



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**"DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS
PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES
DE EMERGENCIA"**

Tesis previa la obtención del
título de Abogado.

AUTOR:

Cristian Rodrigo Merino Luna

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Alex Riascos Chamba. Mg. Sc.

Loja-Ecuador
2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Alex Riascos Chamba. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe de investigación intitulado **"DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA"**, realizado por Cristian Rodrigo Merino Luna, mismo que cumple con todos los requisitos de fondo y forma, ajustándose de esta manera a las normas establecidas por la Universidad Nacional de Loja. Por lo tanto, autorizo su presentación, disertación y defensa para los fines legales pertinentes.

Loja, Julio del 2015



Dr. Alex Riascos Chamba Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Cristian Rodrigo Merino Luna, declaro ser autor del presente trabajo de tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: Cristian Rodrigo Merino Luna

FIRMA:.....

A handwritten signature in blue ink, written over a dotted line. The signature is cursive and appears to read 'Cristian Merino Luna'.

CÉDULA: 070538101-0

FECHA: Loja, Julio 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Cristian Rodrigo Merino Luna**, declaro ser autor de la Tesis titulada: **“DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA”**, como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 15 días del mes de Julio del dos mil quince, firma el autor:

AUTOR: Cristian Rodrigo Merino Luna

FIRMA: 

CÉDULA: 0705381010

DIRECCIÓN: Loja, Cdla. Julio Ordoñez s/n

CORREO ELECTRÓNICO: cristhianmerinoluna@hotmail.com

TELÉFONO CÉLULAR: 0979980863

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Alex Riascos Chamba Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez Mg. Sc.	(Presidente)
Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras Mg. Sc.	(Vocal)
Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.	(Vocal)

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación jurídica, lo dedico de forma especial a Dios, por lograr en mí ser un ser moral y personal de excelencia; como a mis padres y hermanos, por su apoyo incondicional y que me han apoyado en todos los momentos de mi vida, y en todos los momentos que me he propuesto cumplir con mis metas y objetivos.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por sus bendiciones y la fortaleza espiritual, en todos los aspectos de mi vida personal, como estudiantil, y por ser mi apoyo para lograr la profesión que es mi objetivo como persona; a mis padres por el apoyo desinteresado en mi vida, por ser parte fundamental en mi superación.

A la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica, Social y Administrativa, Carrera de Derecho, por haberme dado los conocimientos en los años de estudio, y de manera especial a los docentes por los valores morales y éticos, y la inducción para lograr mi objetivo como es obtener mi formación profesional, de tan prestigiosa entidad de estudios como es la Universidad.

A todos muchas gracias

El Autor

1. TÍTULO

"DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE
CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA"

2. RESUMEN

La finalidad de la contratación pública radica en que las entidades se provean de bienes, servicios u obras bajo las mejores condiciones de precio, calidad y oportunidad, es necesario modificar los requisitos que deben tener los documentos que formen parte de las propuestas, así como los plazos y procedimientos para el perfeccionamiento del contrato, con el objeto de simplificar formalismos y fomentar la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores.

Las medidas destinadas a garantizar el servicio público de salud en los casos en que exista un riesgo elevado a situaciones de emergencia, debe incluirse el procedimiento y los requisitos de la situación de emergencia, para brindar una adecuada protección legal a los contratos públicos, que implique la toma de decisiones, la realización de actos que garantice la validez y legalidad de los contratos públicos, por la responsabilidad que deriva de los mismos.

En virtud de acontecimientos de emergencia, o de situaciones que afecten la seguridad del Estado, o de situaciones que supongan el grave peligro de que alguno de los supuestos anteriores ocurra, o de emergencia, la Entidad debe contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, así como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido.

Los acontecimientos de emergencia, son aquellos de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano, que generan daños afectando a una determinada comunidad. Las situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional están dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscabe la consecución de los fines del Estado. Las situaciones que supongan grave peligro son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

ABSTRACT

The purpose of public procurement that entities providing goods, services or works under the best possible price, quality and timeliness, it is necessary to modify the requirements that must have documents that are part of the proposals as well as deadlines and procedures for the execution of the contract, in order to simplify formalities and encourage the most comprehensive, objective and impartial competition, plurality and participation of suppliers.

Measures to ensure the public health service in cases where there is a high risk to emergency situations, the procedure and the requirements of the emergency should be included to provide adequate legal protection to public contracts, involving decision making, performing acts to ensure the validity and legality of public procurement, for the responsibility derived thereof.

Under emergency events or situations involving state security, or situations involving serious risk of any of the previous events occur, or emergency, the Bank should engage immediately what is necessary to prevent the impact of the next event to occur and to meet the requirements arising as a direct consequence of the event occurred.

Emergency events are those extraordinary, caused by nature or by the act or omission of human action, which generate damage affecting a particular

community. Situations affecting the defense or national security are aimed at confronting internal or external aggressions order to undermine the achievement of the purposes of the state. Situations involving serious danger are those in which there is a possibility duly established that any of the above events or situations occur imminently.

3. INTRODUCCIÓN

La presente Investigación Jurídica sobre la temática: “DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA”, temática importancia y de relevancia jurídica, en relación a la contratación pública en el Ecuador, en la que la sociedad es la que ha de sustentar con su aceptación el beneficio o no de las obras contratadas por el gobierno nacional, y que, de lo común y lo usual, se denota varias falencias tanto a la Ley, como del procedimiento, por cuanto el Estado al realizar contratos públicos para obras, bienes y servicios, en cumplimiento del reglamento y procedimiento, es porque se cumpla de forma eficaz con los contratos, y más énfasis en los de emergencia, en situaciones de riesgo y emergencia nacional, regional, provincial como local en el territorio nacional; y que dichos contratos se vean sustentados en la transparencia y de conformidad a la ley.

Para el estudio y desarrollo de la presente investigación, se estableció dentro de su contenido, en forma literaria los aspectos conceptuales, doctrinarios y jurisprudenciales en cuanto a la REVISIÓN DE LITERATURA, esta contiene: un MARCO CONCEPTUAL: el que contiene conceptos referentes a la temática de estudio; un MARCO DOCTRINARIO: se describe los temas a tratarse en lo que respecta al Sistema Nacional de Contratación Pública en situaciones de Emergencia; y un MARCO JURÍDICO, en el que se determina la legislación

ecuatoriana como es la Constitución de la República del Ecuador la Ley orgánica Nacional de Contratación Pública.

Con todas estas consideraciones, una vez desarrollada toda la investigación, la revisión de literatura, la investigación de campo; y la colaboración de Doctores en libre ejercicio profesional, como del apoyo de los funcionarios y empleados de la Corte Provincial de Justicia de Loja; como de las instituciones pública de nuestra ciudad de Loja, sus acertados criterios y análisis respecto de la temática y problemática, analizados éstos, respecto de los objetivos e hipótesis planteadas; me llevaron a realizar un estudio para la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, con ello he arribado a las conclusiones y recomendaciones, como a la Reforma legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y se cumpla con su cometido, lo que es el servicio y beneficio a la colectividad, y por el adelanto de la nación.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. EL ESTADO

Cuando se habla de Estado se hace referencia a una forma de organización social soberana que tiene el poder administrativo y de regulación sobre un determinado territorio, a su vez, cuando se menciona el Estado de Derecho, se incluyen en él las organizaciones resultantes de la ley y la división de poderes.

De acuerdo al Derecho Mexicano, manifiesta que: “La palabra Estado proviene del latín status y fue utilizada por Maquiavelo para designar la comunidad política organizada con pretensiones de estabilidad, con carácter permanente. Pero en el lenguaje corriente tiene también otras aceptaciones y así llamamos Estado, a veces, al conjunto de los gobernantes de una nación y en los Estados descentralizados se suele utilizar este nombre para identificar al poder central por contraposición a los periféricos. Por otro lado, cuando utilizamos la palabra Estado hacia dentro de una comunidad social organizada tiende a veces a confundirse con el concepto de nación, mientras que hacia fuera la palabra se utiliza para designar a los sujetos de las relaciones internacionales (aunque también aquí a veces se usa indebidamente la palabra nación)”¹.

¹ <http://www.derechoconstitucional.es/2011/11/concepto-juridico-de-estado.html>

El Estado es un concepto social y político del que se hace referencia a la forma de organización de una nación, donde se establece la soberanía nacional, como del sistema democrático y participativo, y que se encuentra integrada por el conjunto de instituciones públicas, que tienen potestad y autonomía gubernamental, que asumen funciones como la de gobernar la nación, y garantizar la justicia, seguridad y otras como las relaciones exteriores.

Considero que el Estado se precisa como la forma legal dentro de un sistema jurídico que permite a la sociedad, el organizarse de forma conjunta, y adoptar una forma de estado determinada por el enfoque que se ocupa de las relaciones que guardan estrecha relación entre sí, es decir el Gobierno y la ciudadanía, que lo conforma el pueblo y el territorio, los cuales son elementos que forman parte del estado, y su forma de gobernar se encamina a la relación de las necesidades de la sociedad que conforman una organización estatal y social, orientadas a tener una visión de crecimiento del Estado, como de la sociedad, por las proyecciones gubernamentales, que se evidencia un desarrollo justo y equitativo del país.

4.1.2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Según el Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez, en su obra titulada, La Administración Pública, manifiesta: “Es la actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir,

coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos. El fin de la administración es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir correctamente, ejecutar las resoluciones y controlar las acciones de los servidores”².

Considero que la administración pública, está dentro de la organización estatal, que su accionar es el gobernar una nación, en procesos encaminados a lograr metas y objetivos nacionales con las instituciones de derecho público, y que tiene la finalidad social y pública que se vinculan entre el que administra una nación y los administrados como es la ciudadanía, organización que va a determinar que los funcionarios y servidores públicos asuman sus funciones y responsabilidades en la ejecución de actividades en el servicio social.

El Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez, en su obra titulada, La Administración Pública, dice que: “Administración Pública.- Administración pública es la organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial”³.

² JARAMILLO Ordóñez Hernán, Dr., LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Revista Judicial, www.derechoecuador.clom, 24 de noviembre del 2005, Ecuador

³ Ibídem, Pág. 56.

Así mismo al ser pública, se refiere al gobierno de los diferentes órganos pertenecientes al Estado. Por lo tanto la administración pública es una actividad racional, técnica jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos, de estos criterios puedo deducir que la Administración Pública en si es una actividad permanente, la cual es irrenunciable y concreta, actividad que es realizada por el Estado, con un propósito que es el bien común, a través de la estructura orgánica sometida al ordenamiento jurídico público, como parte esencial de todo gobierno, que tiene como función primordial el garantizar la eficacia del servicio público en toda su administración gubernamental, que su fin es el servicio a la sociedad.

Para Nicolás Granja Galindo, en su obra Régimen Jurídico de la Administración Pública, dice que: "La administración pública es una ciencia y arte, a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad"⁴.

Por lo tanto, la administración pública es la conducción administrativa de una nación, y que se sustenta en garantizar un desarrollo armónico del país, y por

⁴ GRANJA Galindo, Nicolás, Dr., "Régimen Jurídico de la Administración Pública", Obra citada. Editorial Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Año 2008, Pág. 91.

los intereses nacionales, es el generar mecanismos y reglas para la conducción eficaz de las obligaciones de un Estado para con la sociedad, con la supervisión y planificación en la ejecución de proyectos, planes y propósitos en la conducción de armonizar las acciones en beneficio de los ciudadanos, que se rige por principios, normas, reglamentos y leyes del orden administrativo, que proporciona el marco legal adecuado para lo que es la gestión, conducción; o sea la administración de un organismo público o privado.

4.1.3. SECTOR PÚBLICO

Según la Enciclopedia Wikipedia, en sus definiciones sobre el sector público, dice que: “El sector público es el conjunto de organismos administrativos mediante los cuales el Estado cumple, o hace cumplir, la política o voluntad expresada en las leyes del país. Esta clasificación incluye dentro del sector público: El poder Legislativo, poder ejecutivo, poder judicial y organismos públicos autónomos, instituciones, empresas y personas que realizan alguna actividad económica en nombre del Estado y que se encuentran representadas por el mismo, es decir, que abarca todas aquellas actividades que el Estado (Administración local y central) poseen o controlan”⁵.

Considero que dentro de la estructura de un Estado, y de la gobernabilidad de una nación, forma parte imperante, el sector público, compuesto por todas las

⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Sector_p%C3%BAblico

instituciones del poder central para todo el territorio nacional, a nivel regional, provincial, y local de un país, y que lo ejerce el Presidente de la Nación, como jefe de Estado, quien tiene a su cargo todas las políticas administrativas de la nación, y el compromiso de hacer cumplir el ordenamiento legal, a través de sus colaboradores del Estado, como son los Ministerios que ejecutan los programas y proyectos del gobierno nacional.

“Se llama sector público al conjunto que forman las corporaciones, las instituciones y las oficinas del Estado. Debido a que el Estado es una forma de organización de la sociedad, se entiende que aquello que es estatal es público, en el sentido de que no pertenece a una persona o una empresa sino que es propiedad de todos los habitantes. A través de los organismos del sector público, el Estado ejecuta sus políticas, cumple con sus funciones y garantiza el cumplimiento de la ley. Las personas que trabajan en el sector público son elegidas por la población a través de elecciones o nombradas por los funcionarios que representan a la comunidad”⁶.

El sector público, se constituye en el conjunto de las actividades por parte del Estado de forma directa que están bajo la acción gubernamental, que incluye a todas las instituciones, organismos, entidades y empresas públicas a nivel nacional, regional, provincial y local, y que son parte de la administración

⁶ <http://definicion.de/sector-publico/#ixzz3a8AIA112>

nacional, con el poder ejecutivo, legislativo y judicial, en el compromiso de atender en todos los servicios y bienes para con la sociedad ecuatoriana.

El Estado, a través de la legislación podrá planificar la actividad política, económica, financiera, social para atender todas las necesidades colectivas, y equilibrar armonizando el desarrollo regional y sectorial, y con ello estimular el crecimiento y desarrollo del país, logrando con ello la redistribución de la renta y de la riqueza y su más justa distribución a toda la sociedad ecuatoriana, que se verá reflejado en el contexto territorial y nacional del país.

4.1.4. COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS

Según la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) de la República de Argentina, en su exposición sobre Compras y Contrataciones Públicas, de los Sistemas y Procedimientos Operativos de la Gestión de las Contrataciones; exponen que: “Las compras y contrataciones públicas constituyen un factor clave para que las instituciones estatales puedan cumplir con sus importantes misiones (vivienda, educación, salud, justicia, defensa, seguridad, etc.). Por esta razón, y dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en esos procedimientos, no sólo para investigar y sancionar eventuales hechos de corrupción sino también, y fundamentalmente, para prevenir que esos hechos

sucedan. Así, se optimiza el gasto y se utilizan más eficientemente los recursos de los ciudadanos”⁷.

Las adquisiciones del sector público se las puede definir como el sistema de compras, y contrataciones por parte del Estado, en la adquisición de bienes y servicios, que se pueden referir a aquellos bienes adquiridos con fondos públicos, que el proceso formal de las entidades gubernamentales obtienen bienes y servicios, que corresponden a la adquisición de cualquier bien, servicio, o construcción, incluyendo la descripción de los requisitos, selección y solicitud de oferentes, la evaluación de las ofertas, preparación y adjudicación del contrato, disputa y resolución impugnaciones y todas las fases de administración del contrato.

El Dr. Juan C. Muñoz A, en su obra El Sistema de Contratación en el Ecuador, dice que: “Las compras y contrataciones públicas constituyen un factor clave para que las instituciones estatales puedan cumplir con sus importantes misiones (educación, salud, justicia, defensa, etc). Por esta razón, y dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en esos procedimientos, no sólo para investigar y sancionar eventuales hechos de corrupción sino también, y

⁷ La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), “COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS”, Sistemas y Procedimientos Operativos de la Gestión de las Contrataciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, 2012, Pág. 2.

fundamentalmente, para prevenir que esos hechos sucedan. Así, se optimiza el gasto y se utilizan más eficientemente los recursos de los ciudadanos”⁸.

Por lo tanto, se define a la contratación pública como toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, y que es parte de la actividad administrativa del Estado, que está constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo, se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico.

4.1.5. CONTRATACIÓN PÚBLICA

Luisa Lorena Caiza, en su obra Contratación Pública, manifiesta que: “Contratación Pública, son las concesiones de obras públicas y contratos de construcción, operación y transferencia significa un contrato del mismo tipo que un contrato de obras públicas, salvo por el hecho que la remuneración por las obras que se realizarán consistirá ya sea exclusivamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado de un pago; condiciones compensatorias especiales significa aquellas medidas que una entidad imponga o tome en consideración con anterioridad a o durante el procedimiento

⁸ MUÑOZ A. Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 45.

de contratación pública para fomentar el desarrollo local, por medio de requisitos de contenido local, concesión de licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos análogos”⁹.

Para mi criterio, la contratación pública tiene una importancia relevante en el sistema administrativo y gubernamental del Estado, que su componente primordial es la parte económica a nivel nacional como internacional, por la contratación de bienes y servicios por el gobierno, y que permite dotar de servicios públicos a la sociedad, sistema que implica el uso eficiente de los fondos públicos, como de la confianza de la sociedad, y por las oportunidades equitativas para que los proveedores compiten para obtener contratos públicos, en un sistema eficiente de contratación pública gubernamental, dicho sea, este procedimiento cumpla con el compromiso Estatal en la fiabilidad de la contratación pública en el Ecuador.

Ernst Forsthoff, sobre el Tratado de Derecho Administrativo, dice que: “Todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos, etc., todos los cuales tienen de común el emanar la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”¹⁰.

⁹ CAIZA Luisa Lorena, “Contratación Pública”, Doctrina sobre los principios de la contratación pública, Editorial de la Cámara de Comercio de Quito, Ecuador, 2014, Pág. 12.

¹⁰ Ob. Cit., Forsthoff, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Pág. 88.

Un sistema de contratación pública en que la parte principal es el Estado, a través de las instituciones, organismos, entidades y empresas públicas, debe estar bien regulado y reglamentado, que incorpore los principios de transparencia y no discriminación, que contribuya a asegurar una óptima relación entre el gobierno y los contratantes, y como elemento especial la calidad y el precio en las compras públicas, y además facilita el comercio nacional e internacional, tomando en cuenta que la contratación pública representa una parte importante del mercado comercial del país, para los proveedores nacionales y extranjeros, y que son de interés para los proveedores extranjeros y nacionales.

Además, considero que las compras públicas, es toda actividad contractual que parte del sistema gubernamental público, con la actuación administrativa de las instituciones, entidades, organismos y empresas públicas, por lo tanto su consonancia deben satisfacer el interés general o colectivo, y por los principios reguladores de la función administrativa, y que corresponde a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; principios que inspiran la actividad gubernamental de la administración del Estado, y por su carácter universal de la aplicación del derecho público en la determinación de la responsabilidad del Estado, reglas que son diferentes a las del Derecho Privado.

4.1.6. POLÍTICAS PÚBLICAS

Luis Aguilar Villanueva, en su obra Estudio Introdutorio a las Políticas Públicas, manifiesta que: “Las Políticas Públicas son las acciones de gobierno, es la acción emitida por éste, que busca cómo dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad, se pueden entender como uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales, que se plantea bajo tres cuestiones, de qué políticas desarrolla el Estado en los diferentes ámbitos de su actividad, cómo se elaboran y desarrollan y cómo se evalúan y cambian; analizar qué hacen los gobiernos, cómo y porqué lo hacen y qué efecto produce”¹¹.

Las Políticas Públicas, al ser parte integrante de la administración pública gubernamental, en las que el Estado se sustenta en los principios de la administración pública, considero que, se las pueden entender como el ámbito de los pactos entre el Estado y la sociedad, por la participación entre estos dos actores, que tiene como objetivo el beneficio a la sociedad, y que es parte del sistema Estatal gubernamental, que a través de las instituciones de gobierno, actúan y van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos en el país; en beneficio del bienestar social, y su impacto es directo por el bienestar de la población; que representa una modernización de la esfera

¹¹ AGUILAR VILLANUEVA, Luis. Estudio Introdutorio a las Políticas Públicas, Editorial IUS, Revista Jurídica, Universidad Latina de América, Bogotá-Colombia, 2012, Pág. 56.

pública, y por ende de las interrelaciones entre el Estado y la sociedad ecuatoriana.

Manuel Salazar, en su libro sobre Estado y Política, dice que: “Las políticas públicas son las sucesivas respuestas del Estado, o del régimen político o del gobierno de turno, frente a situaciones socialmente problemáticas”¹².

El Gobierno de Francia, sobre las Políticas Sociales, en la Conferencia en la CEPAL, manifiesta que: “Las políticas públicas son un factor común de la política y de las decisiones del gobierno y de la oposición, así, la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer o de bloquear políticas públicas sobre determinados temas, o de influir en ellas, a su vez, parte fundamental del quehacer del gobierno se refiere al diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas”¹³.

Por ello, las políticas públicas se las puede considerar también, como las discusiones publicas dentro de una política tanto gubernamental como social, en que de forma indirecta interviene la política estatal, como de la intervención directa de la sociedad en que su desarrollo depende de los entes gubernamentales, como son las instituciones, organismos, entidades y empresas públicas; que tienen como objetivo solucionar los problemas sociales, económicos y políticos.

¹² Ob. Cit., Salazar Manuel, Estado y Política, Pág. 55.

¹³ Autor Institucional: Gobierno de Francia, Políticas Sociales, NU. CEPAL. División de Desarrollo Social, Editorial CEPAL, Pág. 32,

Políticas públicas que tienen relación directa con el poder social, y que tienen poder sobre las políticas públicas, que forman parte de toda un conjunto de soluciones concretas y determinadas, destinadas al manejo de asuntos públicos, para la solución eficaz de la problemática social; ante ello considero que es política de Estado el coordinar acciones para el emprendimiento eficaz de la administración pública en el Ecuador.

4.1.7. LICITACIÓN PÚBLICA

Jaime Vidal Perdomo, en su libro Derecho Administrativo, dice que: “La licitación es un concurso mediante el cual la administración escoge el contratante que mayores ventajas le ofrezca, tiene por objeto dar a todas las personas oportunidad de contratar con el Estado, y tiende, por lo tanto, a hacer desaparecer cualquier privilegio a favor de persona determinada”¹⁴.

La licitación pública, es de importancia, cuando está consiste en el llamado o pronunciamiento del Estado por la administración pública realiza a la sociedad y/o ciudadanía interesados en participar de la contratación pública gubernamental, y que las ofertas se sujetan a las condiciones y procedimientos fijados por la ley y sus reglamentos; y que es el Estado una vez que se concluya con el llamado y antes de contratar, es obligación dar a conocer a los

¹⁴ VIDAL Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo, Bogotá, Editorial el Greco, 1975, Pág. 459.

licitantes, la aceptación o rechazo de las ofertas propuestas, sin ningún tipo de responsabilidad.

Roberto Dromi, sobre el Derecho Administrativo, su obra manifiesta que: “La licitación es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato”¹⁵.

Considero, que la licitación pública al ser un procedimiento administrativo público, se convierte en un acto especial, cuyos principios jurídicos son aplicables de acuerdo a la especialidad que se deriva de la contratación gubernamental, por ello la licitación es un requisito necesario para que se provoque la contratación pública, que es parte de los actos administrativos, que deben cumplirse con los requisitos esenciales y sustanciales previstos en la normativa legal dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Los Abogados Gonzalo Suarez Beltrán y Roberto Legarda, en su obra Tratado de Contratación Pública, dicen que: “Las licitaciones son la regla general para las adquisiciones, de arrendamientos y servicios, son convocadas mediante una convocatoria pública para que se presenten propuestas libremente, en sobre cerrado mismo que es abierto públicamente para que sean aseguradas

¹⁵ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998, Pág. 358.

al Estado las mejores condiciones en cuanto a calidad, precio, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección del medio ambiente”¹⁶.

Considero, que las licitaciones públicas son aquellas en las que se presentan propuestas en sobre cerrado, de forma documental, durante un acto de presentación y apertura de propuestas y en donde todo acto de la licitación, debe ser presencial, es decir, que debe el licitante estar presente físicamente en dichos actos; es decir, es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la administración pública.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – HISTORIA ECUATORIANA

El autor Efraín G. Pérez F, en su obra del Origen e Historia, La Administración Pública Ecuatoriana, dice que: “La Ley Orgánica de Hacienda de 1863 que, con varias reformas, estuvo vigente hasta 1927 en el Ecuador, disponía en su penúltimo artículo que el Poder Ejecutivo, antes de la celebración de cualquier contrato, debería publicarlo por el periódico oficial o en una hoja suelta y todo

¹⁶ SUÁREZ Beltrán Gonzalo y LEGARDA Giraldo Roberto, Abs. “TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Teoría, Práctica y Jurisprudencia”, Editorial CEPAL, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 23.

contrato que se celebre sin este requisito será nulo. La Ley Orgánica de Hacienda expedida en 1927 crea la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, para encargarse de adquirir y suministrar a los Departamentos y Oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno, exige al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía. En 1958 se dispone la intervención propia del Contralor para la celebración de contratos que entrañen egresos de fondos públicos, y asimismo en materia de licitación; a, la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, le suceden otras en 1927 y 1928, como se ha visto, con algunas semejanzas, anotándose también diferencias determinadas. La codificación de esta Ley, de 1960, contempla el requerimiento, existente hasta la actualidad, de contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, previo a la celebración de un contrato que exija egresos de fondos públicos. En esta Ley se exige la licitación para todo contrato que exceda de doscientos mil sucres y la publicación de las bases aprobadas por la Junta de Licitaciones en el Registro Oficial o en los periódicos del lugar. También establece ciertas autorizaciones a cargo del Consejo de Estado, una Ley de Licitaciones se expide en 1964 y otra el año siguiente. Después de sucesivas reformas se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974 que, después de muchas modificaciones se sustituyó por la Ley de Contratación Pública en 1990, la cual se encuentra vigente a la fecha, también con varias reformas. En 1989 se había expedido una legislación específica para estudios, la Ley de Consultoría. Además de las normas propias de los bancos Interamericano de Desarrollo y Mundial que se

aplican en los contratos financiados por estas instituciones, así como normas específicas internas que aplican unas cuantas instituciones públicas, existen leyes para contrataciones especiales, como las contrataciones petroleras, sujetas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Petroecuador y otras normas específicas para la contratación de la ampliación del oleoducto transecuatoriano. La Ley de Modernización, además de las concesiones de servicios públicos, a que también se refiere la Constitución, amplía la posibilidad de contrataciones para aplicar sus disposiciones a todas las figuras contempladas en las leyes ecuatorianas, entre las que se deben considerar incluidas, en primer lugar, las provisiones del Libro Cuarto, del Código Civil, sobre los contratos. Además, existen normas específicas para los contratos que pueden celebrar diferentes entidades y dependencias del Estado de: aprovechamiento forestal, servicios personales, seguros, endeudamiento público, venta de valores y negocios fiduciarios, sociedad y arrendamiento mercantil, etc.”¹⁷.

La Contratación Pública, hoy en la actualidad es la actividad de la administración pública, que tiene el compromiso del Gobierno Nacional, a través de las instituciones, entidades, organismos y empresas gubernamentales de transformar la matriz productiva del Ecuador, y que asume diversos retos, como objetivos que están encaminados a promover a los sectores productivos del país, la priorización del valor agregado ecuatoriano,

¹⁷ PÉREZ F. Efraín G., Ag., “LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA – ORIGEN E HISTORIA”, Editorial Siglo XXI, Guayaquil-Ecuador, Año 2009, Pág. 45.

como del mejoramiento de la economía social, que dará impulso de las economías de todos los sectores de una comunidad que requiere del Estado su atención de forma prioritaria y necesaria, por la sostenibilidad de la población y de la economía del país, y por la evolución ética y transparente de la contratación estatal.

El Dr. Juan C. Muñoz A., en su obra titulada, El Sistema de Contratación en el Ecuador, manifiesta que: “El tema de la contratación pública en el Ecuador, incluidas las concesiones y otras figuras contractuales, se trata también como la actividad estatal y la propiedad y el dominio público, en el Ecuador, las nuevas corrientes sobre la contratación pública tienen su origen, por una parte, en la influencia del nuevo derecho administrativo europeo y, por otra, en la creciente influencia de la normativa del common law –el derecho común sajón— y de la contratación pública global –incluyendo la contratación de la Unión Europea— , que llegan a través de los contratos modelos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)”¹⁸.

La contratación pública vigente en el Ecuador, con antecedentes en la reforma de 1938 a la Ley Orgánica de Hacienda, específicamente se desarrolla con normas propias a partir de la primera Ley de Licitación de 1964, con influencias que se contrapesan, tanto del derecho civil como del derecho administrativo y las normativas de los bancos Interamericano (BID) y Mundial (BIRF). En efecto,

¹⁸ MUÑOZ A. Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 57.

al lado de la tradicional figura exorbitante, del derecho administrativo, de la terminación unilateral y anticipada de los contratos vigentes desde la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, se encuentra también una jurisdicción exclusivamente judicial y civil, que se manifiesta aun en nuestros días.

La contratación pública en el Ecuador, es un elemento sustancial y de importancia para el desarrollo del país, misma que desde la historia y su origen se ha normada por una ley que ha tenido un tardía acción en el sistema público por la acciones gubernamentales tomadas por los gobiernos de turno, en que el fundamento de la contratación es el demandar de los oferentes la demanda de bienes y servicios que requiere el sector gubernamental, para la construcción de obras y para el cumplimiento de sus fines tanto del Estado como de la sociedad ecuatoriana.

El Ab. Efraín Pérez F., en su obra *La Administración Pública Ecuatoriana – Origen e Historia*”, manifiesta: “Como se ha visto anteriormente, también se acude a la denominación de juntas para el establecimiento de entidades autónomas, que en forma periódica se intenta eliminar, así como cíclicamente se centralizan rentas que las diferentes legislaturas han ido descentralizando para propósitos diversos, en la creación de estas juntas no se hace referencia a su personalidad jurídica de derecho público, por lo que se puede estimar que son simples entes contables o presupuestos descentralizados o desconcentrados. Después de ensayar nominaciones jurídicamente inapropiadas como personas jurídicas de derecho privado con finalidad social y

personas jurídicas semipúblicas (Constitución de 1967), finalmente en forma doctrinalmente correcta se determina el nombre de personas jurídicas de derecho público para todas las entidades públicas del Estado, incluyendo las empresas públicas. Por otra parte, las figuras de economía mixta y compañía anónima del derecho societario se utilizan con frecuencia en la segunda mitad del siglo, con resultados dispares; con el fracaso del impulso privatizador de mediados de los años 90, los servicios públicos ecuatorianos se encuentran en su mayoría conformados como sociedades anónimas cuyas acciones pertenecen al Fondo de Solidaridad, principalmente de energía eléctrica y telefonía, sometidas al derecho privado, donde se entronizan nuevas tecnocracias y se manejan elevadas sumas de dinero, sin mayor control o regulación estatal. Un fenómeno inédito de la Administración Pública ecuatoriana es el súbito y desmedido incremento de la intervención estatal en el sector bancario privado a fines del Siglo XX, por razones ajenas a las políticas gubernativas, con la crisis de la banca ecuatoriana. En efecto, la intervención de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) para el pago de las acreencias del público en bancos privados, determina que conforme a la legislación vigente, la AGD asume la propiedad de estas instituciones financieras y de muchos de sus negocios vinculados, instituciones financieras que, por otra parte, continúan siendo de derecho privado en todos sus aspectos”¹⁹.

¹⁹ PÉREZ F. Efraín G., Ag., “LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA – ORIGEN E HISTORIA”, Editorial Siglo XXI, Guayaquil-Ecuador, Año 2009, Pág. 52.

La contratación pública en la actualidad, es un sistema de innovación de la contratación, por los mecanismos básicos y rápidos, con transparencia eficaz, a más de las nuevas tecnologías de la información y comunicación TIC's lo que implica que el sistema es tecnológicamente adecuado, que facilita las labores de la contratación pública estatal, como de la viabilidad a los contratantes sean estas personas naturales y jurídicas, que van a proveer al Estado de obras, bienes y servicios, que dará a esta gestión un sistema más ágil y dinámico en la contratación, lo que promueve que la oferta sea más competitiva en la promoción de la producción nacional.

Además, la contratación pública hace referencia a que el Estado y los ofertantes cumplan con los reglamentos y procedimientos eficaces de adquisición de obras, bienes y servicios que serán objeto de construir y cimentar los proyectos de ejecución de obras para el sector público, lo que implica la producción, fabricación, transformación de bienes y servicios para la sociedad ecuatoriana.

4.2.2. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

La actividad contractual por parte de administración pública, que hace referencia a un tema importante como es la contratación pública, se sustenta en el sistema nacional de contratación pública, que es uno de los fines

estatales a través de los principios reguladores de la función administrativa, lo que inspira la actividad de la administración y la aplicación de actos y contratos gubernamentales, y que forman parte de la aplicación del derecho público en la determinación de la responsabilidad del Estado.

El Dr. Juan C. Muñoz A., en su libro, “El Sistema de Contratación en el Ecuador, manifiesta: “Se establece la contratación directa, en los casos de cuantías mínimas, y luego y en orden ascendente el concurso privado de precios, el concurso público de precios, el concurso público de ofertas y la licitación pública, concursos tramitados por un Comité de Contrataciones, que para llevar a cabo determinados concursos o licitaciones hay necesidad de elaborar los denominados Documentos Precontractuales y la aprobación de éstos por parte de los organismos de control, con cuyas observaciones quedaban listos tales documentos para abrir o convocar los concursos o licitaciones”²⁰.

Los cambios en la legislación pública, en este caso puntual de la contratación pública, como es el sistema nacional de contratación, se refiere básicamente a todos los contratos que se someten a la reglamentación de los procedimientos normados en la ley, por ello la contratación pública se rige por las entidades del sector público en la ejecución de obras, adquisición de bienes y servicios; que los contratos públicos son de orden bilateral, en que participan, el Estado y las

²⁰ MUÑOZ A. Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 69.

personas sean estas naturales o jurídicas, que son el contratante y el contratista, y que lo garantiza el Estado; y, cumplir con los principios de planeación, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones para el beneficio del Estado.

El Sistema Nacional de Contratación Pública es considerado como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Fue creado con el objetivo de introducir los principios y normas válidas para regular los procedimientos de contratación pública para que se efectúe la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios.

El Dr. Juan C. Muñoz A., en su libro, "El Sistema de Contratación en el Ecuador, manifiesta: "La Contratación Pública, se rige por los principios de eficiencia, publicidad, transparencia, equidad, libre ciencia, economía, vigencia tecnología, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa, para reafirmar a los más destacados de la nueva legislación, se trata de la unión en una sola Ley tanto de la contratación de obras, bienes y servicios de consultoría, de manera que se facilita el conocimiento del marco legal de tan

importantes actividades del Estado, sea para el Sector Público como para el Sector Privado”²¹.

La nueva ley tiene en cambio un ámbito mucho más amplio, ya que comprende a todos los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios que celebran el Estado, los organismos, dependencias y demás entidades públicas según la Constitución y las que constan en todo el Sector Público, también se encuentran comprendidas las compañías anónimas de capitales públicos y mixtas, en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión esté en manos del Sector Público, así como las personas jurídicas de derecho privado que contraten con recursos públicos.

El Dr. Albán César Ortega, en su libro, Las Compras Pública en el Ecuador, dice que: “El proceso de contratación lo tramita un Comité de Contrataciones, integrado por cinco miembros, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, que lo presidirá, el Director o Asesor Jurídico de la entidad y tres Técnicos, dos por la entidad y uno por el Colegio profesional o cuyo ámbito corresponde la mayor participación en el proyecto, el quórum será de cuatro miembros, comité que se denomina de adjudicaciones, integrado por tres miembros de la propia entidad”²².

²¹ MUÑOZ A. Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 76.

²² ORTEGA Albán César, Dr., “LAS COMPRAS PÚBLICA EN EL ECUADOR, Editorial de la Universidad de Manabí, Profesor Universitario y Periodista de Manabí, Año 2010, Pág. 39.

La máxima autoridad administrativa o su delegado que lo presidirá, el director o Jefe de la unidad jurídica u un Profesional Técnico relacionado con el ámbito de contratación, si la entidad no cuenta entre sus funcionarios con un técnico adecuado, se podrá solicitar el concurso de los Gremios o de los Institutos Superiores de Educación, el quórum se conformará con la totalidad de los integrantes, el voto será obligatorio y su pronunciamiento afirmativo o negativo debidamente razonado.

Una de las etapas de contratación pública que se ha vuelto conflictiva es lo referente a las relaciones entre los contratistas y la Administración Pública, en una parte por el retardo de las transferencias o asignación de los recursos fiscales, que obligaban a paralizar los trabajos y, en otra, por la actitud de determinados funcionarios públicos que sostenían la prevalencia del Estado sobre los empresarios, desconociendo que al momento de celebrar un contrato, ambas partes se ponen en un plano, equivalente de derechos, por el principio de igualdad ante la Ley.

Como una verdadera innovación, se contempla la existencia de una Junta Nacional de Contratación Pública con autonomía funcional y económica, integrada por el Contralor General y el Procurador General del Estado, o sus delegados permanentes, un delegado elegido conjuntamente y en forma rotativa por las Federaciones de las Cámaras de la Construcción, Comercio e Industrias y un delegado elegido por la Sociedad de Ingenieros Civiles del

Ecuador, el Colegio de Ingenieros Civiles del Ecuador, el Colegio de Arquitectos del Ecuador y las Compañías Consultoras del Ecuador, como se observa, esta Junta se integra de cuatro miembros, dos del Sector Público y dos del Sector Privado, con el aspecto destacado que las decisiones serán de obligatorio cumplimiento para las entidades del Sector Público.

Sus funciones de la Junta Nacional de Contratación Pública, sobresalen la de resolver sobre los reclamos administrativos presentados por parte de las personas naturales o jurídicas, respecto de decisiones de la administración que a su juicio hayan afectado sus derechos e intereses así como la de decidir sobre las discrepancias que se produjeron entre la Procuraduría, la Contraloría y las entidades contratantes, que recoge las nuevas corrientes de la Contratación Pública, esta de crear un organismo de alto nivel, precisamente integrado por las instituciones que tienen que ver directamente con el campo de la construcción y la consultoría.

Los contratos administrativos públicos, para su validez deben cumplir estrictamente los requisitos y procedimientos exigidos por la Ley, pues su omisión acarrea la nulidad absoluta de los mismos, en derecho privado, los requisitos para suscribir un contrato son mínimos; mientras que en la administración pública los contratos tienen un carácter formalista, que condiciona su validez y eficacia al cumplimiento de formalidades exigidas por la ley referente a la forma y procedimiento de ellos; además importante en el caso

de la contratación pública, es lo referente a la exigencia de garantías es un requisito que pone en ventaja al Estado, ya que solo éste se asegura de que el dinero entregado, este resguardo en caso de incumplimiento del contratista; sin embargo al contratista, nadie le garantiza que la Administración Pública le cancelará a tiempo las planillas, que los diseño estén bien realizados, entre otros; de ahí el origen diferenciador de las garantías entre el particular y el Estado, todo esto sustentado en la protección de los intereses generales.

La contratación pública ecuatoriana, está regulada por la Ley, y la misma evolución legal y jurídica, como del sistema nacional, cada vez más avanzada por lo que el Ecuador, ha buscado mecanismos en el procedimiento y mecanismo de la contratación, que permite plasmar de forma eficaz al ámbito de la contratación pública; por lo tanto las contrataciones que el Estado Ecuatoriano realiza se apega al marco normativo de manera que los procesos de contratación que realicen las entidades alcancen los más altos niveles de eficiencia que permitan alcanzar las metas y objetivos institucionales a partir de una adecuada planificación y una correcta aplicabilidad de los fundamentos de la Contratación Pública Ecuatoriana.

4.2.3. LA LICITACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA.

El link, <http://www.compraspublicas/ecuador/abacre.blogspot.com/>, expresa que: “Refiriéndose a los antecedentes de la licitación en nuestro país

mencionaremos que, en 1823 se tomaría como punto de partida de la licitación a la Ley de Concesiones siendo su característica principal el que, los habitantes de los alrededores colaboraban en la ejecución de una obra. Posterior a esta ley citaremos la Ley de Reparación de Puentes y Caminos en el año 1832, que también tenía como característica el aporte de los pobladores de la zona. Posterior a lo relatado en el año 1928, nace el reglamento de licitaciones en el cual se daban dos aportes fundamentales siendo estos:

1. Prohibiciones de direccionamiento a las adjudicaciones de los pliegos.
2. Se empezó a crear la necesidad de informes previos que en aquella época los emitía el Consejo Nacional de Economía. Ya en el año de 1976 debido a una necesidad existente en el país se vio la obligación de crear la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas, la cual fue reformada posteriormente en los años de 1977 y 1978.

En junio de 1984 se crea la Ley No 165 y posteriormente otros artículos que se referían a diversos aspectos de la contratación pública; el 16 de Agosto de 1990, se expide la Ley de Contratación Pública No 95, la cual se publica en el Registro Oficial No. 501, aunque dicha ley fue codificada después de once años, la cual fue publicada en el Registro Oficial No 272 del 22 de Febrero del 2001.

En el año 2008 mediante aprobación de la asamblea de Montecristi, se publica en el Registro oficial No 395, del lunes 4 de agosto del 2008, la vigente ley²³.

²³ <http://www.compraspublicas/ecuador/abacre.blogspot.com/>

Nuestra legislación ecuatoriana, en general, hace una distinción de procedimientos únicamente entre la contratación de consultoría y todas las otras adquisiciones, que son consideradas en la actualidad dentro del Sistema Nacional de Compras Públicas; las modalidades establecidas en la ley ecuatoriana son:

- “Adquisición de bienes muebles e inmuebles
- Contratación de servicios no considerados como consultoría (montaje industrial, topografía, cartografía, aerofotogrametría, realización de ensayos, procesamiento de datos, contabilidad, transporte, etc.).
- Contratos de ejecución de obras y construcción
- Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles
- Consultoría, definida como "la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende además la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación"²⁴.

Los procedimientos de contratación pública se aplican a las entidades del sector público que, de acuerdo con el Artículo 307 de la Constitución de la

²⁴ <http://www.compraspublicas.com.ec>

República del Ecuador, dispone: “Art. 307.-Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático: por lo que, también se puede establecer que son parte del sector público las empresas de propiedad exclusiva del Estado; y cabe aclarar que el régimen seccional autónomo se refiere a las Municipalidades y a los Consejos Provinciales”²⁵.

El principal objetivo de un programa como el de contratación pública a través de la licitación, ha cambiado las actitudes de actores responsables de la gestión administrativa pública, y son rasgos predominantes de la nueva organización y estructura del Estado ecuatoriano, que como resultado de la historia contractual ecuatoriana, se convierte hoy en la actualidad en un modelo justo y autosustentable, por el desarrollo del país.

La Abogada María D. Rivas Castellano, en su libro, El Control De Los Contratos Administrativos, manifiesta que: “El contrato administrativo o contrato público es un acuerdo entre las partes que origina relaciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes. El contrato público no está regido por el Derecho Civil o Común, como el Código Civil y demás leyes comunes, sino por el derecho público o administrativo; en la República del Ecuador estos contratos, en su finalidad

²⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2014, Pág. 45.

están regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas. Las partes: una de ellas debe ser la Administración Pública, ya sea ésta el Estado o una entidad o empresa de derecho público y la otra parte puede ser también otra entidad o empresa pública o un particular regido por el Derecho Común”²⁶.

La licitación pública siempre existirán por lo menos dos partes o sujetos que participen en el proceso precontractual, el Licitante o ente es decir la administración pública sea ésta central, seccional, y provincial por las entidades públicas como es el Gobierno Central, Municipios y Consejos Provinciales que les faculta por el ejercicio de la función administrativa del Estado, y que está obligada a utilizar procedimientos de contratación pública, licitación que conlleva a un procedimiento eficaz, que generalmente se aplica para contratación de obras y adquisiciones de bienes y servicios de importantes cuantías, lo que además constituye factor dinamizador de la economía y favorecedor del desarrollo del país.

El Reglamento Especial de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Artículo 2, dispone: “Art. 2.- La licitación pública para la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras; y, por otra parte los proponentes o licitadores que pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado, asociaciones o corporaciones; los contratos administrativos se

²⁶ RIVAS Castellano María D., Ag., “EL CONTROL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, Editorial Revista Jurídica On Line, Guayaquil-Ecuador, Año 2010, Pág. 67.

caracterizan porque una de las partes en la relación jurídica es la Administración Pública, su objeto persigue la satisfacción del interés público, los fondos son públicos y se sujetan a cláusulas exorbitantes inherentes al ente público. La parte estatal o de derecho público se denomina contratante, y la privada o particular, contratista. Ello sin perjuicio de que ambas partes sean de derecho público, en cuyo caso el procedimiento de contratación se sujetará a régimen especial”²⁷.

Los valores en la administración pública son fundamentales porque forman parte de la cultura organizativa, la cual es necesaria para la conducta del personal al ayudarlo a crecer y a desarrollarse en armonía; por lo tanto, la licitación pública es un procedimiento administrativo por el cual la administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará por adjudicación a la más ventajosa, o conveniente; por la oferta pública abierta es uno de los procedimientos observados para las contrataciones del Estado en los entes públicos.

La Guía del Participante, del curso oficial del Sistema Nacional de Contratación Pública, del Instituto de Altos Estudios Nacionales, manifiesta: “La licitación pública, es un procedimiento de selección del contratante, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los

²⁷ LOSNCP, Artículo 2 Régimen Especial.- se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en Reglamento General a ésta Ley, bajo criterio de selectividad, y de los procedimientos precontractuales.

intervinientes, tiende a establecer la mejor oferta, el precio más conveniente, para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras; por lo tanto, la licitación es una de las modalidades de contratación pública que se inicia con una convocatoria pública a ofertar y exige el cumplimiento de una serie de requisitos orientados a que la administración pueda elegir la oferta más conveniente”²⁸.

El Estado ecuatoriano, cumple con los procedimientos y mecanismos para la eficacia del sistema administrativo, relacionado con los contratos públicos en lo que respecta a la contratación pública y de conformidad con la legislación pertinente; y como todo procedimiento precontractual la licitación finaliza con el acto de la adjudicación que equivale a la aceptación de la oferta por parte de la Entidad Contratante, para lo cual la administración goza de relativa discrecionalidad, pero siempre ha de ceñirse a las reglas establecidas en la Ley y en los pliegos; además la licitación es un procedimiento que generalmente se aplica para contratación de obras y adquisiciones de bienes y servicios de importantes, lo que constituye factor dinamizador de la economía y favorecedor del desarrollo del país, ventajas de orden técnico, económico, ético y social bajo el principio de legalidad que debe imperar en el que hacer estatal y privado.

²⁸ Guía del Participante, curso oficial del Sistema Nacional de Contratación Pública. IAEN, Segunda Edición, Quito 2009.

4.2.4. ORGANISMOS PÚBLICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

El Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene como objetivo el articular y armonizar todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; y estará bajo la estructura institucional, como son los organismos que conforma el sistema nacional de contratación pública, como son:

4.2.4.1. El Portal de Compras Públicas- Ecuador

El autor Paul Córdova Vinuesa, en su obra, Las Compras Gubernamentales como Política Pública, manifiesta que: “El Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP– se ha involucrado en construir permanentemente, políticas públicas destinadas a la mejora de la gestión de las entidades contratantes, así como contribuir en el esfuerzo del Gobierno Nacional para transformar la matriz productiva del país; además de ser un reto institucional, el ser partícipes de un gran cambio para hacer que las condiciones, variables y factores favorezcan la creación, la gestión, el desarrollo y aplicación del conocimiento de la contratación pública en el Ecuador; y actualmente al hablar de la contratación pública no solo significa procedimientos de contratación y menor precio en las

adquisiciones públicas; sino también planificación anual de todas las entidades públicas para organizar la oferta de bienes y servicios de los proveedores, reglas de inclusión de sectores emergentes de la economía social, democratización y redistribución de los recursos generados por el Estado, priorización en la adquisición de los productos ecuatorianos, base centralizada de información del gasto público, normalización de los requerimientos del Estado; determinación del ahorro público con procesos competitivos en tiempo real, para la optimización del gasto y su incidencia en la producción nacional”²⁹.

El derecho a la participación ciudadana se refiere a todas las iniciativas, expresiones y actos de los individuos para intervenir en la vida del Estado o en asuntos de interés común. En consecuencia, son construcciones sociales, es decir, son expresiones e iniciativas que hacen los pueblos y las sociedades, que no las ejecuta directamente el Estado por sí mismo y para sí, ni tampoco los jueces, legisladores o autoridades estatales, sino que son manifestaciones ejercidas directamente por los individuos, a título personal o desde la autorganización, de conformidad a los mecanismos previstos legalmente. Si bien deben someterse a las disposiciones constitucionales y legales que rigen su funcionamiento, se debe tener en cuenta que son derechos en constante evolución y perfeccionamiento, dependiendo de las metodologías y condiciones en que las sociedades pueden ser -más o menos- participativas.

²⁹ CORDOVA Vinuesa Paul, Dr., *Las Compras Gubernamentales como Política Pública*, SERCOP, Editorial Poder Grafico, Quito-Ecuador, 2014, Pág. 12.

4.2.4.2. Contraloría General del Estado

“De acuerdo a lo establecido por los artículos 221 y 222 de la Constitución de la República, le corresponde a la Contraloría efectuar el control de los recursos públicos. En los artículos 211, 212, del mismo cuerpo legal se determina la naturaleza jurídica, quien es la máxima autoridad, las atribuciones y facultades de control administrativo que debe realizar”³⁰.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su Reglamento General, Reglamento de Determinación de Responsabilidades señalan como facultad de la Contraloría General del Estado, de realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen. La Contraloría en cualquier momento puede efectuar el control, tanto a la obligación de las entidades de contar con los estudios completos, para dar inicio al trámite precontractual, verificar la legalidad de los mismos, como efectuar el control a la ejecución de los contratos públicos.

³⁰ www.cge.gob.ec

4.2.4.3. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Es el organismo encargado de promover e incentivar los derechos relativos a la participación ciudadana, el control social en los asuntos de interés público y designar a las autoridades que le correspondan.

Entre los principales deberes y atribuciones del Consejo en relación a los contratos públicos esta:

- “Promover la participación y formación ciudadana, en valores, transparencia y lucha contra la corrupción;
- Establecer la rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social, para lo cual el Instituto Nacional de Contratación Pública y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ya han realizado varios convenios con el fin de intercambiar información relacionada con el sistema nacional de contratación pública, para efectos de las actividades de control.
- Emitir informes que determine la existencia de indicios de responsabilidad, formular recomendaciones e impulsar acciones legales que correspondan”³¹.

³¹ www.cnpc.gob.ec

4.2.4.4. Procuraduría General del Estado

“La Constitución como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, le faculta supervisar los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, de forma posterior a los procedimientos de contratación, recordemos que anteriormente quien se encargaba de emitir previo informe para poder realizar una contratación por parte de una Institución Pública, era este organismo, sin embargo observamos actualmente, esto no sucede, debido a que con la nueva Ley Orgánica de Contratación Pública, se eliminó este requisito”³².

Como podemos observar existen varios organismos que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual cada organismo tiene atribuciones distintas que cumplir en cuanto a los contratos públicos; por ello el Sistema Nacional de Contratación Pública es un conjunto sistematizado de principios, normas, procedimientos y mecanismos que se encargan de la planificación, programación, presupuesto, ejecución, administración y control de las contrataciones hechas por las entidades contratantes que están sujetas a la LOSNCP; que tiene como fin que con los organismos y entidades públicas que ejercen funciones de planificación, administración presupuestaria y control forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública; además la Ley ha creado herramientas informáticas muy importantes para llevar a cabo estas

³² www.pge.gog.ec

funciones: el Registro Único de Proveedores y el llamado Portal de Compras Públicas.

Considero, que al desarrollo del país, a nivel gubernamental, ha mejorado sustancialmente, de conformidad a la nueva legislación nacional, en especial con el texto constitucional y legislación orgánica que incorpora innovaciones para la contratación pública y su gestión en las políticas públicas; y que son las instituciones del Estado, quienes ha puesto mayor énfasis en atender los requerimientos de la sociedad, y sobre las innovaciones, para describir la trascendencia en el ciclo de la política pública y en la construcción del Buen Vivir para el país; por lo que la sociedad y la población ecuatoriana sugiere los lineamientos y ejes generales que podría desarrollar una política participativa y de transparencia para la contratación administrativa, así como las posibles reformas legales e institucionales para el Sistema Nacional de Contratación Pública y el ordenamiento jurídico que regula esta materia. La propuesta normativa e institucional que presenta este trabajo podría mejorar el funcionamiento de ese Sistema, en la medida en que podría fortalecer y fomentar la intervención del poder popular en la ejecución de las políticas públicas y generar otros instrumentos para medir y aportar al desarrollo del Buen Vivir, también con el objeto de robustecer las políticas de contratación pública y las condiciones participativas en que se proyectarían a funcionar las compras públicas.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Las nuevas corrientes del Estado, en lo jurídico, la contratación pública ya no es tratada como una situación jurídica específica de la administración del Estado, sino como un sistema, es decir, una dinámica de procedimientos de amplia variedad, aplicados a cada una de las múltiples situaciones contractuales, que deben manejarse a través de la electrónica vigente a nivel mundial. En la técnica, la Ley ha creado una institución exclusiva para dirigir, elaborar políticas, ejecutarlas y controlar todo el sistema de la contratación públicas: el Servicio Nacional de Contratación Pública (sus siglas SERCOP), realizando el control previo a la celebración del contrato y quitándole esta tarea a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado.

La Contratación Pública, la cual se centra en la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, que completan el ámbito de la vigente Ley, que en base a cuantías específicas se establece la contratación directa, en los casos de cuantías mínimas, y luego y en orden ascendente el concurso privado de precios, el concurso público de precios, el concurso público de ofertas y la licitación pública, concursos tramitados por un Comité de Contrataciones.

Frente a esta realidad, se impuso la necesidad de revisar el campo de la contratación pública y la elaboración de nuevos cuerpos legales, que no solamente viabilizan las contrataciones, sino que las hagan más dinámicas y transparentes, tanto más si el país ha entrado en la etapa de modernización, y que corresponde a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por parte del Consejo Nacional de Modernización del Estado, la Contraloría General y la Procuraduría General.

La Constitución de la República del Ecuador, recoge las nuevas corrientes sobre la Contratación Pública, que en sus artículos pertinentes dispone:

“Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”³³.

Considero que los contratos con otros procedimientos precontractuales especiales, tienen pasos y términos que deben ser de aplicación al control y sujeción con la Procuraduría General del Estado, aplicados a los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios por ser financiados con recursos de organismos multilaterales, y que su procedimiento está determinado en el mismo convenio o contrato.

³³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Año 2010, Pág. 34.

“Art. 307.-Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático”³⁴.

El derecho constitucional, no debe estar sometido indefectiblemente a los límites de la norma escrita que, por esencia, es muy general y breve, va enriqueciéndose diariamente en el quehacer multiplicador de la administración pública, en la interpretación casuística del administrador, en la doctrina y en los fallos que dictan los jueces de instancia constitucional y el Tribunal Constitucional, es principio de derecho público, que las sentencias y las resoluciones, convierten al derecho administrativo en brazo ejecutor y las resoluciones, convierten al derecho administrativo en brazo ejecutor de la Carta Fundamental y, en consecuencia, también, complementan a aquella.

“La Contratación Pública comprende en su ámbito a las entidades del sector público, y a todos los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios que celebran el Estado, los organismos, dependencias y demás entidades públicas según la Constitución de la República del Ecuador, el Sistema Nacional de Compras Públicas, como las Entidades, Organismos e Instituciones del Sector Público, también se encuentran comprendidas las compañías anónimas de capitales públicos y mixtas, en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión esté en manos del Sector Público, así

³⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Año 2010, Pág. 36.

como las personas jurídicas de derecho privado que contraten con recursos públicos”³⁵.

Una de las etapas de contratación pública y que es la más importante es las relaciones entre los contratistas y la Administración Pública, respecto de las decisiones de los contratantes y la administración que se prevé transparencia tanto en sus derechos e intereses así como la de decidir sobre las discrepancias que se produjeran en los procesos de contratación pública para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios sean o no de consultoría, por tanto será exigible para las personas naturales o jurídicas a fin de que puedan participar en los procesos precontractuales y contratar con las entidades del sector público.

“De acuerdo al Artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, el procedimiento de contratación pública se aplica de conformidad a la disposición a citarse:

“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

³⁵ MUÑOZ A. Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 59.

popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas³⁶.

La contratación pública incluye los pedidos de suministros, servicios y trabajos del sector público. Los contratos públicos que superan un determinado umbral están sometidos a normas y procedimientos comunitarios. Esta normativa garantiza el tratamiento equitativo de los agentes económicos y la transparencia en el tratamiento de los concursos, se inscribe en el contexto de una competencia más fuerte y del respeto de la libertad de prestación de servicios; lo que ha de motivar el contratar públicamente es el desarrollo de las naciones, en una serie de contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. Otras directrices regulan también los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, y los procedimientos de adjudicación de los contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, de conformidad con la legislación de las naciones para los contratos públicos.

La contratación pública, inspira una manifestación legal expresa, de hacer de un contrato el desarrollo de una nación, cuando el Estado requiere de la colaboración a nivel contractual con personas naturales y jurídicas externas, y que se manifiesten en la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos, que son aquellos en

³⁶ www.contratanet.gov.ec/docs/docs.jsp

los que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios reguladores de la función administrativa, que corresponde a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Uno de los principales desafíos y uno de los signos más característicos de la política gubernamental, con este sistema se trata de garantizar la calidad del gasto público, hacia dónde se están destinando los fondos que son recursos del Estado, vigila todo el proceso sobre las contrataciones y las adquisiciones que se realizan en el país, donde intervienen entidades contratantes y proveedores. También este sistema se convirtió en el único mecanismo de las entidades contratantes para adquirir bienes, servicios, obras y consultorías. Es así como la doctrina ha elaborado en el derecho administrativo una serie de principios que inspiran la actividad de la administración, y que por su carácter universal tienen aplicación y reconocimiento al momento de valorar los hechos y actos de ésta, de la aplicación del derecho público en la determinación de la responsabilidad del Estado, reglas que son diferentes a las del Derecho Privado, pues hablamos del interés público o colectivo en el cual se inspira la finalidad del Estado y que debe sobreponerse al interés personal o individual.

4.3.2. PRINCIPIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Existen principios que los tratadistas del derecho administrativo analizan con detalle; nosotros encontramos que los principios que detallaremos a continuación tienen una importancia trascendental para el manejo moral, imparcial, ágil y responsable de una efectiva y eficaz contratación:

- Principio de Juridicidad o Legalidad:

Determina que toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico.

En virtud del carácter público de la administración y de que su actividad es imperiosamente reglada o limitada por el ordenamiento establecido, es que se configura el principio de juridicidad. De la misma manera, de conformidad con los arts. 6 y 13 del Código Civil Ecuatoriano, se presume que la normatividad jurídica es conocida por todos sin que su ignorancia sea excusa para su incumplimiento, por lo que toda cláusula incluida contractualmente, que se oponga a la Ley o tenga vicios para su validez, se entiende no escrita y carece de todo poder de aplicación y ejecución.

Como ya hemos señalado, el sistema de contratación pública a pesar de ser especial y de aplicación obligatoria, no es restringidamente taxativo, sino que más bien se complementa y se suple por los principios públicos jurídicos de general aceptación y finalmente de manera subsidiaria por las prescripciones del Derecho Civil o privado; en todo caso, siempre gozan de una justificación y respaldo jurídico.

- **Principio de Igualdad:**

La Constitución determina “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas... La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación...”; por tal motivo, la actividad contractual de la administración pública debe regirse por esa igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual.

La Publicidad es concepto fundamental para que proceda la igualdad de oportunidades y la correcta actuación administrativa, sobre todo en la etapa precontractual. A pesar de que la Ley de Contratación Pública ecuatoriana establece que deben publicarse los llamados a concursos precontractuales de alta cuantía, los remates, los arrendamientos, etc. y notificarse los de menor

cuantía; consideramos que toda actividad contractual debe ser publicitada y concursada por menor que ella sea, para ello posteriormente estableceremos ciertos mecanismos para poner en conocimiento de toda la comunidad los llamados a los interesados para contratar con el Estado, de acuerdo a la aptitud e idoneidad requerida.

La imparcialidad o corrección en el accionar administrativo, se traduce en la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva. En cuanto al accionar de la administración debemos considerar que su imparcialidad es relativa, en cuanto a que por su capacidad jerárquicamente superior es a la vez juez y parte, sin embargo debe estar presente, por ejemplo, en la valoración de ofertas.

En cuanto a la buena fe, siguiendo las prescripciones comunes al respecto, todo contrato se debe ejecutar de buena fe, por lo que obliga no sólo a lo estipulado en él, sino a todo aquello que se derive de su naturaleza, cumpliéndose las obligaciones de la forma pactada y en sujeción a las leyes vigentes. En el campo administrativo y sobre todo de contratación pública, esta convicción que tienen las partes de dar, hacer o no hacer algo con derecho y corrección, sin malicia o dolo, también alcanza las etapas previas y posteriores a la de celebración contractual.

La Reserva en documentos y procedimientos busca el guardar la seriedad e igualdad de la práctica precontractual, manteniendo un sigilo en el contenido de

las ofertas y condiciones presupuestadas por los interesados, caso contrario podría efectuarse la “quiebra del proceso” al gozar ciertos oferentes de información preferencial. Lamentablemente en nuestro país, este precepto es violentado, sobre todo en los procesos precontractuales denominados de “menor Cuantía” o “Concursos Privado de Precios”, donde se realiza una serie de simulaciones, o se brinda información para que un oferente preferencial resulte el adjudicatario final.

- **Principio de Equilibrio Contractual:**

Sobre todo para el contratista, se constituye en el verdadero fundamento de su interés para celebrar un contrato; ya que, mientras para la administración su interés al contratar es satisfacer alguna necesidad colectiva o interna, para el contratista es obtener algún beneficio o lucro económico; sin duda forma parte de la naturaleza bilateral de la contratación. A pesar de ello, el principio económico es justificado en la Constitución que garantiza, el derecho a recibir una remuneración por el trabajo realizado, prohibiendo toda coercitividad para efectuar labores gratuitas o forzosas y sancionando el enriquecimiento ilícito.

Dentro de las características que se presentan dentro de este principio debemos considerar a la conservación y restablecimiento del equilibrio financiero económico de las partes, puesto que una vez suscrito el contrato, la voluntad y finalidad de ellas, consiste en recibir un beneficio económico o social, sin causar perjuicio a su contraparte. En tal sentido, debemos recordar

que la principal obligación que asume la entidad contratante es el pago, que por el valor de la obra debe incluir sus valores agregados y que sin duda, suele ser el objeto necesario para el cumplimiento de sus obligaciones, mientras se desarrolla la relación contractual en medio de un relativo equilibrio económico y financiero.

Por ello, es preciso insistir en que uno de los motivos fundamentales que lleva a los contratistas a celebrar contratos con el Estado y demás entidades del sector público, es la certeza que, existen los fondos suficientes para llevar a cabo la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, o la adquisición de un bien y, por consiguiente la cancelación oportuna de las obligaciones monetarias, tanto legales como contractuales, a que se comprometió la entidad contratante; caso contrario se debe suponer y aceptar que se habrían iniciado procesos contractuales sin los recursos económicos suficientes, violando explícitamente las disposiciones legales vigentes.

- **Principio del Interés Público:**

Finalidad primaria de la Administración, consistente en el mantenimiento del bien común, que de conformidad con la concepción del Jesuita Francisco Suárez, es "...el estado en el cual los hombres viven en un orden de paz y justicia, con suficiencia de medios para la conservación y desenvolvimiento de la vida material y con la probidad que es necesaria a la preservación de la paz

externa y felicidad del cuerpo político y el mantenimiento de la naturaleza humana.

Como ya lo señalo, mientras para el contratista su finalidad es la obtención de lucro, para la administración es el interés público, porque toda su actividad pretende satisfacer las necesidades de su colectividad y ello forma parte primordial de aquel interés superior. Dentro de la contratación pública ecuatoriana se configura este principio con mayor claridad, al conceptualizar y normar el proceso adjudicatorio, señalando que la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales deberá ser la elegida.

Uno de los aspectos fundamentales del nuevo sistema legal y Constitucional en el Ecuador, es la aplicación de los fundamentos del derecho como de la legislación, por ello, los principios básicos de aplicación, y que es de trato nacional que otorgar a los proveedores un trato no menos favorable que el que se otorgue a los todos los contratistas, es decir de no existe discriminación alguna para la contratación de bienes y servicios, y que forma sustancial regulan específicamente a la contratación pública, y que deberá sustentar las condiciones para participar en una contratación pública a aquéllas que sean esenciales para garantizar que el contratista tenga capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación pública; ello conlleva un compromiso por parte de los contratistas para con la sociedad ecuatoriana, así como para el Estado, por el desarrollo sustentable del país en todas sus áreas.

4.3.3. LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Con la participación activa de todos los ecuatorianos y un esfuerzo importante de análisis y legislación, hoy tenemos una nueva ley de contratación pública, lo que significa para el país el ingreso a la modernidad, a un sistema de desarrollo integral y coordinado con la sociedad ecuatoriana, que cubre las necesidades y requerimientos sociales; es más, es oportuno el establecer un sistema tecnológico avanzado que permite al gobierno actuar a través de procesos electrónicos, en la que se elimina la discrecionalidad, se apuntala el concepto de compras para cumplir el Plan Nacional de Desarrollo y se crea el concepto de un sector público dinamizador de la economía al privilegiar las compras nacionales y la contratación a profesionales, consultores, artesanos, micro, pequeñas y medianas empresas.

Se destaca que en el proyecto de contratación pública tomo importancia y relevancia, y hoy en la actualidad, con un nuevo sistema de contratación pública, y que, paso al Sistema Nacional de Compras Públicas y el Registro de Proveedores para que todas las entidades e instituciones del Estado puedan llevar adelante la compra y adquisición de bienes y servicios a través de la página electrónica www.compraspublicas.gov.ec; que en su normativa pertinente dispone:

En el Título I, Generalidades, artículo 1 dispone:

“Art. 1.- Objeto y ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los

provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma”³⁷.

³⁷ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Año 2011, Pág. 1.

En lo que respecta a este artículo, es sustancial de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, su ámbito de aplicación, el implementar el Sistema Nacional de Contratación Pública, a través de la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública, quien regulará a todos los organismos del Estado, incluidas las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles, etc. que requieran contratar bienes y servicios; pues el objetivo primordial del nuevo Sistema de Contratación Pública es generar un cambio en la contratación aplicando los principios de transparencia, equidad, adquiriendo bienes y servicios de mejor calidad, a menor precio y en el menor tiempo, fomentando la demanda interna de bienes y servicios para diversificar la producción nacional, impulsando la economía local, la libre ciencia, vigencia tecnológica, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa.

El Título II, Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Capítulo I, del Sistema y sus Órganos, dispone:

“Art. 7.- Sistema nacional de contratación pública SNCP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

Art. 8.- Órganos competentes.- El Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.

Art. 9.- Objetivos del sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;

8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP³⁸.

Es de mi criterio personal que, para garantizar el fiel cumplimiento de los principios de transparencia y equidad se crea el RUP, siglas que significan: Registro Único de Proveedores, organismo administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública; y para desarrollar y administrar el sistema oficial de Contratación Pública se crea así mismo la página de Internet denominada www.compraspublicas.gov.ec, la innovación de este nuevo sistema, es que la persona natural o jurídica que desee participar como proveedor de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría deberán ingresar y registrar toda la información solicitada al Portal: www.compraspublicas.gov.ec.

³⁸ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Año 2011, Pág. 5.

Luego de registrados en el INCP, se verificará la situación legal, técnica y financiera, así como la experticia del proveedor en base a la documentación presentada; para que el proveedor sea declarado habilitado deberá presentar la constancia de pago de derechos, mantener actualizado su información y así mismo, podrá registrarse en más de una categoría según su formación profesional, experticia y actividad económica. Cabe resaltar que existe un régimen especial en el que no se requiere el registro único de proveedores, dejando al criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos, y lo mismo se aplicará en la adquisición de bienes en los que se comprobare que son únicos en el mercado y que tienen un solo proveedor.

Se amplía el ámbito de la Ley a las instituciones del Estado y empresas u organismos que tengan participación de recursos públicos, y se limita las excepciones a las necesarias para emergencias, salud y seguridad, que las excepciones por procesos de acuerdo a su carácter no por instituciones, se privilegia de modo obligatorio la contratación de bienes y servicios nacionales creando un sistema de incentivo a la producción nacional lo que de por si solo generará miles de fuentes de empleo y nuevas empresas tanto por la democratización del acceso al gran comprador como por la normalización de lo que el Estado comprará.

Se prefieren los métodos de contratación electrónica y se establecen nuevas figuras como los contratos marco, las subastas inversas y las compras por Internet de bienes y servicios normalizados. Entramos de lleno en el Gobierno Electrónico y la Sociedad de la Información, aclarando el rol de los organismos de control para reforzar su acción y que no continúen siendo como hasta ahora un impedimento o fuente de demoras para el desarrollo del Estado o sus empresas sino que sean un mecanismo eficiente de control que aseguren la transparencia de los procesos.

Finalmente, tendremos hoy en el Ecuador un sistema de información de compras públicas del cual se sepa quien compra, qué compra, a quién y en qué condiciones y en el cual las excepciones sean eso, excepciones, pues en el marco legal anterior la excepción era quien se sujetaba a la Ley, pues todos aducían o autonomía, necesidad de agilidad u otras condiciones para no estar sujetos a la Ley. En este marco legal, la excepción es por procesos relacionados con salud, emergencias o seguridad. No por instituciones” reiteró César Rodríguez. Con este cuerpo legal se integrará además el Instituto Nacional de Compras Públicas que estará compuesto por cinco miembros:

- El Ministerio de Industrias y Competitividad, que presidirá el Instituto;
- El Ministerio de Finanzas;
- La Secretaría Nacional de Desarrollo;
- La Asociación de Municipalidades del Ecuador;

- El Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador.

Una de las principales innovaciones que esta Ley establece es la eliminación de los dictámenes de Contraloría y Procuraduría General del Estado para la contratación pública, según esta indicado, y se realiza sobre el argumento de agilidad en los procesos pre contractuales, sin embargo el control de las contrataciones será previo, concurrente y posterior a través de la página electrónica dispuesta para el efecto.

Con esta Ley, además, se establecería la obligatoriedad de que las compras y contrataciones se realicen con empresas nacionales, para poder participar en estos procesos se establecerá como requisito básico constar en el Registro de Proveedores; uno de los puntos que aún se mantienen en estudio, sin embargo, son los coeficientes con los que se definirá los montos para el desarrollo de contratación directa, cotizaciones y licitaciones.

Estoy de acuerdo que en el mundo actual, se utilice una herramienta tan importante y que ya está siendo utilizada a nivel mundial como es el comercio electrónico, ya que así se logrará parar todas esas mafias que existen en los municipios y consejos de todo el país, ya que los profesionales siempre han estado tras de lograr trabajar como proveedor o contratista; esperemos que ahora que se va a calificar como proveedores mediante la red electrónica se logre cambios sustanciales y de transparencia.

4.3.4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR SITUACIONES DE EMERGENCIA

Los Contratos del sector público, es de anotar que de conformidad con la modernización del Estado, y la corriente de la globalización mundial, se ha introducido profundas modificaciones en el ámbito de la contratación pública, no sólo desmaterializando los procedimientos de adjudicación (perfil de contratante, plataforma de contratación del Estado, factura electrónica, subasta electrónica...etc), sino también modificando profundamente los procedimientos a seguir por los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos públicos.

Por ello, contar con esta obra de referencia es oportuno para estudiar los complejos procesos administrativos que se han de seguir hasta llegar a la adjudicación definitiva del contrato. Emilio dedica todo un capítulo a analizar y describir secuencialmente, el tortuoso iter procedimental que los Poderes adjudicadores deben observar desde que se inicia la elaboración del expediente de contratación, que dará paso a su licitación, recursos, en su caso.

“Situaciones de Emergencia, son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a

nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”³⁹.

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁴⁰. Fuente: Art. 30 Código Civil.

Para atender las situaciones de emergencia definidas en el artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación, resolución que será publicada en el Portal de Compras Públicas. La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscritos el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal

³⁹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Art. 6, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2014, Pág. 3.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL, Art. 30, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2014, Pág. 16.

www.compraspublicas.gob.ec un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos. Además nos proporciona una pauta de actuación en la Mesa de Contratación, que ha de seleccionar al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa y finalizar con el acuerdo del Órgano de Contratación, efectuando la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva, sin perjuicio de la resolución que del recurso especial de contratación, en su caso, interpongan los licitadores, cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

ORTEGA Albán César, El Dr. Albán César Ortega, en su libro, *Las Compras Pública en el Ecuador*, manifiesta que: “Especial interés presenta la parte dedicada a la ejecución del contrato según el principio de riesgo y ventura que invade toda la actividad del Contratista, aunque atenuado por los posibles casos de fuerza mayor, pues el contratista tiene derecho al abono de la obra ejecutada, en los términos establecidos en el contrato y con arreglo al precio convenido. Para ello, la importante figura de la Dirección facultativa ha de medir y valorar al origen, todos los meses, la obra ejecutada, expidiendo, con la periodicidad establecida en el pliego cláusulas administrativas particulares, la correspondiente certificación de obra, que se analiza con detalle”⁴¹.

⁴¹ ORTEGA Albán César, Dr., “LAS COMPRAS PÚBLICA EN EL ECUADOR”, Editorial de la Universidad de Manabí, Profesor Universitario y Periodista de Manabí, Año 2010, Pág. 59.

Para cumplir con los principios de planeación, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones para el beneficio del Estado, se ha revolucionado algunos procesos tendientes a mejorar los procesos contractuales, contando con una serie de registros y mecanismos para establecer la idoneidad de las necesidades del Estado y de quienes participarán como oferentes en la contratación pública, con capacidad para contratar. Considero que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define todos los procedimientos contractuales para hacerlos efectivos y para ello ha previsto diferentes mecanismos para su aplicación, en este ámbito explicare de forma sintética y analítica a cada uno de los procedimientos definidos por la Ley.

El principal reto de los gobiernos y las organizaciones del sector público es ejercer con eficacia y eficiencia el papel de alto contenido relacional que exigen los nuevos escenarios de gobernanza, las cuestiones que plantea esta articulación no aluden solo a la eficacia o la capacidad, sino que implican también bienes y valores distintos: hacerlo en un marco de transparencia, equidad, imparcialidad y rendición de cuentas, y mantener un elevado grado de auto exigencia ética.

La contratación pública en nuestro país, pretende que los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes, servicios, sirvan como elemento dinamizador de la economía local y nacional,

identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas; a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo.

La nueva ley contempla como procedimientos de contratación la licitación pública; la contratación de urgencia inmediata y la contratación de régimen excepcional de emergencia, también reconoce el procedimiento de menor cuantía cuando el presupuesto institucional del proyecto no excede de un cien milésimo del Presupuesto del Gobierno Central, publicado en el Registro Oficial, igualmente se reconoce el contrato de bienes o servicios con un determinado proveedor, si éste goza de un derecho o patente exclusivo y no existiere alternativa o sustituto.

Las situaciones de Emergencia son acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional, son procedimientos especiales del Régimen General, es decir, no corresponden a procedimientos de Régimen Especial, no se publica a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, sino accediendo a la opción Publicar Emergencia.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Es necesario, que se reflejen las condiciones del sistema administrativo de otros países, en relación a la contratación pública, lo que es menester presentar a consideración en el presente trabajo de investigación, y que normativamente tiene aspectos de los cuales se ha de estar a lo manifiesto respecto de la Contratación Pública, para ello me permito hacer énfasis en materia de contratación pública de algunos países latinoamericanos, de los cuales expongo a continuación, y estos contienen:

4.4.1. COLOMBIA.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

“Respecto de las consideraciones generales sobre la normativa vigente en Colombia en materia de contratos públicos; el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen y garantizan muy adecuadamente los principios generales de la contratación, que expresamente reconoce el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad), remitiéndose para el resto de principios al resto del ordenamiento jurídico. Singularmente la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo, resulta importante destacar que el reconocimiento en la legislación colombiana de supuestos en los que no se acude al sistema de

licitación pública, contratándose de forma directa, no implica en absoluto que estos contratos puedan obviar el principio esencial de la transparencia”⁴².

En relación con las garantías exigidas a los licitadores en los procedimientos de contratación en la República de Colombia, se entiende que se podría eliminar la obligatoriedad de presentar una garantía de seriedad de la propuesta que se exige el gobierno y la administración gubernamental en Colombia, para todos los procesos de adjudicación de contratos públicos, que le da viabilidad a los procedimientos y mecanismos públicos.

Colombia cuenta con una amplia normatividad que regula el principio de la publicidad y transparencia en los asuntos públicos, y en el país se han producido importantes avances en la contratación pública electrónica desde la puesta en funcionamiento del Portal Único de Contratación. No obstante lo anterior, el país requiere, ante todo, una extensión del sistema electrónico a todas las Administraciones –en especial a los Municipios– y Entidades públicas, en todos los niveles e instancias del Estado.

Para garantizar que la ciudadanía acceda, de manera oportuna, completa y comprensible, a la información pública. Recientemente acaba de ser aprobada una reforma a Ley 80 de Contratación Estatal cuya entrada en vigencia está prevista a los seis meses después de que el Gobierno la sancione, es decir,

⁴² www.colombialegal/contratospublicos, gob. col/col

para el 2008. La modificación legal intenta reglamentar nuevas herramientas cuyo objetivo es que la contratación sea más transparente, económica y ágil. Se abordan así la forma de ejecución de las subastas, los convenios marco y la bolsa de producto. Así mismo, se regula la licitación de obras públicas de infraestructura.

4.4.2. BOLIVIA.

LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Bolivia en materia de contratos públicos; entre los temas más problemáticos de la legislación boliviana sobre compras públicas se encuentra el sistema de recursos e impugnaciones a interponer frente a las decisiones de los órganos administrativos contratantes. Resulta criticable el mecanismo legal que obliga al presentar un recurso de oposición o un recurso de impugnación ante una entidad convocante a acompañar una boleta bancaria de garantía o certificado de depósito en la cuenta de la entidad. También afecta esta limitación de los recursos a los principios básicos de la contratación administrativa como el de transparencia. Sería deseable la supresión de la citada boleta y el establecimiento, si se quiere, de un sistema que permita el rechazo rápido de las solicitudes de recurso absolutamente inmotivadas.

Se podría reducir o incluso eliminar la boleta de garantía provisional o de licitación y establecer en la legislación relativa a las garantías definitivas o de ejecución que las mismas no cubren todos los posibles daños y perjuicios causados por el contratista en la ejecución del contrato, es decir, que esta garantía definitiva no limita la responsabilidad del contratista por lo que la Administración puede exigir los daños que superen la cuantía de la fianza prestada.

4.4.3. PERÚ.

En el Perú se cuenta con una destacada práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través sobre todo del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que lleva a cabo ya hoy difusión de procesos (publicación de planes, convocatorias, bases, consultas, observaciones, resultados de adjudicación) y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la reciente implantación de la subasta inversa electrónica.

“En definitiva, en relación con el régimen de contratación estatal en el Perú, cabe destacar que la normativa hoy vigente en la materia (las normas básicas son la Ley nº 26850 y su Reglamento D.S. nº 013-2001-PCM) establece un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que se encuentra en un estadio de desarrollo más avanzado que muchos países

del entorno americano. En este sentido merece ser resaltada la labor desarrollada a favor del respeto de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia por parte de CONSUCODE, quien está impulsando recientemente con acierto la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. La solución de controversias también está correctamente prevista en la normativa, en la que se distinguen dos maneras de resolución de conflictos según sea la fase del proceso de contratación: vía administrativa y durante la ejecución del contrato arbitraje y conciliación administrativa”⁴³.

Entre los aspectos a mejorar en el ordenamiento jurídico peruano en materia de contratación pública, aparte de los ya señalados con anterioridad (por ejemplo, en relación con la contratación electrónica, con los modelos de formularios, etc...), cabe resaltar la problemática de las prácticas de contratistas contrarias a la libre competencia –por ejemplo los proveedores que conciertan propuestas y precios para distribuirse los procesos- (que podrían ser reguladas, en Europa se aplican a la contratación pública las normas sobre la competencia como son la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes), la necesidad de controlar la no aplicación de las normas de contratación por parte de las pequeñas Administraciones (como son las Entidades locales y municipales), la conveniencia de limitar el uso abusivo por las Entidades adjudicadoras de prácticas como el provocar urgencias o falsificar documentos, la posibilidad de suprimir la obligatoria constitución de

⁴³ www.gobiernoycontratos.gob.pe.com.pe

fianzas o garantías (que limita la participación en las compras del Estado de las pequeñas y microempresas) y la necesidad armonizar las normas sobre contratación con la legislación específica con que cuentan instituciones como PRONAA, FONCODES o COFOPRI y con las normas de entidades financieras internacionales o de organismos de cooperación técnica internacional.

EN RELACIÓN CON EL ECUADOR

Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Ecuador en materia de contratos públicos; en la actualidad las normas vigentes sobre contratación pública en Ecuador son la Codificación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, el Reglamento General Sustitutivo, la Codificación de la Ley de Consultoría, y su Reglamento; sin embargo, la normativa es demasiado compleja, cuenta con umbrales muy elevados y los procesos de menor cuantía quedan fuera de regulación común. Hay que tener en cuenta que todo proceso debe ser público, de convocatoria abierta, por debajo de aquel monto, se permite que la institución reglamente la forma del proceso de acuerdo a sus montos y naturaleza.

Esta discrecionalidad que se contempla a favor de los órganos de contratación no responde a los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia. En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas del Ecuador, se permite que la Administración contratante pueda pagar al contratista hasta un

50% más del importe de adjudicación a través de un contrato complementario al principal. Sin embargo, esta posibilidad puede resultar peligrosa y amparar prácticas fraudulentas o de corrupción.

Una limitación de la posibilidad de modificar el contrato sería positiva para garantizar el respeto del principio de legalidad. Además resulta criticable el mecanismo legal que obliga al presentador a presentar una garantía de pertinencia de reclamo para presentar reclamaciones administrativas, que supone una restricción al derecho de todos los licitadores a recurrir contra las decisiones de las Administraciones contratantes y como tal va también contra uno de los principios esenciales de un Estado de Derecho como es el de la tutela efectiva de los ciudadanos.

En relación con los entes u organismos sujetos a la normativa sobre contratación pública, en el Ecuador se presenta un serio problema por la existencia de muchos regímenes especiales que excluyen a Entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación de la Ley, en esta situación se encuentran entes que celebran contratos muy importantes para la economía del país, esta huída de las normas públicas sobre contratación no es, ni mucho menos, compatible con los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad.

Para una fase posterior se deja la reforma de la Ley de Consultoría; los objetivos principales de la reforma son extender el ámbito de aplicación, unificar los procedimientos precontractuales, disminuir el umbral de la licitación, reducir y limitar excepciones, simplificar el trámite precontractual como tal, regular compras en el exterior, eliminar barreras como garantías de seriedad de ofertas, utilización obligatoria de documentos estándar, establecer un mecanismo eficaz para atender reclamos en la fase precontractual, proporcionar sustento legal al sistema de contratación electrónica, contemplar otras modalidades de contratación y establecer nexos con otras normas, vinculadas con temas de carácter financiero, fomento a micro y pequeñas empresas, etc. Una de las cuestiones más preocupantes de la contratación pública en Ecuador es el sistema de recursos e impugnaciones a interponer frente a las decisiones de los órganos administrativos contratantes.

5. MATERIALES Y METODOS.

Para la realización de la presente Tesis, me he servido de los distintos materiales, métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y ampliar nuevos conocimientos.

5.1. METODOLOGIA

El método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad, en el contacto directo con la realidad objetiva y real, es por ello que en el presente trabajo investigativo me apoyé en el método científico, como el método general del conocimiento, y otros.

El método Inductivo y Deductivo; me permitieron conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general; y segundo, partiendo de lo general para lo particular y singular del problema.

El Método Materialista Histórico; permite conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

El Método Descriptivo; abarca la realización de una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

El Método Analítico; me permitió estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

5.2. FASES

Fases Sensitiva.- Me permitió palpar la realidad en el primer abordaje que ayudó a realizar el diagnóstico de la situación objeto de estudio.

Fases de Información Técnica.- Se pudo obtener valiosa información mediante las encuestas realizadas a treinta Abogados en libre ejercicio de su profesión en la ciudad de Loja.

Posteriormente el nivel de conocimiento conceptual, específicamente en la fase de investigación participativa, con ella pude determinar la Problemática de mi tesis mediante la encuesta, la entrevista, y del diálogo, involucrándome en busca de alternativas de solución.

Fase de Determinación.- Delimité el problema de investigación, para descomponer la problemática en partes con la finalidad de darle un mejor

tratamiento, y llegar al centro de los hechos mediante el razonamiento, y obtener una visión global de la realidad de estudio.

El nivel de conocimiento racional o lógico, es decir la Fase de elaboración de modelos de acción, fue donde establecí las alternativas para coadyuvar al problema investigado, jerarquizando los problemas tanto inmediatos como mediatos, y luego organicé, y planifiqué la alternativa de solución bajo una propuesta de reforma que me permitió tener una mejor visión real y objetiva sobre la Contratación Pública en el país, de los contratos de Emergencia, con referencia a la problemática que estoy investigando.

5.3. TECNICAS

Técnica de la Observación.- Que permitió obtener información correcta del objeto a investigar, la lectura científica, análisis de contenidos que permitieron la información necesaria para la estructura de la investigación.

Técnica del Diálogo.- A través del cual, pude lograr interrelacionarme con los abogados y profesionales en libre ejercicio de su profesión.

Técnica de la Entrevista.- A la cual se la desarrolló de una manera directa con cinco profesionales como Abogados y Doctores en Jurisprudencia, así como de los funcionarios y empleados de las instituciones pública en la ciudad de Loja,

así como de los contratistas para con el Estado, para obtener información sobre aspectos importantes del sistema de contratación pública, respecto del cumplimiento eficaz de las obras, bienes y/o servicios contratados por el gobierno nacional, y su incidencia en la economía individual y familiar del trabajador.

Técnica de la Encuesta.- Con ella se diseñó el formulario de preguntas, que luego se aplicó a treinta profesionales del derecho, entre ellos, funcionarios y empleados de las instituciones pública en la ciudad de Loja, mismas que me proporcionaron información precisa de la problemática como objeto de estudio.

6. RESULTADOS

6.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA:

En la presente investigación jurídica, se ha tomado en consideración la metodología a seguirse de acuerdo al proyecto de investigación debidamente aprobado, en este aspecto, es preciso aplicar instrumentos metodológicos que precisen la recolección de la información, como son la encuesta y la entrevista; y, en este caso se aplicó la encuesta y entrevista en un número de treinta y cinco personas respectivamente, entre ellos a: Abogados en libre ejercicio profesional, funcionarios y empleados del sector público, contratistas, como de funcionarios de la Contraloría General del Estado, regional de Loja; todos vinculados en relación al sector público respecto de la contratación pública, hoy compras públicas de la Ley de Compras Públicas. En base al trabajo realizado, he creído conveniente presentar los resultados de las interrogantes planteadas a través de la encuesta formulada, y de esta información hacer el respectivo análisis a los resultados a través de los cuadros estadísticos y los gráficos, y luego realizar el análisis correspondiente. La encuesta y entrevista fueron diseñadas y elaboradas tomando en consideración la problemática, los objetivos y la hipótesis planteada, de la cual se pudieron establecer seis interrogantes.

Observemos las mismas:

PRIMERA PREGUNTA

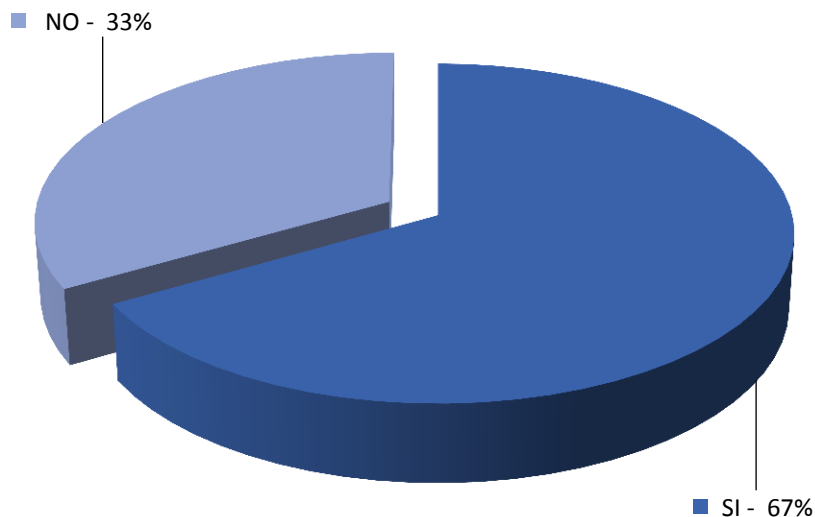
¿Considera Ud., que el Sistema Nacional de Contratación Pública cumple con las formalidades de la Ley de Compras Públicas en el Ecuador, en cuanto a la eficacia de los contratos públicos?

CUADRO N° 1
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	20	67
2	NO	10	33
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO N° 1



INTERPRETACIÓN:

A la primera interrogante, de los 30 encuestados, 20 responden que el Sistema Nacional de Contratación Pública cumple con las formalidades de la Ley de Compras Públicas en el Ecuador, en cuando a la eficacia de los contratos públicos; lo que representa el 67%, y 10 de ellos responden que no se cumple dicho proceso en el sistema de contratación respecto de las obras contratadas, lo que representa el 33%, del total de la muestra.

ANÁLISIS:

De lo expuesto, se puede apreciar, que el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, cumple con las formalidades respecto de la Ley de Compras Públicas, en cuanto a los contratos públicos que el Estado requiere para la ejecución de obras, bienes y servicios en el Ecuador, por lo que es vinculante el respeto a los lineamientos en materia de contratación, cumpliendo con los preceptos jurídicos, como de los términos contractuales; pero es necesario se haga un análisis al contenido de la contratación en el cumplimiento de formalidades específicas para garantizar el proceso de este tipo de acciones entre el Estado y los contratistas, por ello esa coherencia de la Ley con el Sistema Nacional de Contratación Pública se cumple tanto en su forma como en su procedimiento, pero no en cuanto a la ejecución y terminación de las mismas, por los efectos a mediano y largo plazo, lo que causa perjuicio al país.

SEGUNDA PREGUNTA

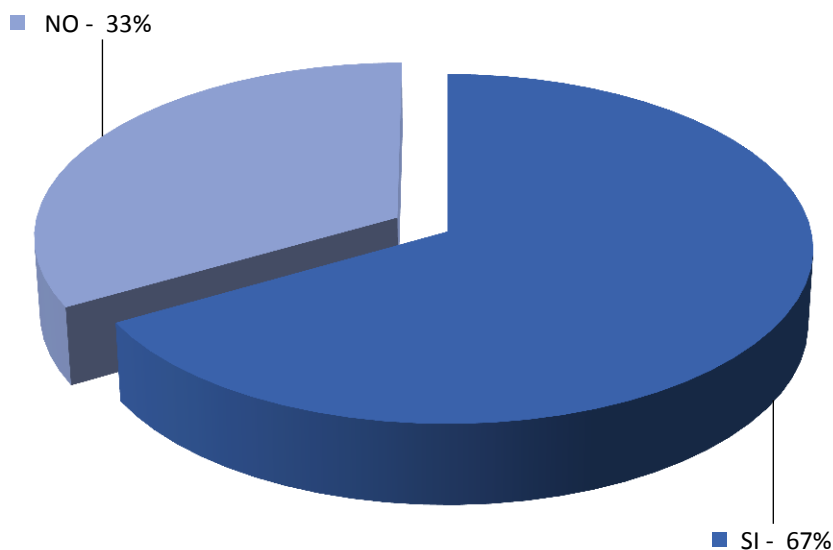
¿Considera Ud., que en el Ecuador, se garantiza eficazmente la contratación pública, de conformidad a la normativa contenida en la Ley de Compras Públicas, en especial con el procedimiento de transparencia pública?

CUADRO N° 2
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	20	66
2	NO	10	34
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO N° 2



INTERPRETRACIÓN:

A la segunda interrogante, de los 30 encuestados, 20 de ellos responden que en el Ecuador, si se garantiza eficazmente la contratación pública, de conformidad a la normativa contenida en la Ley de Compras Públicas, en especial con el procedimiento de transparencia pública; lo que representa el 67%, mientras que 10 responden que dichos contratos no se cumplen en la forma como se los ha establecido de conformidad con la ley, lo que corresponde al 33% del total de la muestra.

ANÁLISIS:

El criterio y manifestación de los encuestados, han expresado su preocupación en cuanto al sistema de contratación pública en el Ecuador, en que los contratos públicos de conformidad con la normativa contenida en la Ley de Compras Públicas, el Estado garantiza su cumplimiento con la parte contractual, es decir las formalidades del contrato, y existente en la Ley que garantiza las obligaciones con el Estado, ante ello es necesario que tanto como se garantiza la contratación, se debe establecer la formalización de la ejecución de las obras tanto en su cumplimiento en el tiempo como de las características de las obras a ejecutarse; y que su terminación sea eficaz en el campo que se opere en dichos contratos, que la eficacia de dichas obras está contemplada en la forma, más en la normativa legal no existe un prolijo y determinado procedimiento para su observación progresiva de las obras ejecutadas por los contratistas.

TERCERA PREGUNTA

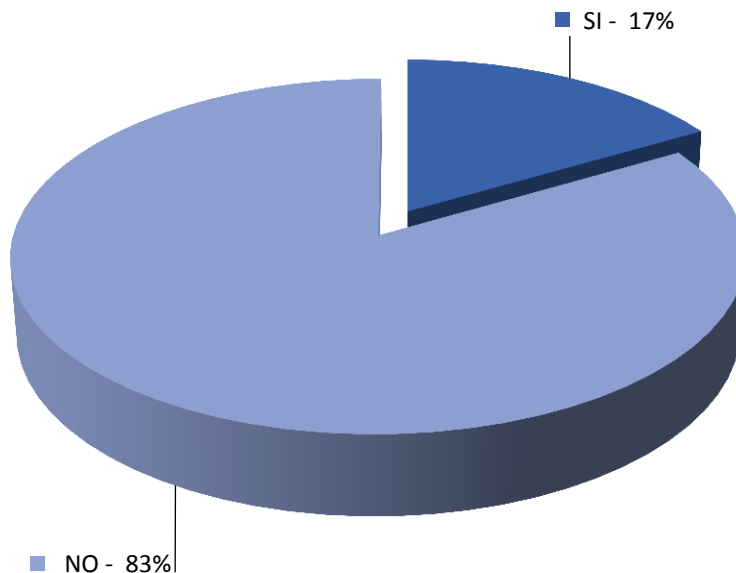
¿Cree Ud., que el sistema de Licitación en la contratación pública en el Ecuador, se enmarca dentro del derecho sustancial de las obligaciones contractuales del Estado, y los contratantes en calidad de oferentes?

CUADRO N° 3
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	5	17
2	NO	25	83
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO N° 3



INTERPRETACIÓN:

A la tercera interrogante, de los 30 encuestados, 25 responden que el sistema de Licitación en la contratación pública en el Ecuador, se enmarca dentro del derecho sustancial de las obligaciones contractuales del Estado, y los contratantes en calidad de oferentes, lo que corresponde al 83%, mientras que una minoría, esto es 5 de los encuestados responden que si hay bienestar de la población ecuatoriana por las obras contratadas por el gobierno, lo que corresponde al 17%.

ANÁLISIS:

El criterio de los encuestados, ha de expresarse su preocupación en relación a las obras ejecutadas por los contratistas para con el Estado, se enmarcan dentro de lo prevé el contrato establecido, determinado y ejecutado por las partes, es decir por el Estado y el Contratista; se sujetan al sistema de Licitación en la contratación pública en el Ecuador, se enmarca dentro del derecho sustancial de las obligaciones contractuales del Estado, y los contratantes en calidad de oferentes, por lo tanto, en la ejecución de los contratos, los oferentes deben de cumplir con todos los procedimientos y requisitos sustanciales para los contratantes, y que el proceso de contratación cumpla su cometido, en un sistema que evidencia cambios relativos a la contratación, y se beneficie que la Licitación a través de las herramientas contractuales, sea de transparencia absoluta, lo que beneficiaría a las partes contratantes.

CUARTA PREGUNTA

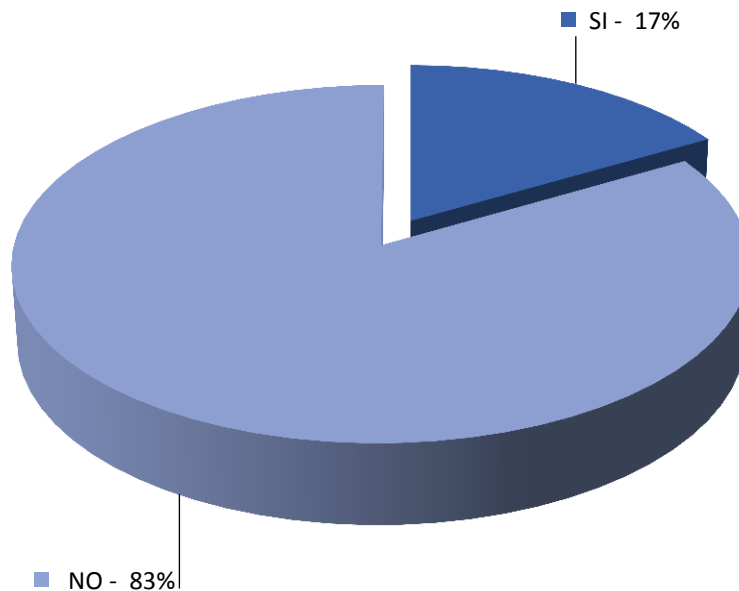
¿Considera Ud., que la contratación pública, en los casos de situación de emergencia debe ser concreta, inmediata, probada y objetiva que subsane la emergencia a favor del Estado y por el beneficio de la sociedad ecuatoriana?

CUADRO N° 4
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	25	83
2	NO	5	17
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO N° 4



INTERPRETACIÓN:

A la cuarta interrogante, de los 30 encuestados, 25 responden que la contratación pública, en los casos de situación de emergencia debe ser concreta, inmediata, probada y objetiva que subsane la emergencia a favor del Estado y por el beneficio de la sociedad ecuatoriana, lo que representa el 83%, y 5 de ellos responden que existe inconvenientes en el cumplimiento de las obras, lo que representa el 17%, del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

Los encuestados, responden que los contratos efectuados por el Estado, son garantizados en cuanto a la contratación pública, en casos de situación de emergencia de forma concreta, inmediata, probada y objetiva que subsane la emergencia, y por el beneficio de la sociedad ecuatoriana, en cuanto a su ejecución, que son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional; que para atender las situaciones de emergencia, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado deberá emitir la resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación, la que será obligatoriamente publicará en el Portal Compras Públicas.

QUINTA PREGUNTA

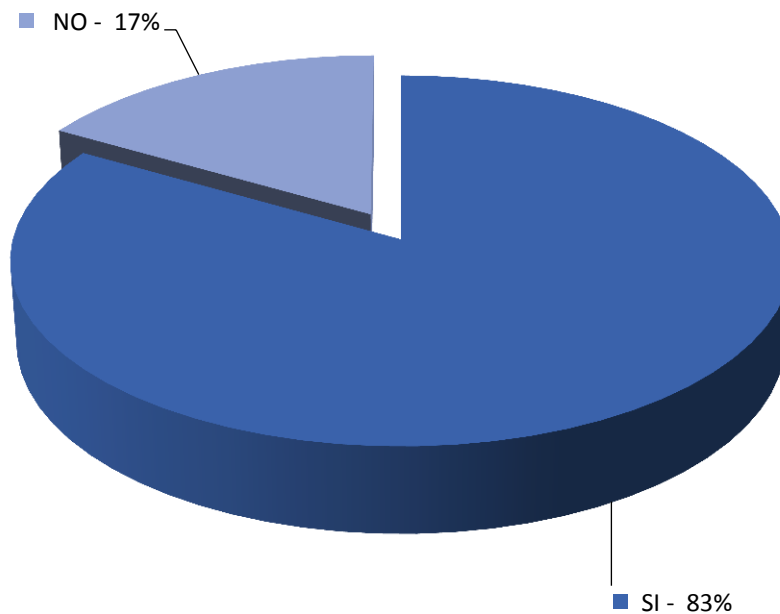
¿Considera Ud., que el Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con las de Situación de Emergencia que requiere el Ecuador?

CUADRO Nº 5
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	25	83
2	NO	5	17
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO Nº 5



INTERPRETACIÓN:

A esta pregunta, de los 30 encuestados, 25 responden que el Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con las de Situación de Emergencia, lo que representa el 83%; 5 responden que el Estado considera el cumplimiento de las obras contratadas por este y de su cumplimiento por los contratistas, lo que representa el 17% del total de muestra.

ANÁLISIS:

El procedimiento de las obras ejecutadas por el Estado, en especial en las situaciones de Emergencia, la entidad contratante, podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, obras, bienes o servicios, incluidos la consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia; y, podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras con las garantías debidas; los cuales se cumplirán una vez suscritos el respectivo contrato; en todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el portal www.compraspublicas.gob.ec , un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos, lo que servirá de fuente para que se verifique dicha contratación en garantía de la zona afectada, como de las personas involucradas en la misma.

SEXTA PREGUNTA

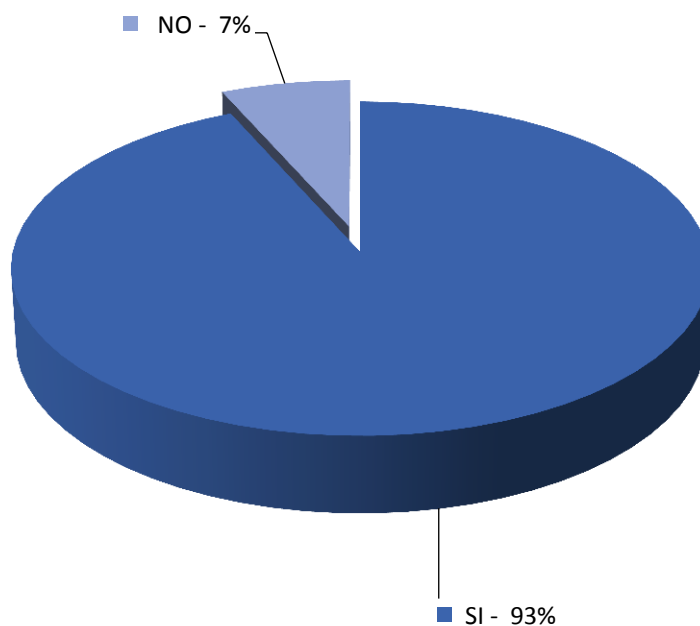
¿Considera Ud., que se debe establecerse normativamente, mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos?

CUADRO N° 6
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	28	93
2	NO	2	7
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, funcionarios Estatales, contratistas.
ELABORACIÓN: Cristian Rodrigo Merino Luna

GRAFICO N° 6



INTERPRETACIÓN:

De acuerdo a la sexta interrogante, manifiesto que de los 30 encuestados, 28 responden que debe establecerse normativamente mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos, lo que representa el 93%; mientras que 2 manifiestan que no es necesario hacerlo, lo que representa el 7% del total de la muestra.

ANÁLISIS:

Los encuestados, responden que el procedimiento de contratación pública para con la ejecución de obras de parte de los contratistas en casos de situaciones de emergencia, este tipo de contratos, debe establecerse mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos; y, es más dicho cumplimiento se determine en forma urgente el subsanar la emergencia, y que dicha contratación, debe estar previsto en un procedimiento eficaz, de forma especial y emergente, y que el Sistema Nacional de Contratación Pública, establezca un procedimiento especial para que no se provoquen defectos que pueda incidir en dicha contratación, y que se cumpla con lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador.

6.2. RESULTADOS DE LA ENTREVISTA.

Considero de mucha importancia aplicar la técnica de la entrevista, la misma que me permitirá recolectar información de personas especializadas en la rama del derecho y personas vinculadas al problema que investigo, y con alguna experiencia en la identificación del problema. Para mejor ilustración de los lectores de esta investigación, presento las respuestas íntegras a las preguntas realizadas por cada uno de los entrevistados.

ENTREVISTAS:

- 1.- ¿Considera Ud., que Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con lo que dispone el Sistema Nacional de Contratación Pública?**

Análisis:

Los encuestados, consideran que se debe implementar políticas de orden estructural, organizacional y operativo, en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras que han sido contratadas por el estado, en especial por el sistema de Licitación pro el Sistema Nacional de Contratación Pública, considerado como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control,

administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes; que fue creado con el objetivo de introducir los principios y normas válidas para regular los procedimientos de contratación pública para que se efectúe la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios y los que se relacionan a la consultoría y de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.- ¿Considera Ud., que el Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con las de Situación de Emergencia que requiere el Ecuador?

Análisis:

Es necesario tener presente que en un proceso contractual por parte del Estado para con los contratistas, ha de cumplirse en los términos del contrato como de la normativa legal; y para cumplir con los principios de planeación, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones para el beneficio del Estado, se ha revolucionado algunos procesos tendientes a mejorar los procesos contractuales, contando con una serie de registros y mecanismos para establecer la idoneidad de las necesidades del Estado y de quienes participarán como oferentes en la contratación pública, así es posible hablar del RUP (Registro Único de

Proveedores) en la cual constan los nombres de las personas naturales y jurídicas con capacidad para contratar.

3.- ¿Considera Ud., que se debe establecerse normativamente, mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos?

Análisis:

Los entrevistados, responden que la intención de que se revise la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, que es importante considerar que un estado en situaciones de emergencia, por sus características implica las garantías constitucionales de las personas, y no se vulnere lo normado en la Constitución de la República del Ecuador, por la característica principal de la situación de emergencia, que los sucesos naturales como los derivados de la actividad humana, se constituyen en amenazas existentes en su entorno, adicionalmente a esta vulnerabilidad se suma el uso inapropiado del espacio y su conducta a menudo transgresora, de allí el riesgo resulta una constante y los desastres una consecuencia lógica.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

7.1.1. Verificación de los Objetivos.

Al iniciar la presente investigación he propuesto como objetivos un general y tres específicos. Los objetivos propuestos se han verificado y demostrado en toda la investigación, así tenemos, respecto del objeto en general que fue:

OBJETIVO GENERAL:

“Realizar un estudio jurídico normativo y de campo adosa de la contratación pública por situaciones de emergencia, para determinar las limitaciones conceptuales y de procedimiento en las resoluciones motivadas”

Este objetivo propuesto, una vez desarrollado el marco teórico, como de los resultados tanto de las encuestas como de las entrevistas, el aporte de las mismas, se ha considerado que en el Ecuador, los contratistas que son parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, este tipo de procesos los licitadores u oferentes que se encuentren participando, incluye las condiciones

o consideraciones que sean de preferencia para acceder y conocer las condiciones abiertamente en los procesos de contratación pública.

Respecto de los objetivos específicos que quedaron establecidos en la forma que a continuación se indica:

“Análisis Teórico y normativo de la contratación pública y situaciones de emergencia y la motivación de las resoluciones”

Este objetivo fue planteado para conocer en que forma el Estado determina en el marco legal y jurídico, las situaciones de emergencia, son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional; y una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, como indica la normativa legal.

“Trabajo de campo, de estudios de casos de contratación pública en situaciones de emergencia con limitaciones en la motivación”

Respecto de este objetivo, el que se lo verifico en forma positiva con el acertado criterio de los encuestados como entrevistados, así como de la

revisión de literatura como marco conceptual, doctrinario y normativo, como del trabajo de campo y de los casos que se han determinado en el Ecuador, respecto de contratar obras, bienes y servicios en casos de emergencia nacional, como por ejemplo ante una Epidemia que afecte a la sociedad ecuatoriana, la declaratoria de contratación emergente responde a lo que se conoce como caso emergente, lo que recae sobre la prestación de la cosa, por lo tanto se trata del caso; o sea, un suceso o acontecimiento que no pudo ser previsto; y que es emergencia nacional el que se cumpla con el Sistema Nacional de Contratación Pública, relacionado a los contratos públicos en situaciones de emergencia nacional.

“Proponer procedimientos normativos y legales que permita eficiencia en la motivación de resoluciones para contratación de emergencia”

Este objetivo se lo realizó para conocer qué la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación pública es todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, en especial de los contratos de emergencia, que realicen tanto las instituciones como las empresas públicas,; y

estos procedimientos estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo y Buen Vivir, con observancia del presupuesto nacional del Estado.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

La hipótesis formulada como una conjetura antes de investigarla estuvo planteada de la siguiente manera:

“Existen limitaciones en las resoluciones motivadas de las Autoridades Seccionales en el proceso de Contratación Pública en casos de Emergencia, lo que determina responsabilidades Civiles, Administrativas y Penales”

Así como los objetivos fueron alcanzados de la misma forma, se contrastó nuestro supuesto, con los resultados de la investigación de campo debidamente sustentables y fundamentados con los contenidos teóricos jurídicos detalladamente expuestos en los distintos capítulos de los que se compone la presente investigación. El regular los contratos públicos que consisten en situaciones de emergencia, considero importante indicar que el Sistema Nacional de Contratación Pública, entre sus beneficios, se encarga de abolir la práctica del cobro por parte del contratante de los derechos de inscripción a todos los oferentes, reduciendo este cobro únicamente al adjudicatario. Además en aras del desarrollo de las instituciones públicas, se

reglamentó una planificación anual para cumplir con los objetivos del plan nacional de desarrollo, facultando a los entes contratantes a celebrar convenios interinstitucionales con el fin de conseguir mejores condiciones de contrataciones.

7.3. ANÁLISIS JURÍDICO QUE SUSTENTA LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS.

En el presente trabajo de investigación jurídica, al realizar el estudio y análisis de los aspectos inherentes a la Contratación Pública, se prevé un estricto cumplimiento a la normativa jerárquica como lo es la Constitución de la República del Ecuador, y la Ley de Compras Públicas, pues los proponentes deberán incluir en su oferta una cláusula de garantía que cubra la calidad, durabilidad y eficacia de las obras a ejecutarse, que cualquier defecto que se constatare dentro del plazo de garantía estipulado, determinará que el adjudicatario deba efectuar, por su cuenta, las correcciones que correspondan, sin perjuicio del derecho del Organismo Ejecutor de accionar en su contra, por los daños y perjuicios emergentes.

La Constitución de la República del Ecuador, dispone:

“Art. 3, numeral 6 menciona que es deber primordial del Estado: Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y

la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

Art. 277, numerales 2, 4 y 5 los que respectivamente nos indican que para alcanzar el buen vivir es deber del Estado “2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo. “4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos”; “5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”⁴⁴.

La contratación pública, se enfoca en la promoción de la participación de la sociedad, mediante la conformación de sujetos ejecutores, encargados de realizar obras de infraestructura social, como de bienes y servicios, adoptándose procedimientos legales especiales que permitan que dicha contratación cumplan con los procesos de contratación, supervisión y recepción de obras, facultad que de acuerdo a la legislación nacional, debe prevalecer las mismas, expresadas sobre las disposiciones generales de la Ley de Compras Públicas.

“La conceptualización de emergencia, se complementa con el término Estado, que según el Diccionario Actual de la Lengua Española, proviene del latín

⁴⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Año 2014.

status, que equivale al “Conjunto de circunstancias que concurren en un asunto determinado”⁴⁵.

Respecto al procedimiento que se debe seguir para contratar bajo la modalidad de emergencia, el Art. 57 del LOSNCP indica que:

“Art. 57.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del Art. 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha Resolución se publicará en el portal COMPRAS PÚBLICAS. La entidad podrá contratar de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscritos el respectivo contrato. En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el portal www.compraspublicas.gob.ec, un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los

⁴⁵ DICCIONARIO ACTUAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. ESPASA; Pág. 243.

resultados obtenido”⁴⁶.

Las instituciones del Estado, poseen la característica fundamental de estar vinculados estrechamente a la propia organización del Estado, y han surgido por necesidad social y por las actitudes e ideas creadoras, inventivas y renovadoras de los hombres, se han caracterizado por sus tradiciones, sus símbolos distintivos, sus valores culturales, sus funciones, objetivos, claramente definidos y los servicios prestados de generación en generación.

La Administración Pública Seccional, se entiende por esta a las entidades del sector público como los Consejos Provinciales y los Concejos Cantonales de carácter orgánico-funcional que gozan de autonomía propia, patrimonio económico y de capacidad jurídica para obrar y realizar actos reglados y discrecionales que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines en la forma y condiciones que determine la Constitución y las leyes y con facultad legislativa para dictar ordenanzas, para gobernar, ejecutar y hacer cumplir sus órdenes.

En conclusión, en los contratos públicos tradicionales se encuentra con partes o contrapartes separadas, cada una con sus propósitos específicos, derechos y obligaciones e intereses y conflictos propios, porque no se trata de una relación de objetivos comunes, sino más bien de que la relación contractual ha de

⁴⁶ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ley Cit.; Pág. 14.

abarcando una relación social, en eficacia de los contratos, por las obras, y que éstas deben de cumplirse en los plazos determinados en la Ley, asegurando y garantizando dichas obras por el bien común de la sociedad en el corto, mediano y largo plazo.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones en el presente trabajo de investigación socio-jurídica, son las siguientes:

PRIMERA.- En base a los preceptos constitucionales y legales en el Ecuador, el procedimiento para la contratación pública se ha establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con los requisitos para su desarrollo en el país.

SEGUNDA.- La contratación pública, cumple con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social; y, 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.

TERCERA.- La infinidad de procesos que se realizan en el portal de compras públicas merece un estudio más profundo de las bondades de este sistema, desde un punto de vista más objetivo que toque temas fundamentales como las ventajas y errores de este sistema, así como algunas sugerencias que podrían ser de mucha utilidad para mejorarlos procesos de contratación.

CUARTA.- El Estado ecuatoriano, y los contratistas tanto públicos como privados, son los protagonistas del desarrollo productivo, administrativo,

operativo y financiero de nuestra economía como de su desarrollo social, pero que aún los sistemas de control son obsoletos en cuanto a las verdades fiscalización contractual.

QUINTA.- Los principios constitucionales, como de la práctica del diálogo social, cobran cada día mayor importancia a la luz de los problemas socio-económicos de la población, que de acuerdo a las encuestas y entrevistas, se intentará detectar las mejores experiencias, y buenas prácticas jurídicas, cuyo objetivo es mejorar el desarrollo y nivel jurídico de los procesos contractuales.

SEXTA.- Los contratistas, como parte sustancial para impulsar el desarrollo de la nación, han sido y sigue siendo los beneficiarios económicamente, dentro de lo cual han de otorgar las debidas garantías contractuales, a la finalización de las obras, bienes y servicios contratados por el Estado, y lograr relaciones justas, transparentes y equitativas.

SÉPTIMA.- Las autoridades administrativas, como de las entidades de control como lo es la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, vigilen en forma periódica la ejecución de las obras contratadas por el Estado, sin perjuicio del seguimiento continuo de la Institución que contrato obras, bienes y servicios a favor de la nación.

9. RECOMENDACIONES

Finalizado la presente investigación, me permito exponer las siguientes recomendaciones:

PRIMERA.- Que el Sistema Nacional de Contratación Pública, debe girar alrededor de procedimientos transparentes, y que el sistema tecnológico actual, este acorde con la realidad y las necesidades sociales y gubernamentales, bajo un estricto seguimiento en cuanto a la adjudicación contractual.

SEGUNDA.- Que la Asamblea Nacional Constituyente, legisle de forma adecuada, y la contratación pública, sea accesible a las políticas públicas de forma prioritaria en cuanto a las innovaciones alcanzadas en el país, para que sea sustentable la transformación de la administración del Estado y la gestión pública de conformidad a los principios Constitucionales.

TERCERA.- Que los Gobiernos Autónomos Seccionales Descentralizados, tomen como acción pública las situaciones de emergencia, para que se respeten los lineamientos y cláusulas establecidas en los contratos celebrados por el gobierno nacional y los contratistas, será eficaz el que deba dársele la seguridad jurídica tanto al contrato como a la ejecución de las mismas.

CUARTA.- Que el Estado, tomo acciones inmediatas en el caso de casos de emergencia, la contratación pública nacional, y se proceda a salvaguardar los intereses de la nación, como de la población y la sociedad, por el requerimiento que ha se ser política gubernamental de primer orden.

QUINTA.- Que se establezca en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, un procedimiento por medio del cual, ha de operarse que tanto el Estado, como los contratistas, se ajusten a las situaciones de emergencia, que dichos contratos no se encuentren viciados y con defectos, que causaría daño irreparable al Estado.

SEXTA.- Que las reformas legales, contractuales y políticas en general sean positivas, con el fin de ayudan a clarificar y solucionar inconvenientes de aplicación de la Ley, y porque se tome en consideración la contratación en situaciones de emergencia, para evitar abusos de poder, injusticias o direccionamientos de orden político y económico en el país.

9.1. PROYECTO DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

CONSIDERANDO:

Que el Estado, en su política social, y en vigencia de las normas legales, sean representadas las mismas, en una representación verdadera de la voluntad soberana de los ecuatorianos;

Que la legislación ecuatoriana, en mérito de la sociedad y de la comunidad, aspira a desenvolverse en un ambiente acorde a sus necesidades, que la Ley Orgánica de Compras Públicas, cumpla con su cometido como lo es el desarrollar obras, bienes y servicio que garantice el Buen Vivir de los Ecuatorianos.

Que la Ley Orgánica de Compras Públicas, establezca procedimientos para garantizar el tiempo útil de uso de las obras, bienes y servicios contratados, y que los contratistas cumplan con el fin para el cual fueron contratados, como lo es ele ejecutar eficazmente dichas obras.

En uso de las facultades legales y constitucionales que le confiere el numeral seis, artículo ciento veinte de la Constitución de la República del Ecuador, expide lo siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA
LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Sección II

CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

En el artículo 57, Incorpórese un inciso:

***... La participación en los procesos contractuales en situaciones de emergencia, los contratantes, proveedores en calidad de oferentes, podrán contratar con el Estado, de acuerdo a emergencia y a la información relevante y vinculante en el ámbito de la contratación pública, siempre que exista autenticidad en la situación de emergencia, y se proteja el sistema de contratación de forma transparente.**

Artículo Final.- La presente Ley estará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial, dada en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional, en el Distrito Metropolitano de la ciudad de Quito, a los.....del mes de del 2015.

PRESIDENTA
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
NACIONAL CONSTITUYENTE

SECRETARIA
ASAMBLEA

10. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- ❖ LEY ORGÁNICA NACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
- ❖ MONCAYO, JAIME. SITUACIÓN SOCIO-ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LOS MUNICIPIOS DEL ECUADOR. BEDE. QUITO, 1986.
- ❖ BERÇAITZ, MIGUEL A. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2A. EDICIÓN. DEPALMA. BUENOS AIRES, 1980.
- ❖ DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. QUITO, 1979.
- ❖ CABALLERO SIERRA, GASPAR. LOS CONSORCIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. EDITORIAL TEMIS. BOGOTÁ, 1995.
- ❖ CHAVES, ANGEL POLIBIO. REFORMA CONSTITUCIONAL. ¿MÁS GOBERNABILIDAD?. FESO. QUITO, 1998.
- ❖ LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. ED. HELIESTA. BUENOS AIRES, 1975.
- ❖ ESPINOZA, GALO. DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. PUBLICACIÓN DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. QUITO, 1992.

- ❖ PUIG VILAZAR, CARLOS. INDICE DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO. UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL. GUAYAQUIL, 1967. 6 TOMOS.
- ❖ ZAVALA EGAS, JORGE. Derecho Constitucional. Edino. Guayaquil, 1999. T
- ❖ www.derechoecuador.com
- ❖ www.contratacionpublica
- ❖ www.funciónejecutiva.org.ec
- ❖ www.derechoadministrativo.com

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Señor Abogado, mucho agradeceré se sirva contestar la presente encuesta, emitiendo su valioso criterio, lo que me permitirá obtener información, sobre el tema “DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA”.

1. ¿Considera Ud., que el Sistema Nacional de Contratación Pública cumple con las formalidades de la Ley de Compras Públicas en el Ecuador, en cuanto a la eficacia de los contratos públicos?

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

- 2.- ¿Considera Ud., que en el Ecuador, se garantiza eficazmente la contratación pública, de conformidad a la normativa contenida en la Ley de Compras Públicas, en especial con el procedimiento de transparencia pública?

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

- 3.- ¿Considera Ud., que el sistema de Licitación en la contratación pública en el Ecuador, se enmarca dentro del derecho sustancial de las obligaciones contractuales del Estado, y los contratantes en calidad de oferentes?

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

4.- ¿Considera Usted, que la contratación pública, en los casos de situación de emergencia debe ser concreta, inmediata, probada y objetiva que subsane la emergencia a favor del Estado y por el beneficio de la sociedad ecuatoriana?

SI () NO ()

Porqué?.....

.....

.....

5.- Considera Ud., que el Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con las de Situación de Emergencia que requiere el Ecuador?

SI () NO ()

Porqué?.....

.....

.....

6.- ¿Considera Usted, que se debe establecerse normativamente, mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos?

SI () NO ()

Porqué?.....

.....

.....

Gracias por su Colaboración.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

Señor Abogado, mucho agradeceré se sirva contestar la presente encuesta, emitiendo su valioso criterio, lo que me permitirá obtener información, sobre el tema “EL PROCEDIMIENTO GENERAL DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO”.

- 1.- ¿Considera Usted, que la contratación pública, en los casos de situación de emergencia debe ser concreta, inmediata, probada y objetiva que subsane la emergencia a favor del Estado y por el beneficio de la sociedad ecuatoriana?

Su criterio personal:

.....
.....
.....

- 2.- Considera Ud., que el Estado debe implementar políticas en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras contratadas públicamente, y en especial con las de Situación de Emergencia que requiere el Ecuador?

Su criterio personal:

.....
.....
.....

- 3.- ¿Considera Usted, que se debe establecerse normativamente, mecanismos más idóneos y efectivos para que las obras de emergencia, cumplan con las garantías de la Ley de Compras Públicas y del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no sea objeto de defectos en este tipo de contratos?

Su criterio personal:

.....
.....
.....

Gracias por su Colaboración.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

**“DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR
SITUACIONES DE EMERGENCIA**

*Proyecto de Tesis previa a
optar el Grado de, Abogado.*

AUTOR:

Sr. CRISTIAN RODRIGO MERINO LUNA

LOJA - ECUADOR

2014

1.- TEMA

DEFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR SITUACIONES DE EMERGENCIA.

2.- PROBLEMÁTICA.

El Sistema Nacional de Contratación Pública es considerado como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Fue creado con el objetivo de introducir los principios y normas válidas para regular los procedimientos de contratación pública para que se efectúe la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios y los que se relacionan a la consultoría y de acuerdo al Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades públicas que obligatoriamente deben someterse a este sistema.

Considero que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define todos los procedimientos contractuales para hacerlos efectivos y para ello ha previsto diferentes mecanismos para su aplicación, en este ámbito explicare de forma sintética y analítica a cada uno de los procedimientos definidos por la Ley.

Por lo anotado anteriormente he creído conveniente hacer hincapié en algunos problemas por los que están atravesando las instituciones públicas en la contratación de obras, bienes y servicios en situaciones de emergencia.

1. No existen manuales claros para poder realizar las contrataciones públicas en situaciones de emergencia
2. Falta de compromisos institucionales y por ende estatales
3. Falta de conocimiento de la ley de contratación pública vigente

4. No hay una concienciación de quienes realizan las contrataciones públicas en situaciones de emergencia
5. Falta de gestión para obtener el presupuesto en temporadas emergentes

A esto se suma el desconocimiento por parte de la Autoridad correspondiente en la emisión de las resoluciones motivadas que declare la emergencia para justificar la contratación para atender las situaciones de emergencia definidas en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, previamente a iniciarse el procedimiento la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia para justificar la contratación pública, la entidad podrá contratar de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia, podría inclusive contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni debe presentar garantías las cuales se deberán cumplir una vez suscrito el respectivo contrato.

Por lo anotado es necesario realizar un estudio a los defectos de la contratación pública en los procesos de contratación por situaciones de emergencia.

3.- JUSTIFICACIÓN

Como estudiantes de la carrera de derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, he creído conveniente analizar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de nuestro país con la finalidad de poder establecer los defectos concernientes en la contratación pública en los procesos de contratación por situaciones de emergencia, lo que me dará un mayor conocimiento y de fácil entendimiento de dicha legislación para poder desenvolverme de una forma correcta en el ámbito profesional relacionado específicamente al área de la administración pública;

tomando como base la Constitución de la República, los Tratados Internacionales con relación a la Ley Orgánica de Contratación Pública, aceptados por nuestro país, y que son de manera estricta para superar las situaciones de emergencias.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe dentro del Área del Derecho Administrativo que es de principal importancia y de atención prioritaria a nivel de nuestro país, por lo tanto se justifica académicamente, en cuanto cumple las exigencias del Reglamento Académico de la Universidad Nacional de Loja que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de Derecho Administrativo y Tributario, para optar por el Título de Abogado.

En el marco jurídico la investigación es necesaria para lograr que los ecuatorianos gocen de los beneficios que presta esta ley de estudios y que se encuentra enmarcada en la Constitución de República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo de protección a los derechos que por situaciones de emergencia se debe atender a las necesidades y de cumplimiento al principio constitucional de protección integral de los derechos al medio ambiente sano y régimen del buen vivir.

El problema jurídico y social, materia de mi proyecto de investigación es significativo, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado y de los organismos de protección a los derechos ambientales de la población causados por las situaciones de emergencia.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aportan a mi análisis y discusión, además cuento con el apoyo logístico necesario y

orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico del derecho al ambiente sano y régimen del buen vivir.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- OBJETIVO GENERAL.

- Realizar un estudio jurídico normativo y de campo adosa de la contratación pública por situaciones de emergencia, para determinar las limitaciones conceptuales y de procedimiento en las resoluciones motivadas.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Análisis Teórico y normativo de la contratación pública y situaciones de emergencia y la motivación de las resoluciones.
- Trabajo de campo, de estudios de casos de contratación pública en situaciones de emergencia con limitaciones en la motivación.
- Proponer procedimientos normativos y legales que permita eficiencia en la motivación de resoluciones para contratación de emergencia.

5. HIPÓTESIS.

EXISTEN LIMITACIONES EN LAS RESOLUCIONES MOTIVADAS DE LAS AUTORIDADES SECCIONALES EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CASOS DE EMERGENCIA LO QUE DETERMINA RESPONSABILIDADES CIVILES, ADMINSTRATIVAS Y PENALES.

6. MARCO TEORICO.

6.1. “La Administración Pública.-El concepto de administración hace referencia al funcionamiento, la estructura y el rendimiento de las organizaciones. El término proviene del latín ad-ministrare (“servir”) o ad manus trahere (“manejar” o “gestionar”).La noción también puede utilizarse para nombrar a una autoridad pública, como el gobierno de un territorio, o a los responsables de una entidad privada, como los directivos de una empresa. La administración puede ser entendida como la disciplina que se encarga de

realizar una gestión de los recursos (ya sean materiales o humanos) en base a criterios científicos y orientada a satisfacer un objetivo concreto

El tratadista Lojano Dr. Herman Jaramillo sostiene que es un proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las funciones administrativas de los organismos, instituciones y entidades del estado para llegar a obtener resultados previstos, planeados y programados. Así mismo manifiesta que la administración pública es una actividad científica, técnica y jurídica y uno de los medios que se vale el Estado para lograr obtener que los servicios sean atendidos de la mejor manera, con el mayor grado de eficiencia, eficacia, calidad y transparencia de sus actos, para el desarrollo del país. Desde el punto de vista científico y técnico la administración es el proceso de planear, organizar, dirigir, controlar y evaluar la prestación de los servicios públicos para alcanzar los objetivos programados.

6.1.2. Objeto de la administración pública.- El objeto de la Administración es prestar bienes y servicios eficientes, eficaces, transparentes y de calidad en el sector público, de acuerdo con la Constitución, la ley, la ética y las buenas costumbres para satisfacer las necesidades individuales y colectivas.

6.1.3. Fines de la Administración.- La administración como Ejecutora de los planes de desarrollo del país, persigue los siguientes fines:

a).-El desarrollo económico, social y cultural de sus habitantes, mediante la prestación de bienes y servicios públicos, eficientes, eficaces, transparentes y de calidad.

b).-El bienestar de la colectividad por medio de la aplicación del derecho y la justicia administrativa.

6.1.4. Atribuciones de la administración.- Las atribuciones son un conjunto de facultades constitucionales, legales y reglamentarias, otorgadas a los

órganos y dependencias de la administración pública para que puedan ejercer sus atribuciones y deberes, de manera que ningún órgano del sector público pueda excederse de sus límites, ni usurpar funciones que les corresponda a otros órganos y servidores del Estado.

6.1.5. Deberes de la administración.- El término deber significa misión, obligación. Los deberes son el conjunto de actos regulares, continuos y permanentes que debe cumplir los servidores públicos en la prestación de sus servicios con estricto sentido de responsabilidad, capacidad, probidad, lealtad y fidelidad institucional.”⁴⁷

DELIMITACIÓN DE LA EMERGENCIA

Art. 1.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, podrá declarar la emergencia únicamente, para atender las situaciones definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la LOSNCP.

Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP; cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente, y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada. Cualquier declaratoria de emergencia, y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a lo indicado, se considerarán elusión de procedimientos precontractuales.

⁴⁷JARAMILLO Herman Felicísimo, Manual de Derecho Administrativo, año 2010, Universidad Técnica Particular de Loja, año 2013.

VIGENCIA Y USO DE LA HERRAMIENTA DE PUBLICACIONES POR CASOS DE EMERGENCIA.

Art. 1.- Todas las entidades contratantes establecidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP que declaren situaciones de emergencia a partir de la vigencia de la presente resolución, deberán utilizar la herramienta “Publicaciones de Emergencia” que se encuentra disponible en el portal www.compraspublicas.gov.ec, la misma que prevé la realización de todas las actuaciones establecidas en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 3.- Junto con la publicación de la resolución motivada que declara la emergencia, se establecerá en el sistema la fecha de inicio de la situación de emergencia, para fines de control.

Art. 4.- El o los contratos que se suscriban como consecuencia de la declaratoria de emergencia también deberán publicarse en la propia herramienta “Publicaciones de Emergencia”. De preferencia se usarán los modelos oficiales de contratos correspondientes a bienes, servicios u obras, respectivamente, disponibles en el portal www.compraspublicas.gov.ec, con las adecuaciones que sean necesarias y que obedezcan estrictamente a la necesidad de superar la emergencia.

Art. 5.- Una vez realizada la contratación necesaria y superada la situación de emergencia, la entidad contratante deberá publicar en la herramienta “Publicaciones de Emergencia”, vinculada a la declaratoria inicial, el informe emitido por la máxima autoridad o su delegado, que obligatoriamente contendrá lo siguiente:

- a) Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia;
- b) Número de contratos efectuados para superar la emergencia;

- c) Objeto de cada contrato efectuado;
- d) Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC;
- e) Plazo de duración de la emergencia;
- f) Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia;
- g) Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría u obras construidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y,
- h) Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación.

Art. 6.- Las publicaciones de las resoluciones de emergencia; los contratos; y, los informes, referidos en los artículos 2, 3 y 5, respectivamente, de esta resolución, se realizarán tan pronto se hayan emitido, otorgado o suscrito, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado y los usuarios autorizados para operar el portal de compras públicas.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, expide estas disposiciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para atender las situaciones de emergencia definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la propia ley, la máxima autoridad de la entidad deberá publicar en el Portal Compras Públicas la resolución motivada que declara la emergencia; y una vez superada, un informe que detalle las contrataciones realizadas con el exclusivo fin de superar la emergencia y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados

obtenidos.

7.- METODOLOGÍA.

La metodología es el conjunto de métodos y técnicas desarrollados por la ciencia, y que constituyen el basamento para alcanzar el conocimiento. Es el estudio científico que nos enseña a descubrir nuevos conocimientos. Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los diferentes métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona; es decir, las formas o medios que me permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos.

7.1. Métodos.

Los expertos en investigación han determinado la existencia de varios métodos, todos ellos, de fácil aplicación a cualquier tipo de investigación, sin embargo, es el criterio epistemológico de los investigadores lo que determina la utilización de tal o cual método para llevar a cabo este proceso.

Bajo estas consideraciones, en la presente investigación utilizaré diferentes métodos y técnicas aplicado a las ciencias jurídicas, que implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

De modo concreto procuraré efectivizar el cumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y que las Leyes mantengan la concordancia necesaria con la Ley.

Durante este proceso investigativo, aplicaré los siguientes métodos.

Método Científico, es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad.

Método Inductivo y Deductivo, que me permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular a lo general y viceversa.

Método Histórico, me permitirá conocer el pasado del problema, su origen y evolución; y así, realizar una diferencia con la realidad que actualmente vivimos, así como la historia y evolución de las normas legales.

Método Descriptivo, compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema; y, demostrar los vacíos existentes.

Método Analítico, servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social y jurídico; y, analizar sus efectos.

Método Sintético, me permitirá sintetizar lo que dice un autor, reduciendo al máximo la cita.

Método Exegético, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales.

Método Estadístico, que me permitirá demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos.

TECNICAS

La técnica que utilizaré será la técnica de la encuesta la misma que estará dirigida a profesionales del derecho.

La encuesta

La entrevista

Observación directa

8.- CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES	AÑO: 2014. MESES																			
	JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración y Aprobación de la investigación			x	x	x															
Revisión de la investigación						x	x													
Investigación de Campo										x	x									
Procesamiento de la información											x	x								
Elaboración de las encuestas														x	x					
Elaboración de Conclusiones y recomendaciones															x					
Redacción del informe final															x	x				
Sustentación y Defensa de la investigación																				x

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS Y COSTOS.

9.2. RECURSOS HUMANOS:

Proponente de la investigación: CRISTIAN RODRIGO MERINO LUNA

Docente: Por designar.

9.3. FINANCIAMIENTO.

La presente investigación la financiaré exclusivamente con mis propios recursos.

10.- RECURSOS MATERIALES Y FINANCIEROS.

Entre los recursos materiales utilizaré:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cd, Memory flash.
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora.
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de Internet.

DETALLE	COSTO EN DÓLARES
Material de escritorio	\$150,00
Material bibliográfico	Biblioteca U.N.L
Fotocopias	\$70,00
Reproducción y empastado de tesis	\$150,00
Derechos y aranceles	\$100,00
Internet	\$100,00
Movilización	\$100,00
TOTAL	\$670,00

11.- BIBLIOGRAFÍA.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador, año 2011.
- LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador, año 2011.
- LEY ORGANICA DEL SERVIDOR PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador, año 2012.
- JARAMILLO ORDOÑEZ, Herman Felicísimo, Manual de Derecho Administrativo, segunda edición, Universidad Técnica Particular de Loja, año 2013.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta Edición 1998.Argentina.
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Clape. S.A. Madrid 2011.

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS	82
6. RESULTADOS	86

7. DISCUSIÓN	102
8. CONCLUSIONES.....	111
9. RECOMENDACIONES	113
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	115
10. BIBLIOGRAFÍA	117
11. ANEXOS	119
INDICE	136