada de la administración. Asimismo, es necesario recalcar la determinación clara para los procesos de impugnación si de contratación pública se trata. Numerosas legislaciones, entre ellas la ecuatoriana, han dedicado exhaustivamente desarrollar en la norma lo que en doctrina se conoce como “vicios” de los actos administrativos, que pueden ser identificados desde la convocatoria, la apertura de las ofertas, legalidad, relaciones de parentesco o interés legítimo, entre otros, lo que en la legislación cubana debido a una falta de normativa específica se adolece.

En el caso del régimen judicial sobre los procesos de contratación pública que se ventilan ante las salas de lo contencioso administrativo, es importante mencionar que la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977 (LPCAL) aplicable a este tipo de proceso cuenta con imperfecciones normativas, fundamentalmente sobre la impugnabilidad de los actos realizados por la administración en el ejercicio de sus potestades cuando subraya que de conformidad con el artículo 657, las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son apelables en la vía jurisdiccional.

No obstante, frente al Estado y sus decisiones, es risorio lo expresado por el profesor González Pérez con su probada solvencia científica en la esfera del Derecho Administrativo, el que ha expresado que “su eficacia encuentra múltiples obstáculos difícilmente superables. Pero todos giran en torno a un hecho básico: la quiebra del principio de igualdad y que por eso es la especie que mejor pone de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso” (González Pérez, 1971).

En el caso de la comercialización de los productos agropecuarios y su régimen jurídico, en la Cuba de los últimos 50-60 años, su evolución muestra una historia de encuentros y desencuentros entre el Estado y el mercado de estos productos, de decisiones muy variadas y contradictorias: aperturas, cierres y reaperturas. Diferentes estudios han confirmado la cronicidad de algunos problemas en el funcionamiento actual de dichos mercados, como:

1. Exceso de regulaciones y limitaciones en cuanto al régimen de concurrencia, “como por ejemplo la prohibición de la venta de leche vacuna y sus derivados, carne de ganado mayor, papa, café y otros productos y al mismo tiempo insuficientes regulaciones en cuanto al control estatal de los precios y la calidad” (Nova, 2010).
2. Deficiente relación precio-calidad de los productos, asociada a la insuficiente oferta, en lo cual han incidido “excesivas pérdidas de la producción en la fase de acopio y comercialización, precaria actividad de beneficio de los productos

agropecuarios” (Nova, 2013). Acaparamiento, especulación y desvío de productos desde los mercados estatales hacia otras formas de comercialización, “todo lo cual ha derivado en una incontrolada elevación de los precios y afectaciones a la seguridad alimentaria” (Nova, 2006).

3. “Deficiencias en la protección de los consumidores, asociadas a la ineficiencia, el desinterés, la falta de control y la deficiente calidad de los servicios que se ofertan en estos mercados” (Puig, 2013).

3.2. Contextualización de la realidad cubana en la contratación pública

El 7 de octubre de 2010 se dictó la Resolución 32, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este reglamento cuenta con la autorización ampliando hasta más de 200 oficios y servicios; asociado a ello, y luego de demoradas tentativas, se emitió la Instrucción 7 del Ministerio de Economía y Planificación: “Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de los productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia”, de 18 de noviembre de 2011. En estas normativas se estipuló que la relación comercial se formaliza mediante contratos y estos son aprobados en función del tratamiento que la propia entidad prescriba; es decir, mediante adjudicación directa.

A estos propósitos, el Banco Central de Cuba dictó la Resolución 101, Normas bancarias para los cobros y pagos, de 18 de noviembre de 2011. En esta autorizó a las empresas estatales a pagar a los trabajadores por cuenta propia, fijando como límite que no excedan de los gastos establecidos en el plan o el presupuesto aprobado para cada entidad.

A finales del 2011, mediante la Resolución 122 de 14 de noviembre, el Ministerio de la Agricultura autorizó la venta directa de productos agropecuarios por agricultores y cooperativas a las entidades del sector del turismo, a los fines de posibilitar mayor autonomía de gestión en las cooperativas agropecuarias y de reducir las importaciones de alimentos. En ningún caso se regularizaron los criterios para proceder a otorgar estas concesiones o adjudicaciones de contratos.

En el 2012, se dictó el Decreto Ley 295 dotando a las empresas de una mayor autonomía para asegurarse las materias primas y para comercializar los productos terminados, todo ello aparentemente para fortalecer el sistema estatal de dirección y gestión empresarial cubano. Aunque insiste en que las empresas deben garantizar el funcionamiento de su comité de contratación como órgano técnico y asesor encargado de revisar y aprobar cada transacción comercial, determinándose también que todos los contratos sean dictaminados por el asesor jurídico de la entidad contratante; pero como podrá apreciarse, no instrumenta ningún procedimiento competitivo para la adjudicación de tales contratos.

El Decreto Ley 313, Sobre la Zona Especial de Desarrollo Mariel, y el Decreto 318 que lo reglamenta, de 19 de septiembre de 2013, prevén un régimen discrecional de autorizaciones administrativas para el establecimiento de los concesionarios y usuarios en dicha zona. Sin embargo, resulta significativo que en estos textos legales tampoco se establece que deban efectuarse licitaciones, sino que por el contrario insiste en adjudicar directamente estos contratos, aunque se sabe que estas relaciones se establecerán muchas veces entre empresas estatales y empresas privadas.

3.3. Síntesis sobre el sistema cubano

1. En el marco legal cubano, en lo relativo a los procedimientos de contratación pública a pesar de las reformas introducidas en el ámbito socioeconómico, no

existe una norma general que establezca las condiciones generales de esta institución; esto trae como consecuencia: casuismo, desregulación parcial, dispersión normativa y no se trata como una institución única. Lo que atenta contra el desarrollo unitario que debe tener esta institución.

2. Se establecen normativas dispersas con viejas prácticas contractuales que no están acorde a los retos que enfrenta el país, carentes de garantías y seguridad jurídica, que permitan prevenir actos de corrupción administrativa en la gestión de los recursos públicos y acorde a los criterios doctrinales y las tendencias de avanzadas legislaciones en el plano internacional.
3. Los contratos administrativos se encuentran en los límites de los actos de gobierno, y no dentro de los actos administrativos, reforzado por una situación de monopolio por parte del Estado, en muchas ocasiones.
4. Se han otorgado excesivas potestades discrecionales para los casos en que se celebren licitaciones y el ordenamiento jurídico ha continuado resultando incompleto, deficiente, carente de sistemática y desactualizado. Esto solamente se puede resolver mediante una verdadera ley de licitaciones o contratación pública, acompañada de las demás normas de Derecho Administrativo de las que aún carece el país.
5. Se imponen condiciones contrarias al derecho, o que limitan o excluyen la responsabilidad de la entidad proveedora del producto o servicio, reducidas a las formas propias de contratación adoptadas empíricamente que conducen a desvirtuar el objeto de la contratación.
6. No existe un ente de control ni de regulación que instituya la actividad de la contratación pública.

4. Conclusiones

Es así como después de este examen exegético se puede concluir que en el Ecuador existe un sistema único regulatorio marcado por una Ley base que cuenta con principios, instituciones y el uso de tecnologías de la información y comunicación, que transparentan la gestión de los sujetos que participan en la contratación pública, además de procesos claros y externos a este sistema en la vía judicial. En Cuba no existe un sistema único, sino un sistema de normas dispersas impuestas a partir de las reformas introducidas en la Constitución en 1992, que además se encuentran en el rango de meras resoluciones administrativas y no existen organismos de control u administración de los contratos públicos establecidos específicamente para tales efectos como en Ecuador.

En Ecuador, las instituciones públicas pueden contratar en relación con las disposiciones regladas mediante actos y procedimientos de diversas formas: dinámicos, comunes, especiales, régimen especial; consultoría en contratación directa, lista corta, concurso público. Además, existen garantías de diferentes índoles para el cumplimiento eficaz de los contratos, estableciéndose las responsabilidades y respectivas sanciones a los funcionarios por el incumplimiento de lo reglado. En Cuba rigen los actos unilaterales, emanados del centralismo del gobierno, en los que se otorgan amplias facultades discrecionales a los funcionarios que están a la dirección de las empresas, sin un control sobre el otorgamiento directo en la adjudicación de los contratos.

Existe una planificación económica por ambos Estados. En el caso de Ecuador, el Plan Anual de Contrataciones (PAC), en el que se debe establecer la planificación de la Entidad Contratante para todo el año, pero a diferencia de Ecuador, en Cuba no se rige imperativamente a las contrataciones que deba realizar en el marco de estas.

Como se puede observar, el sistema de contratación pública de Ecuador dista mucho a asemejarse siquiera al sistema cubano. Indiscutiblemente las ventajas que presenta uno sobre el otro le ubican, en el caso ecuatoriano —a pesar de sus imperfecciones—, entre uno de los más avanzados internacionalmente. Mientras que en Cuba comienzan a verse los primeros vestigios de contratación pública. Con independencia del desarrollo económico imperante en las relaciones comerciales entre un país y otro, es necesario, según la propia globalización, establecer en el marco de la administración pública, pues ello es muestra del ejercicio democrático y el derecho imperante de todos los pueblos de que los Estados gestionen y administren correctamente sus recursos, y que coadyuven a garantizar el tan anhelado bienestar social.

Referencias bibliográficas

- Calle, A. S. (2015). *Principios de Contratación Pública*.
- Castillo, J. (1994). *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*. UNAM .
- Comercio, O. (2017). Panorama general de la labor de la OMC en materia de contratación pública.
- Correa, E. (2008). Discurso presidencial sobre sistema de contratación pública. Abril, 15/08. *Discurso presidencial sobre sistema de contratación pública. Abril, 15/08*.
- Esteban, M. (2012). *Una vez más sobre la llamada corrupción de poca monta*. moncadalectores.blogspot.com/2012/09/una-vez-massobre-la-llamada-corrupcion.html
- Fraga, G. (1977). *Derecho Administrativo*. (17ma ed.). Porrúa.
- Frías, G. A. y Borges, J. L. (2009). *Gobernabilidad ante los desafíos del siglo XXI*. (E. C. Editor, Ed.). <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/Resumen-de-Capital-La-gesti%C3%B3n-del-capital-humano/4115183.html>
- J, G. P. (1971). *Administración Pública y Libertad*. UNAM.
- López E. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México.
- Matilla Correa, A. (2002). Concepto y las Características de las Concesiones administrativas. En *Revista Cubana de Derecho de la Unión de Juristas de Cuba*. Editorial Félix Varela.
- Nacional, A. (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Ecuador: Lexis.
- Nacional, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Nacional, A. (2008). LOSNCP. art.6 numeral 5.
- Nacional, A. (2008). LOSNCP. *LOSNCP, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Lexis.
- Nova, A. (2006). *Evolución y trayectoria de la agricultura*. Ciencias Sociales.
- Nova, A. (2010). *La cadena productiva y comercializadora en el sector agropecuario en Cuba*. Caminos.
- Nova, A. (2013). *El modelo agrícola y los lineamientos de la política económica y social en Cuba*. Ciencias Sociales.
- ONU. (31 de octubre de 2003). *Resolución 58/4 de la Asamblea General*.

- Parada, R. (1997). *Derecho Administrativo, Parte General*. Marcial Pons.
- Puig, V. (2013). *Cooperativas no agropecuarias; una apuesta por la eficiencia*. Granma.
- Sentencia, Expediente N° 020-2003-AI/TC (Constitucional Peruano 2003).
- Unidas, N. (2003). Resolución 58/4 de la Asamblea General. ONU .