



1859

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

TÍTULO

“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO, UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES, A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”

Tesis Previa a la
Obtención del Título
de Abogado

Autor:

Bolívar Ruperto Albuja López

Directora de Tesis:

Dra. María Antonieta León Ojeda

Loja - Ecuador
2014

CERTIFICACIÓN

DRA. MARÍA ANTONIETA LEÓN OJEDA

Docente de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja y Directora de tesis;

CERTIFICA:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido del presente trabajo de investigación jurídica de autoría del postulante señor BOLIVAR RUPERTO ALBUJA LÓPEZ, intitulado **“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO, UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES, A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”**, de autoría del señor egresado de la Carrera de Derecho BOLIVAR RUPERTO ALBUJA LÓPEZ, el mismo que por cumplir las disposiciones del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación y publicación.

Loja, diciembre de 2014.



.....

Dra. María Antonieta León Ojeda, Mg. Sc.

DIRECTORA DE TESIS.

AUTORÍA

Yo, **Bolívar Ruperto Albuja López**, 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 del mismo.

Adicionalmente acepto y Autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la Publicación de mi Tesis en el repositorio de la Institución- Biblioteca Virtual.

AUTOR: Bolívar Ruperto Albuja López

FIRMA: 

CEDULA: 170331412-8

FECHA: Loja, diciembre del 2014.

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


Yo, Bolívar Ruperto Albuja López, declaro ser autor de la tesis titulada: “LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO, UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES, A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES” Siendo requisito para optar por el 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 04 días del mes de diciembre del dos mil catorce.

FIRMA:



AUTOR: Bolívar Ruperto Albuja López

CEDULA: 170331412-8

DIRECCION: Quito, Av. Ilaló Oe 1-167 y García Moreno

CORREO ELECTONICO: bolivar.al.buja@hotmail.com

TELEFONO: 2073121 / 0999008131

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dra. María Antonieta León Ojeda, Mg. Sc.

TRIBUNAL: Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Müller

Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

Dr. Mg. Juan Carlos Jaramillo Montesinos

DEDICATORIA

Primeramente agradezco a Dios por haberme dado la vida, guiado en el presente trabajo investigativo y permitido que las metas, sueños y esperanzas se transformen en realidad y, a mi familia que con su apoyo incondicional en mi vida diaria y en particular durante la carrera de Derecho han hecho posible su culminación.

Bolívar

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja como estudiante de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la carrera de Derecho, por su Plan Curricular que se circunscribe en los lineamientos del SAMOT de una apertura de la Educación Superior a nivel Nacional, dirigida a todo ente humano con deseos de superación y logros. Gracias por pensar permanentemente en nosotros y hacer posible nuestros sueños.

Mi agradecimiento a los catedráticos de los diferentes Módulos de la carrera de Derecho, al personal administrativo y de manera muy especial a la Dra. María Antonieta León Ojeda, mi Directora de Tesis, la maestra incondicional y sincera, que con sus conocimientos y experiencia supo guiarme en el desarrollo del presente trabajo.

Bolívar

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Institución

4.1.2. Persona Jurídica

4.1.3. Persona Natural

4.1.4. Adjudicación

4.1.5. Contrato Privado

4.1.6. Contrato Público

4.1.7. Contratación Pública

4.1.8. Contratista

4.1.9. Concurso

4.1.10. Pliegos

4.1.11. Proveedor

4.1.12. Discrecionalidad

4.1.13. Garantías

4.1.14. Situación de Emergencia

4.1.15. Licitación Pública

4.1.16. Sector Público

4.1.17. Sector Privado

4.1.18. Contratación Privada

4.1.19. Bienes

4.1.20. Obras

4.1.21. Servicios

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Como se inició y luego se desarrolló el efecto de contratar

4.2.2. LOS ORGANISMOS DE CONTROL

4.2.3. CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.2.4. Contratación Privada

4.2.5. La voluntad contractual

4.2.6. La obligatoriedad de los términos contractuales.

- 4.2.7. La igualdad contractual
- 4.2.8. El efecto relativo
- 4.2.9. La buena fe contractual

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La Contratación Pública en la Constitución Política de la República del Ecuador.

4.3.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- 4.3.3. Quienes pueden contratar
- 4.3.4. El Concurso de Contratación Pública
- 4.3.5. El Sector público
- 4.3.6. Montos permitidos para contratación sin licitación
- 4.3.7. Bienes
- 4.3.8. Obras
- 4.3.9. Servicios

4.3.10. Organismos de Control en la Contratación Pública

4.3.11. La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia

4.3.12. Contratación privada

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

- 4.4.1. Colombia:
- 4.4.2. Chile:
- 4.4.3. Paraguay

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES

5.2. MÉTODOS Y TÉCNICAS

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS.

6.2. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA

6.3. ESTUDIO DE CASOS

6.3.1. CASO Nº 1

6.3.2. CASO Nº 2

7. DISCUSIÓN

7.1. COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO, UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES, A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”.

2. RESUMEN

La contratación pública por excepción en el país es una forma de poner en práctica un procedimiento especial con el fin de preservar el orden en unos casos y superar las situaciones de peligro que se presentan en otros. El presente trabajo implica el análisis de los mecanismos que poseen las entidades para hacer viable este tipo de procedimientos y llevar adelante las diferentes contrataciones, estos procesos que, sin estar al margen de la Ley, están exentos de ciertas formalidades y requisitos.

El surgimiento de situaciones emergentes hace que se tomen decisiones valiéndose de leyes, decretos, estatutos, reglamentos, resoluciones etc. con el fin de solucionar las diferentes coyunturas.

En nuestro país la contratación en situaciones de emergencia en la mayoría de los casos no se ciñe a la poca o casi nula reglamentación existente sobre este proceso, dejando al libre albedrío de la máxima autoridad de cada institución pública, las decisiones de contratación en casos de emergencia, aprovechando la disposición del Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, trayendo como consecuencia la vulneración de los derechos irrenunciables, tipificados en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numeral 16 sobre el derecho a la libertad de contratación.

De esta manera se convierte en una evidente inseguridad jurídica a los derechos constitucionales y a los principios y normas reglados en el Art. 4 de la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, inobservando los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, por lo que es necesario e imprescindible y urgente crear medidas jurídicas en la Ley antes citada, en cuanto al procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia, relacionado a establecer un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables, a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes,

cuando utilizan el Art. 57 del mismo cuerpo legal con el propósito de realizar adjudicaciones a dedo.

Tomando en consideración que el Art. 389 de la Constitución de la República del Ecuador puntualiza que el Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico y, más todavía el Art. 66 numeral 16 de la Constitución del Ecuador, reconoce el derecho a la libertad de contratación y en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 9 numeral 3 establece como objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, el de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública y quienes deben tutelar estos derechos, estas protecciones y objetivos son las máximas autoridades de las instituciones públicas como lo señala el Art. 57 de la Ley de Contratación vigente.

Por otro lado se ha hecho costumbre de la máxima autoridad realizar contrataciones en situaciones de emergencia, de manera direccionada a oferentes no calificados y con especificaciones no sustentadas técnicamente, poniendo en riesgo los recursos económicos del Estado y, lo que es más grave sin dar soluciones oportunas a las emergencias suscitadas.

También ocurre que amparándose en la declaratoria de emergencia, se suscriban contratos que nada tengan que ver con emergencia alguna de las que amparan y protege el Estado.

Por lo señalado surge la necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estableciendo un concurso privado competitivo por mejores precios que garantice la transparencia y evite la discrecionalidad en la contratación pública.

2.1. ABSTRACT

Public procurement by exception in the country is a way to implement a special procedure in order to preserve order in some cases and overcome dangerous situations that occur in other. This study involves the analysis of the mechanisms for entities to make possible these procedures and carry out the various recruitment, these processes without being outside the law, are exempt from certain formalities and requirements.

The rise of emerging situations that decisions are made using laws, decrees, statutes, regulations, rulings etc. in order to solve the various joints.

In our country, emergency procurement in most cases is not limited to little or no existing regulations for this process, leaving the free will of the highest authority of each public institution hiring decisions in cases of emergency, using the available Article 57 of the Organic Law of the National System of Public Procurement, consequently resulting in the violation of inalienable rights, as defined in the Constitution of the Republic of Ecuador in its article 66 paragraph 16 on the right to freedom of contract.

In this way it becomes a legal uncertainty evident constitutional rights and the principles and rules regulated in Article 4 of the Organic Law of the National System of Public Procurement, failed to observe the principles of lawfulness, fairness, equality, quality, technological effect, opportunity, competition, transparency, disclosure, and national participation, so it is necessary and essential and urgent to legal measures in the above Act, regarding the procurement procedure in emergency situations related to establishing a competition competitive private for better prices and features sustainable techniques in order to prevent there discretion in the award by the highest

authority and this causes complaints from other bidders, when using the Article 57 of the same Act with the purpose of making awards to finger.

Considering that Article 389 of the Constitution of the Republic of Ecuador specified that the State protect people, communities and nature against the adverse effects of natural disasters or man and even more Art 66 clause 16 of the Constitution of Ecuador, recognizes the right to freedom of contract and the Organic Law of the National procurement System in its Article 9, paragraph 3 provides primary objectives of the State, public procurement, that of ensure transparency and prevent bias in public procurement and who must protect these rights, these protections and objectives are the highest authorities of public institutions as stated in Article 57 of the procurement Act in force.

On the other hand it has become customary to make hiring the highest authority in emergency situations, so directed to unqualified bidders and specifications technically unsupported, jeopardizing the economic resources of the state and, what is more serious without giving solutions emergencies timely raised.

It also happens that relying on the declaration of emergency, signing contracts that have nothing to do with any of the emergency that covers and protects the state.

It noted the need arises to amend the Organic Law of the National Public Procurement System, setting a competitive private contest for best prices to ensure transparency and avoid procurement discretion.

3. INTRODUCCIÓN

Las contrataciones en situaciones de emergencia en nuestro país se encuentran tipificadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y han servido para atender varias de ellas, de manera directa y bajo la responsabilidad de la máxima autoridad, pero en la mayoría de casos han utilizado este procedimiento para contratar de manera direccionada a un oferente en particular, con bases no muy sustentadas técnicamente, sin garantizar la transparencia, ni evitar la discrecionalidad en la contratación, inobservando los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, y; participación nacional y, lo que es más grave que la máxima autoridad de la entidad deba emitir resolución motivada declarando la emergencia para contratar obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría, que no son necesarios de manera estricta para superar la situación de emergencia, supuestamente declarada y motivada.

Por estas particularidades el presente trabajo investigativo de tesis se ha intitulado “La Necesidad de Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto al Procedimiento de Contrataciones en Situaciones de Emergencias relacionado a establecer dentro de este proceso, un Concurso Privado Competitivo por Mejores Precios y Características Técnicas Sustentables, a fin de evitar que en la Adjudicación exista Discrecionalidad por parte de la Máxima Autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes”, desarrollada de la siguiente manera:

En la Revisión de Literatura se trató en el Marco Conceptual sobre Criterios de Tratadistas del Derecho en cuanto al Proceso de Contratación en Situaciones de Emergencia; en el Marco Doctrinario se analizó los Antecedentes Históricos de la Contratación Pública, la Evolución Histórica de los Estados de Emergencia y su Desarrollo en Latinoamérica y la Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en Ecuador; en el Marco Jurídico se efectuó un estudio integral sobre la Constitución Política de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Principios Rectores de la Contratación Pública, Consecuencias del Incumplimiento de la Contratación Pública, Responsabilidades y Sanciones en la Contratación Pública, Responsabilidad Administrativa, Responsabilidad Civil, Responsabilidad Penal, el Código Penal y la Contratación Pública en Situaciones de Emergencia; en la Legislación Comparada se realizará un análisis de legislaciones de otros países que regulen las contrataciones en situaciones de emergencia.

En Materiales y Métodos se detallan los insumos y las fuentes de información utilizados para la elaboración del informe final; los Métodos y Técnicas utilizados en la investigación de campo, mediante encuestas y entrevistas a auditores internos y externos de la Contraloría General del Estado, abogados en libre ejercicio profesional y al personal del área financiera de las instituciones públicas.

Los resultados obtenidos se detallan estadísticamente con la información proporcionada a través de gráficos, interpretación y comentarios por parte del autor, además del estudio de casos.

En la Discusión se realiza un análisis crítico a la problemática planteada, verificándose los objetivos señalados y contrastándose la hipótesis indicada en el proyecto de tesis; la Fundamentación Jurídica para la propuesta de reforma legal.

Por último se presentan las Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de Reforma Jurídica.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Institución

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos manifiesta que Institución es **“Colectividad, entidad, establecimiento, agrupación o empresa.”**¹

A mi criterio personal es una corporación, una compañía o entidad pública que se toma como persona jurídica, que toma decisiones y asume sus responsabilidades para el cargo que fue designado, tanto económica como administrativamente.

4.1.2. Persona Jurídica

Según el Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, llama persona jurídica **“A los sujetos de derechos y obligaciones.”**²

Mi criterio es que es un sujeto de derechos y obligaciones que existe, pero no como individuo, sino como institución y para cumplir un objetivo social que puede ser con o sin ánimo de lucro, responde con los bienes de la empresa.

De lo señalado, se puede decir que el hombre o la mujer como sujeto jurídico, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones. Persona Jurídica es una empresa que ejerce derechos y cumple obligaciones a nombre de ésta,

¹ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.372

² OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.723

siendo la empresa quien asume los derechos y las obligaciones y ejercitar acciones judiciales.

4.1.3. Persona Natural

Para el Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos indica que persona natural es ***“El hombre o la mujer como sujeto jurídico, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”***³

Para mi criterio persona natural es una persona humana que ejerce derechos y cumple obligaciones a título personal, respondiendo con sus bienes. Al constituir la empresa como persona natural, es el dueño quien asume a título personal todos los derechos y obligaciones de la empresa.

4.1.4. Adjudicación

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos manifiesta que ***“La adjudicación se hace por la autoridad judicial o administrativa competente, por ejemplo, cuando se distribuyen los bienes o legatarios, o cuando se otorga a favor de un determinado licitante la realización de obras, suministros o servicios públicos.”***⁴

Siendo la adjudicación una actividad reglada o discrecional puesto que la norma establece que la contratación se adjudicará a la oferta más conveniente, da lugar a cuestionamientos sobre la naturaleza de la decisión de la

³ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.723

⁴ IBÍDEM, Pg.46

adjudicación. Al respecto algunos tratadistas consideran que estos conceptos dan curso a la discrecionalidad de la administración y otros sostienen que estos conceptos se deben analizar a la luz de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

4.1.5. Contrato Privado

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos indica que el contrato privado ***“Perteneiente al Derecho Civil o a otra rama del Derecho Privado, donde predomina la libertad de las partes para concertarlos y darles flexibilidad con cláusulas especiales. El que consta por documento privado.”***⁵

De donde se desprende que es el realizado por las personas intervinientes en un contrato con o sin asesoramiento profesional. Tendrá el mismo valor que la escritura pública entre las personas que los suscriben y sus causahabientes.

Los contratantes son personas de Derecho Privado; Tiene por objeto el interés particular; En el contrato las condiciones las imponen las partes.

4.1.6. Contrato Público

Para el Dr. Manuel Osorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales, señala que el contrato público es ***“El regido por normas públicas. El que corresponde al ámbito del Derecho Público. Sinónimo de contrato solemne. Aquel que consta por escritura pública. El que, lejos de***

⁵ OSSORIO, Manuel, “DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”, Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires. Pg. 225.

mantenerse en secreto, ha sido manifestado por las partes, aun sin recurrir a los órganos oficiales de publicidad.”⁶

Sobre el particular, debo decir que son los contratos autorizados por los funcionarios o empleados públicos, siempre dentro del ámbito de sus competencias, tiene una mejor condición probatoria. Los documentos notariales son los que tienen una mayor importancia y dentro de ellos principalmente las escrituras públicas. Es el acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en lo administrativo, por lo que la entidad del Estado debe actuar en función administrativa.

Siempre una de las partes es la administración pública; Tiene como objeto el interés público; Se somete a un régimen procedimental de estricto cumplimiento pertenece al Derecho Público.

4.1.7. Contratación Pública

Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos manifiesta que contratación pública es el ***“Contrato que se hace con el gobierno, con una corporación o con un particular para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados.”⁷***

De lo expuesto se puede indicar que en la contratación pública se determinan los principios y normas que regularán los procesos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de

⁶ OSSORIO, Manuel, “DICIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”, Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires. Pg. 225.

⁷ OSSORIO, Manuel, “DICIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”, Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires. Pg. 217.

servicios, incluidos los de consultoría que realicen todos los organismos e instituciones públicas, observando los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, así como la participación nacional, precautelando los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

4.1.8. Contratista

Según Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, puntualiza que contratista es ***“La persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el gobierno, para una corporación o para un particular.”***⁸

Es necesario establecer que los contratistas para participar individualmente o en asociación en ventas al Estado, se requiere constar en el Registro único de Proveedores – RUP como proveedores habilitados, siendo el Instituto nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP el que establecerá los mecanismos necesarios en cuanto a la inscripción, habilitación, suspensión y actualización de información, el que establecerá los mecanismos necesarios en cuanto a la inscripción, habilitación, suspensión y actualización de información.

4.1.9. Concurso

Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, manifiesta que concurso es ***“Competencia entre los que aspiran a***

⁸ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.217

encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas.⁹

Por ello existe la necesidad de que las Instituciones del sector público, realicen sus contrataciones a través de concursos públicos nacionales o internacionales, con oferentes previamente calificados y que se encuentren registrados en el Registro Único de Proveedores – RUP para que haya transparencia, calidad de bienes y servicios y se obtenga el mejor costo del mercado.

4.1.10. Pliegos

Así mismo Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, manifiesta que pliegos son ***“Bases generales que un organismo público, o uno privado que acude a ese medio, articula con carácter previo a la adjudicación de una obra o la prestación de un servicio que se sujeta a licitación o subasta pública.”***¹⁰

En cuanto a los pliegos, el Dr. Roberto Dromi, manifiesta que ***“la igualdad exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”***¹¹. En general los pliegos deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan el principio de igualdad, este hecho no limita a que se establezcan preferencias a favor de determinadas categorías de oferentes, si existieren cláusulas que impliquen monopolio serían nulas.

⁹ **IBÍDEM**, Pg.190

¹⁰ **OSSORIO**, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.736

¹¹ **DROMI**, Roberto, “Derecho Administrativo”, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires-1998, Pág. 367

Tampoco se pueden fijar cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas que indiquen preferencia por tal o cual oferente. De esta manera, el principio de igualdad exige que la adjudicación se haga a aquél oferente que ha presentado las mejores condiciones para el Estado, ajustado a las bases o pliegos de la contratación, pues de no ser así, si se modifica algún aspecto solo para unos oferentes la administración pública estaría en situación de franca violación del principio de igualdad. En consecuencia este principio rige todas las fases del procedimiento precontractual, desde la formulación de las bases o pliego de condiciones hasta la adjudicación. Bercaitz coincide con el criterio anterior ya que manifiesta que:

“El pliego que contiene el llamado no puede contener favoritismos para unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta el momento de la apertura del acto con el fin de evitar que el conocimiento de las presentadas por algún oferente sirva para reacomodar los datos de otro oferente; las aclaraciones al pliego deben ser hechas con la debida anticipación y publicadas para conocimiento de todos quienes se presenten a concursar; las ofertas deben sujetarse estrictamente al llamado de la Entidad Contratante y no pueden ser modificadas por ninguna persona con posterioridad al acto de apertura. Manifiesta que se debe observar la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de

inmoralidad debido a favoritismos dirigidos lo que determinaría su nulidad absoluta.¹²

Las instituciones públicas en general deben proceder a elaborar los documentos precontractuales, especial atención deben poner en el caso de los pliegos que deben estar sustentados en las normativas vigentes, esto es, que deben ser generales, sin marcas en particular, deben tener previamente un sondeo del mercado local, nacional e internacional de lo que se va a contratar, con el propósito de prevenir que los datos que se consignen en los pliegos vayan a permitir una declaratoria de desierto del proceso que quieren iniciar, ocasionando pérdidas de tiempo y dinero, retrasando la ejecución de los procesos y con el peligro de que se archive el trámite, como lo ocurrido en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito que tuvo que devolver los USD15.000.000,00 no reembolsables aproximadamente al Banco del Estado para la compra de trolebuses, declarado desierto por varias ocasiones.

4.1.11. Proveedor

7Según Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos manifiesta que proveedor es ***“Quien realiza una provisión o abastecimiento. Más en especial, el que lo efectúa habitualmente para cada cliente.”***¹³

¹² **SORIA GALARZA**, Narda, “El procedimiento precontractual de Licitación en la LOSNCP”, Ecuador-2011. Pág. 22-23.

¹³ **OSSORIO**, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.789

Para ser proveedor de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, para ofertar al Estado, debe primero presentar la documentación completa para ser calificada y luego inscrito en el Registro Único de Proveedores – RUP.

4.1.12. Discrecionalidad

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos manifiesta que discrecionalidad es: ***“Lo realizado en libertad y sano juicio. De libre actuación.”***¹⁴

La arbitrariedad y la discrecionalidad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad.

Y sobre todo, entendiéndose que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

¹⁴ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica. Pg.335

4.1.13. Garantías

En el proceso de contratación pública Varela Méndez dice al respecto: ***“Constituyen garantía en el contrato de obra pública, todas las cauciones que la administración pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, teniendo en vista la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata.”***¹⁵

Usado como método para obtener seguridad jurídica, la garantía es una de las consecuencias de los contratos, en especial de los traslativos onerosos, en tanto que su existencia atribuye a las partes la facultad para adquirir, ocupar, exigir o mantener el derecho real o personal.

En la contratación pública existen varias garantías que son exigibles de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP como la garantía de fiel cumplimiento de contrato por el 5% del valor del mismo, la garantía del 100% del anticipo que debe presentar la entidad contratante de acuerdo a lo estipulado en el contrato y, por otro lado la garantía técnica para ciertos bienes, además la garantía que debe presentar el fabricante al momento de la suscripción del contrato.

¹⁵ **BOHORQUEZ DE SEVILLA**, Mercedes, “Características de las garantías en la Contratación Pública”, Publicado en la Revista Judicial el 04 de abril del 2008.

4.1.14. Situación de Emergencia

José Arcos, en la Aplicación de los principios de Contratación Pública en el procedimiento de la Subasta Inversa, nos indica que situación de emergencia es:

“Una situación de emergencia se da de manera muy precisa, el concepto de emergencia es una situación imprevista, imposible de planificarla y que amerita una acción inmediata de la autoridad correspondiente para solucionar el problema que se haya creado a la ciudadanía, a la institucionalidad o seguridad y así mitigar los posibles efectos de la emergencia.”¹⁶

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, además son expeditas e inmediatas. El estado de excepción y la emergencia, son dos situaciones jurídicas diferentes. Su vigencia es de sesenta días.

4.1.15. Licitación Pública

El Dr. Enrique Sayagués Lazo, en el Tratado de Derecho Administrativo, nos manifiesta que Licitación Pública es:

¹⁶ **ARCOS**, José, “APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBASTA INVERSA”, Quito-2010, Pg. 25

“La administración manifiesta su voluntad y presta su consentimiento en un contrato, pasando previamente por un procedimiento de selección del contratista por cuanto la voluntad estatal siempre debe exteriorizarse según las formas especiales que el derecho público lo prevé y son las legislaciones las que señalan a la licitación pública como procedimiento que regla los contratos administrativos. La importancia de la licitación es tal que no solo regla el comienzo del contrato sino que, su normativa se proyecta durante todo el desarrollo de la vinculación contractual, pues las bases de la licitación, el pliego de condiciones, y toda la documentación rige a lo largo de la ejecución contractual.”¹⁷

Mi criterio es que la Licitación es el procedimiento administrativo para la adquisición de bienes o servicios no normalizados, siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico y la ejecución de obras cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, que celebren los entes, organismos y entidades que forman parte del Sector Público.

¹⁷ SAYAGUÉS LAZO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”

4.1.16. Sector Público

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos indica que sector público es ***“De todos o de la generalidad. De uso general. Proveniente de autoridad, a diferencia de lo privado.”***¹⁸

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. Comprende el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder judicial y organismos públicos autónomos, instituciones, empresas y personas que realizan alguna actividad económica en nombre del Estado.

El sector público está compuesto por el nivel nacional que son todas las instituciones dirigidas desde el poder central para todo el país, y el nivel territorial o regional que son las ubicadas en la provincia, estado o departamento, municipio, ciudad o localidad. Por ejemplo el poder ejecutivo del nivel nacional es dirigido por el Jefe de Estado, quien tiene a su cargo todas las políticas administrativas de la nación, y el compromiso de hacer cumplir el ordenamiento legal para lo cual se sirve de todos los ministerios e instituciones que de ellos dependen. En cambio en el nivel territorial los gobernadores y los alcaldes lideran las políticas regionales de las zonas que les corresponde. El Poder legislativo está en la Asamblea Nacional. Tiene la misión de estudiar y proferir las leyes, que deben estar sujetas a la Constitución Nacional.

18 OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”. Pág. 795

4.1.17. Sector Privado

En un artículo de la página web señala que es el **“Sector de la actividad económica en el que la propiedad de los medios de producción es privada. Está compuesto por las unidades familiares, las sociedades mercantiles y otras entidades privadas.”**¹⁹

El sector privado que se contrapone al sector público, es aquella parte de la economía que busca el ánimo de lucro en su actividad y que no está controlada por el Estado. Las empresas que pertenecen al Estado son parte del sector público. Las organizaciones privadas sin ánimo de lucro están incluidas como parte del sector voluntario.

El sector privado puede constituir y desarrollar cualquier tipo de actividad. Del sector privado se espera que diversifique la producción industrial y que haga grandes inversiones, su papel también es atraer la inversión y la tecnología procedente del exterior. Su papel también es contribuir al desarrollo y a la creación de empleo.

El sector privado lo pueden conformar también empresas pequeñas, tanto puede ser como un puesto ambulante o una empresa pequeña porque allí trabajan para sí mismos y solos por su propia cuenta. Todos los ingresos son personales y para su ganancia.

¹⁹ INTERNET- http://es.mimi.hu/economia/sector_privado.html

4.1.18. Contratación Privada

La actual Constitución de la República aunque con limitación, da cabida a la iniciativa privada y en el artículo 316 dispone que:

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, nos indica que la contratación privada ***“Perteneiente al Derecho Civil o a otra rama del Derecho Privado, donde predomina la libertad de las partes para concertarlos y darles flexibilidad con cláusulas especiales. El que consta por documento privado.”***²⁰

Aterini propone también una definición específica que señala que la contratación privada es un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

De lo que se desprende que es un acto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas y más estrictamente aplicable al Derecho Privado sería la de acuerdo de dos o más personas sobre una declaración de voluntad, destinada a reglar sus derechos.

²⁰ OSSORIO, Manuel, “DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”, Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires. Pg. 225.

4.1.19. Bienes

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, nos manifiesta que bienes son: **“Aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan.”**²¹

Puede ser considerado un bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación y en consecuencia tiene un valor económico y se encuentra dentro del comercio. El conjunto de bienes, forma el patrimonio de las personas. Existe una distinción fundamental entre los bienes muebles e inmuebles, donde los segundos tienen una regulación especial dada su mayor relevancia económica. Esta regulación especial se caracteriza por el hecho de que los actos y contratos que tienen por objeto bienes inmuebles son solemnes. Además, los bienes inmuebles están sujetos a un sistema de registro llevado a cabo por las autoridades competentes.

Como señala Alessandri, “la etimología de la palabra *bienes* delata el carácter útil de las cosas que el Derecho considera. Proviene ella del adjetivo latino *bonus*, que, a su vez, deriva del verbo *beare*, el cual significa *hacer feliz*. Realmente, aunque las cosas que se tienen por propias no dan la felicidad, contribuyen al bienestar del hombre por la utilidad moral o material que de ellas puede obtener”

4.1.20. Obras

Guillermo Cabanellas de Torres en el Diccionario Jurídico Elemental, nos indica que obra viene a ser la **“Cosa hecha o producida por un sujeto o agente.**

²¹CABANELLA, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires. Pg. 53

Producción intelectual. Trabajo material. Edificio en construcción. Reparación o reforma del mismo.²²

Una obra es una cosa producida o hecha por una persona o un grupo de personas. Obra también es el poder de acción o el medio que permite conseguir un objetivo. La obra pública, por su parte, es aquella desarrollada por el Estado, su ejecución, por lo tanto, implica la inversión de fondos públicos.

4.1.21. Servicios

Guillermo Cabanellas de Torres, en el Diccionario Jurídico Elemental, nos señala que servicio es: ***“Trabajo. Actividad. Provecho, utilidad, beneficio. Tiempo dedicado a un cargo o profesión.”***²³

Hay dos grandes maneras de clasificar los servicios. Una de ellas es clasificándola en servicios públicos y privados.

Prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad ayudar a las personas que lo necesiten. Ej. Hospitales y Empresas Postales. Son aquellos servicios que entrega una empresa privada y que sirve para satisfacer intereses o necesidades particulares de las personas con fin de lucro. Ej. Empresas de comunicaciones.

²² CABANELLA, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

²³CABANELLA, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Como se inició y luego se desarrolló el efecto de contratar

En artículo de la página web señala que: ***“Lo que es hoy la contratación pública, tiene sus principios en la ley de hacienda de 1927”***²⁴ que era la que se encargaba de las compras de insumos, materiales que necesitaba el gobierno para funcionamiento, exigía al Estado la licitación para ciertos contratos que superaba la cuantía, esta también pedía que intervenga el Contralor General de la Nación, para la celebración de contratos que necesiten egresos públicos.

“Esta ley sufre varios cambios que se van incorporando como la codificación en 1960, que contempla el requerimiento de contar con una partida presupuestaria que disponga de los fondos necesarios para la celebración del respectivo contrato, que exigía el egreso de fondos públicos, el procedimiento era el de licitación, que debía contar con las respectivas bases que tenía que ser publicadas en el registro oficial o un periódico debidamente aprobadas por la Junta de Licitaciones.”²⁵

“La ley de licitaciones de 1964, después de sucesivas reformas se publica la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974, que incorporó la tradicional figura "exorbitante", del derecho administrativo, de la "terminación unilateral y anticipada del contrato" vigente hasta nuestros tiempos además mantenía los

²⁴ INTERNET, <http://hlaguapillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>

²⁵ López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág.45

principios de la licitación, bases, partida presupuestaria, debidamente autorizada por la entidad contratante.

La Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, luego de varias transformaciones es substituida por la Ley de Contratación Pública, expedida en 1990 en la que constaba las 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.”²⁶

“La primera Ley de Consultoría se publicó en 1998, determinaba los procedimientos para poder contratar con empresa encargadas de realizar encuestas de servicios, datos para las instituciones del Estado.

Con la Ley de Modernización, además de las concesiones de servicios públicos, (PETRÓLEO, TELECOMUNICACIONES que fracasó por dos veces) 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

²⁶ Granja Galindo Nicolás. (1999): Fundamentos de Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja Ecuador. Pág.183

público, venta de valores y negocios fiduciarios, sociedad y arrendamiento mercantil, etc.”²⁷

“Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos a entidades del sector público, eran conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia por las salas especializadas en las respectivas ramas.

Aparece la figura de la Procuraduría General del Estado, quien emitía dictámenes con relación a los contratos basados en el Derecho Civil para ofrecer las opciones apropiadas en el quehacer de la Administración Pública, del clásico contrato administrativo en la Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría del Ecuador.”²⁸

4.2.2. LOS ORGANISMOS DE CONTROL

“En la Constitución reformada y codificada en 1998 se incluyó a la Contraloría General del Estado entre los “organismos de control”. La reforma y codificación constitucional de 1998 contempla las “superintendencias” entre los “organismos de control” y los define como “organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, La Superintendencia de Bancos

²⁷ López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág. 102

²⁸ Idrobo Arciniega Marco. (1998) El Derecho y la Contratación Pública, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador. Pág.156

controló determinado tipo de sociedades, hasta la creación de la Superintendencia de Compañías, que asume competencias para el control de todas las compañías, inclusive las de economía mixta.

La Superintendencia de Telecomunicaciones se crea en 1992. En 1995 se añade el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL); organismos todos ellos con sus propios regímenes administrativos, de personal, de remuneraciones y de contratación. En 1996 se crea el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC) La reforma y codificación constitucional de 1998 se refiere en general a “las superintendencias”, calificadas como “organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera.”²⁹

Ley de Contratación Pública de 2001.- La ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios (no regulados por la Ley de Consultoría), completan el ámbito de la Ley, excluyéndose los contratos de régimen especial.

A base de cuantías específicas se establecía 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, integrado por cinco miembros.

²⁹ IBÍDEM. Pág.88

“Para llevar a cabo determinados concursos o licitaciones se elaboraron 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.

Había un capítulo especial para los contratos de arrendamiento o compra o venta de bienes del o para el sector público.

Capítulo similar para el sistema de modalidades de garantías que debía rendir los oferentes o los contratistas, así como lo referente a las capacidades e inhabilidades especiales o generales para contratar, o sobre la nulidad de las contrataciones: sobre los requisitos, forma y registro de contratos: sobre los reajustes de precios; sobre las recepciones; sobre contratos complementarios y adicionales; sobre terminación de contratos; registro de contratistas y sobre las responsabilidades de quienes intervienen en los procesos de contratación.”³⁰

Ley de Consultoría.- Por separado existía la Ley de Consultoría cuyo ámbito comprendía la prestación de servicios profesionales especializados destinados a identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo en sus niveles de pre factibilidad, diseño u operación; además la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, la asesoría y la asistencia técnica, elaboración de estudios, económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

³⁰ López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág. 105

Esta Ley tenía reglas sobre los consultorios, compañías consultoras, contratos de consultoría, procedimientos de contratación, garantías. Comité de Consultoría, Registro y Fondo de Consultoría.

“Sin embargo, la práctica demostró al poco tiempo que muchos aspectos no fueron contemplados en las nuevas leyes, lo que a su vez produjo la multiplicidad de consultas a la Procuraduría General del Estado, pese a lo cual no se superaron todos los problemas.

El efecto inmediato fueron las dificultades que afectaron a las entidades contratantes y a los contratistas, divergencias que en unos casos fueron llevados a los tribunales de justicia, y otras veces fue el abandono de los trabajos, que a criterio del contratista era la solución más inmediata; en todo, caso, ha sido el Estado y la comunidad en general el más perjudicado con las obras inconclusas y abandonadas y con las inversiones fracasadas.

La Ley de Contratación Pública comprendía en su ámbito a las entidades del Sector Público. La 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 celebraban el Estado, los organismos, dependencias y demás entidades públicas según la Constitución Política y las que constaban en el Catastro de Entidades y Organismos del Sector Público.”³¹

³¹ Idrobo Arciniega Marco. (1998) El Derecho y la Contratación Pública, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador. Pág.175

Una de las etapas de contratación pública que se volvió conflictiva era en 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 ponían en un plano, equivalente de derechos, por el principio de igualdad ante la Ley.

La Ley creó el Sistema Nacional de Registros que se integra del Registro Nacional de Contratistas Habilitados, el Registro Nacional de Contratistas Inhabilitados y los Registros Institucionales de Proveedores.

La ley contemplaba como procedimientos de contratación la licitación pública; la contratación de urgencia inmediata y la contratación de régimen excepcional de emergencia.

La Ley señalaba que la Procuraduría General del Estado en cumplimiento de las atribuciones que le asigna la Ley, de oficio o a petición de parte, velará en el ámbito de su competencia por la observancia y aplicación de los principios de la contratación pública determinados en la Ley y promoverá las acciones administrativas, civiles o penales, en protección de los recursos públicos y el imperio de la legalidad, moralidad y honestidad en la administración pública.

“Dentro de los principales requisitos solicitados por las entidades públicas constaban: Certificado de la Contraloría General del Estado de no constar con

Contratista Incumplido o Adjudicatario Fallido; Copia del Registro Único de Contribuyentes, Declaración Juramentada de no constar en las inhabilidades generales y particulares, constantes en los Arts. 55 y 56 de la Ley de Contratación Pública; certificado de no ser deudor moroso de la Agencia de Garantía de Depósitos, Banco Nacional de Fomento y la propia entidad; cédula de ciudadanía, papeleta de votación, certificado de la Central de Riesgos de no constar con créditos castigos con categoría E.”³²

Para participar debía esperar la convocatoria o invitación, si el monto era superior a un concurso de ofertas o licitación, la correspondiente publicación en la prensa; y, si el monto era inferior, para participar en el concurso interno debía ser invitado, para lo cual era necesario previamente estar inscrito en el Registro de Proveedores o Contratistas, que cada entidad pública tenía para sus contrataciones y pagar el valor de la inscripción para que le entreguen las bases del proceso en el cual quería participar, debido a existir tantas empresas públicas, los contratistas no podían participar en todas ellas por la falta de dinero.

En fin, la Guía de estudio del Módulo 11 de la Universidad Nacional de Loja-MED nos dice que:

“El contrato administrativo se origina en las necesidades sociales de adquirir cosas, de emprender obras, de transferir servicios; pero resulta innegable que el Derecho Administrativo surge de una raíz

³² López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág. 120

autoritaria y de una interpretación particular del principio de la división de poderes. Entonces resulta ser una especie de cuerpo extraño que luego de más de dos siglos de elaboración teórica se ha adaptado al sistema democrático y se ha convertido en instrumento que pretende proteger el interés general y también los derechos individuales³³

El contrato administrativo se concreta en la necesidad de obtener bienes, realización de obras y prestación de servicios, luego de que se hayan cumplido los procedimientos de contratación, normados actualmente por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece derechos y obligaciones tanto para el ente contratante como para los oferentes participantes, sin que se establezca la supremacía del Estado.

4.2.3. CONTRATACIÓN PÚBLICA

Al estilo del Dr. Bacacorzo, podemos decir que ***“El Estado es el mayor y más importante cliente en cada país, por lo que la contratación administrativa ha crecido sorprendentemente y cada día adquiere más bienes y extiende sus servicios para satisfacer las necesidades de la población, que aumenta y aspira a un bienestar acorde con la superación del ser humano.***³⁴

Los procedimientos de selección requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros que mejoren las prácticas en esta materia con el propósito

³³ UNL-MED, “Régimen Jurídico de la Administración Pública”, Guía Módulo 11, Loja-Ecuador 2011-2012. Pg. 118

³⁴ BACACORZO, Gustavo. “Tratado de Derecho Administrativo”. Gaceta Jurídica. Lima 2001

de cumplir cabalmente con los fines del Estado y a la vez alcanzar la adecuada administración de los recursos públicos. Ello dentro de un marco de la mayor transparencia, eficiencia, eficacia y economía.

Es necesario destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para la realización de los fines que le son inherentes, por lo que resulta imprescindible que el Estado compre un bien o contrate un servicio necesario para satisfacer una necesidad con la menor cantidad de recursos posibles, y de manera eficaz y eficiente. Si las contrataciones públicas se desarrollan en un contexto de publicidad y acceso a la información, se posibilita asimismo su control social.

Por otro lado podemos decir que: ***“La contratación administrativa aparece en el siglo pasado dentro del derecho francés, como la contratación administrativa, o sea, la teoría de los contratos administrativos. Hoy en día esta teoría es universalmente aceptada; para explicarla han surgido varios criterios que han sido agrupados por el tratadista Miguel A. Bercaitz en los siguientes:”***³⁵

- a) “El Criterio Subjetivo: Consiste en comprobar si en el contrato es parte la administración del Estado, sino una persona jurídica, pública perteneciente a la Administración Pública. De acuerdo con este criterio, basta dicha condición para que se produzca la contratación administrativa.

³⁵ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los Contratos Administrativos. Ediciones de Palma, Buenos Aires 1980

- b)** El Criterio de Jurisdicción: Consiste en establecer que hay contratación administrativa en aquellos casos en que compete conocer a la jurisdicción administrativa por disponerlo un precepto legal, por haberse pactado o por decidirse jurisdiccionalmente, por sus modalidades propias que corresponden a la jurisdicción administrativa.”³⁶
- c)** “El Criterio Formal: Se ha sustentado ciñéndose al procedimiento empleado por la administración pública para su concertación como explica el profesor Fernández De Velazco.
- d)** La Teoría del Servicio Público: Sustentada por León Duguit, sostiene que lo que importa es el fin y que, por consiguiente, si el contrato tiene como fin un servicio público o contribuye a un servicio público, pues allí hay contratación administrativa
- e)** La Teoría de los Contratos Administrativos por su naturaleza: León Blum, sienta la doctrina de los contratos administrativos, precisando que es necesario que ese contrato por sí mismo y por su naturaleza propia, sea de esos que sólo puede concluir una persona pública.
- f)** La Teoría de fin de utilidad pública: Coincide en algo con la teoría del servicio público, pero la descarta. Por ejemplo, Carlos Ferrari, manifiesta que lo determinante en un contrato administrativo es una prestación de utilidad pública, sin perjuicio de otros elementos que lo integran, como la

³⁶ López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág. 135

intervención de un sujeto de derecho público y la posibilidad de que la administración pueda variar unilateralmente el convenio.

- g)** Cláusula de la Teoría Exorbitante: Establece que en la contratación administrativa hay cláusulas especiales que exorbitan el derecho privado.”³⁷

En la obra jurídica “Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública” de autoría de los doctores Nelson López Jácome y Libia Ribas Ordóñez, presentando lo siguiente:

“El uso de procedimientos electrónicos para fortalecer las adquisiciones gubernamentales es uno de los ejes de la transformación contemporánea del Estado por su impacto en la eficiencia y eficacia del sector público, en la reorganización de las instituciones, en la productividad y competitividad de los negocios y en la confianza de los ciudadanos. Muchos países del mundo han desarrollado con mayor o menor éxito, procesos de gobierno electrónico, bajo variados modelos. Las adquisiciones del gobierno por mecanismos electrónicos se basan en el uso de tecnologías de información especialmente el Internet por parte de los gobiernos para conducir sus relaciones con los proveedores y contratistas en

³⁷ López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador. Pág. 175

la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el sector público.”³⁸

Leyes y procedimientos precontractuales anteriores permitían su convocatoria sea publicada por la prensa. Con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la convocatoria se la realice a través del portal electrónico COMPRASPUBLICAS, sin costo para los oferentes, siendo este medio el único sistema de comunicación entre oferentes y entidades contratantes durante un proceso precontractual y contractual. El gobierno electrónico, según los autores mencionados persigue tres objetivos: Los objetivos que persigue el gobierno electrónico, que según los autores ya citados anteriormente son tres:

“Gobernabilidad.- Con ayuda de los procedimientos electrónicos, todas las actividades de adquisición (planes, convocatorias, adjudicaciones, ejecución de contratos) están a la vista de todos en el mismo momento en que ocurren. En otras palabras, los procesos, las decisiones y los resultados de las operaciones de adquisición del gobierno pueden ser vistas en línea (mientras suceden) por los proveedores potenciales, el público en general y el propio gobierno.

Efectividad.- El gobierno electrónico simplifica, estandariza e integra procesos. Sobre esta base, se orienta a reducir los costos

³⁸ LÓPEZ, Nelson y RIBAS, Libia: *“Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública”*, Quito-Ecuador, Editora NINA Comunicaciones, 2009, Pág. 59.

administrativos y los plazos de los procesos de contratación. Paralelamente, al incrementar la competencia y bajar los costos para los proponentes, estimula reducciones importantes en los precios de los bienes y servicios.

Desarrollo Equilibrado.- El gobierno electrónico debe permitir que las adquisiciones del gobierno estimulen la participación en el mercado y con ello la competitividad y la productividad, incremente la capacidad de protección contra el monopolio, faciliten el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (que tienen menos restricciones de entrada al mercado del sector público) y estimulen la economía regional y local.”³⁹

Dentro de los actos administrativos por medios electrónicos, tenemos el criterio de LAGUADO Roberto al referirse al gobierno electrónico manifiesta lo siguiente:

“La irrupción de la tecnología ha afectado no sólo el funcionamiento del Estado contemporáneo, sino también su propia concepción. Hoy tenemos un sector público consciente de que necesita ser más eficiente, un Estado que quiere estar más cerca de los ciudadanos, que quiere explotar los mercados locales y externos y en general una administración que empieza a utilizar

³⁹ LÓPEZ, Nelson y RIBAS, Libia: “Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública”, Quito-Ecuador, Editora NINA Comunicaciones, 2009, Pág. 59, 60

nuevas técnicas de dirección, de gestión y nuevos mecanismos para tomar las decisiones.⁴⁰

La contratación pública en la actualidad, por medios electrónicos, es la modernización del Estado en un mundo globalizado, donde la relación Entidad contratante y oferentes va a ser más veras y oportuna, donde la internet es la clave para difundir información electrónica, reduciendo el papeleo que era antes. Las adquisiciones y transacciones comerciales en general se realizarán de manera eficiente y segura, siempre y cuando la información que se difunda sea transparente y no direccionada para tal o cual proveedor y viceversa. La información que generen las partes, tendrá que ser idónea para que el proceso de contratación seguro y apegado a derecho.

Por otro lado, es importante mencionar el siguiente texto:

“La naturaleza de la contratación administrativa responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, mismo que está destinado a satisfacer fines públicos seleccionando la oferta que más convenga en el cumplimiento de tales intereses, así como de los fines cometidos de la Administración.

En ese orden de ideas, en términos generales bien podemos decir que por contratación administrativa se designa la contratación que realiza la Administración a través de las diversas instancias

⁴⁰ LAGUADO, Roberto. Actos Administrativos por Medios Electrónicos. Revista Jurídica del Perú. N°. 46. Julio de 2003.

públicas, la cual requiere una especial consideración y tratamiento por el ordenamiento jurídico en virtud de que en ella está comprometida la hacienda pública (fondos públicos) y el interés público de los bienes y servicios que se desean adquirir.”⁴¹

El Estado realiza sus contrataciones de bienes, obras y servicios utilizando recursos económicos que pertenecen al pueblo, por ello, estos procesos contractuales deben propender a la transparencia, eficiencia y brindar la seguridad que todo lo actuado será en procura de contratar lo correcto, al mejor precio y que técnicamente beneficie al mismo Estado y a la sociedad.

En los procesos de contratación pública se debe aprovechar los avances tecnológicos para ser más eficientes, transparentando las adquisiciones con el mayor número de oferentes, o sea trabajando con honestidad y en función de rendición de cuentas a los organismos de control y a la sociedad misma.

Finalmente se puede decir que para Eddy Alexandra Villamizar Schiller cree que:

“En la opinión pública, el tema de la contratación estatal ha generado amplios cuestionamientos desde el punto de vista del manejo de los recursos gubernativos que evidencian el área de la contratación pública como sensible a la corrupción. Esta preocupación ha generado la implementación de diversos

⁴¹ ROJAS, Enrique: “Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo”, Editores EDILEX S.A., Costa Rica, 2007, Pág. 260.

mecanismos jurídicos que pretenden evitar estas prácticas; entre ellos, la acción popular se erige como medio de protección de los derechos colectivos, uno de los cuales es la moralidad pública. No obstante, la incorporación de este instrumento procesal presenta varios interrogantes jurídicos en su aplicación práctica, que van desde la posible lesión a los derechos de los contratistas hasta las dificultades que debe afrontar el juez al precisar y delimitar la moralidad en los contratos estatales como derecho colectivo objeto de tutela.⁴²

No es de ahora sino desde siempre que la contratación estatal ha tenido sus limitaciones en el manejo eficiente de los fondos públicos (dineros que son del pueblo), prevaleciendo por lo general las situaciones de corrupción como norma general. No se trata de implementar cada vez mecanismos legales y jurídicos para evitar estas prácticas y tendencias de corrupción, sino más bien, crear conciencia de honestidad, de transparencia y dignidad en las personas que manejan la cosa pública, para evitar el enriquecimiento ilícito en perjuicio del Estado y de los contratistas que, de paso hay que decir son entes de corrupción del sector público.

4.2.4. Contratación Privada

Soto Coaguilla, en la Contratación masiva y la crisis de la Teoría clásica del Contrato, nos manifiesta lo siguiente:

⁴² VILLAMIZAR SCHILLER, Eddy Alexandra Estudiante de maestría en Derecho Administrativo, novena promoción, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Páginas: 173-208

“Se sabe que la Teoría General de los Contratos (T.G.C.), sustenta la sistemática de las normas que regulan la contratación privada, pues explica los principios e instituciones de carácter contractual que inspiran la contratación de los particulares. La Teoría General de los Contratos (T.G.C.) es el conjunto de normas y principios universales sobre los que descansa la estructura, naturaleza, requisitos y modalidades del contrato.”⁴³

Max Arias-Schreiberg Pezet, en la Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, nos manifiesta sobre los principios fundamentales de la Teoría General de los Contratos (T.G.C.) ***“La teoría del contrato es una teoría clásica, pues descansa sobre los principios universales de la Teoría General de los Contratos - T.G.C.”***⁴⁴

Por otro lado Carlos Alberto Soto Coaguilla, en la Contratación Masiva y la Crisis de la Teoría Clásica del Contrato nos habla sobre ***“Los principios clásicos de la Teoría del Contrato son: la autonomía de la voluntad o mejor denominada “voluntad contractual”, la obligatoriedad de los términos contractuales, la igualdad contractual, el efecto relativo, y la buena fe contractual.”***⁴⁵

⁴³ DE LA PUENTE, citado por SOTO COAGUILLA “La Contratación masiva y la crisis de la Teoría clásica del Contrato”, En: Gaceta Jurídica: Sección de actualidad jurídica, Setiembre del 2000, tomo 70-B, p. 31.

⁴⁴ ARIAS-SCHREIBERG PEZET, Max “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984” Contratos, tomo I, p. 27.

⁴⁵ SOTO COAGUILLA, Carlos Alberto. “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato” En: Gaceta Jurídica Sección de Actualidad Jurídica, tomo 70-B, Setiembre de 1999, p. 32.

4.2.5. La voluntad contractual

*De La Puente, en El Contrato en general, nos manifiesta que **“Este principio es una expresión de la autonomía de la voluntad y desde su aparición en el Derecho Romano, ha venido a constituirse actualmente en la base del Derecho Civil. La autonomía de la voluntad privada como prefiere llamarlo De la Puente.”***⁴⁶

Fernando Vidal Ramírez, en El Acto Jurídico nos señala: **“No ha recibido una definición legal y su noción es puramente doctrinaria, sin embargo, constituye el principio fundamental del Derecho Privado y el factor determinante en las relaciones jurídicas de los particulares, por lo que se le ha denominado también autonomía privada.”**⁴⁷

La autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la

⁴⁶ “El contrato en general”, t. I p. 200 y sgtes

⁴⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando “El Acto jurídico”, p. 57 et. passim.

ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones.

Estudiar las diferentes figuras que contiene el vasto universo temático en lo concerniente al Acto o Negocio jurídico es sumergirse en un sinnúmero de situaciones que van ligadas al mismo; para nadie es un secreto que la Voluntad Humana y el estudio de la repercusión de las múltiples figuras que se pueden derivarse de ella, hacen que todo hombre de derecho al iniciarse el camino del estudio del mismo tenga que tener presente que sin un dominio pleno de la esencia y la naturaleza propia de la Voluntad Humana y las repercusiones jurídicas que se deriven de la misma desencadenará su futura actividad y desempeño dentro del Derecho. Como lo manifiesta acreditada doctrina italiana en este caso Emilio Betti, en Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico, cuando expresa ***“los negocios jurídicos, pueden definirse en general como actos de autonomía privada destinados a dictar estructuras de intereses que la conciencia social ya considera como vinculantes entre las partes.”***⁴⁸

Jean Carbonnier, en el Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, nos indica
"La voluntad humana es "ley de sí misma" y da vida a su propia obligación; si el ser humano resulta obligado en virtud de un acto jurídico, especialmente un contrato, es porque así lo ha querido, pues así como el contrato señala el comienzo de la vida jurídica, la voluntad

⁴⁸ BETTI, Emilio. Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico. En León Hilario, Leysser (2001) Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro estudios fundamentales. Lima, ARA Editores.p.31.

individual es el principio del contrato.⁴⁹

Rubén Stiglitz, en la Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato, nos señala que el principio de la autonomía privada representa:

"Un concepto doctrinal que se traduce en normas positivas, y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto, siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad; ambos ligados la autonomía privada y la libertad conformaron en el siglo XIX el llamado individualismo jurídico principio entendido como la concepción que hace del individuo, considerado como una voluntad libre, aislado del medio social, el solo objeto, el solo fundamento y el solo fin del derecho."⁵⁰

El principio de la autonomía de la voluntad al establecer que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley. La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción.

El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes.

⁴⁹ CARBONNIER, Jean. Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1.971, Tomo II, Vol. II, pág. 126.

⁵⁰ STIGLITZ, Rubén; Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato, Buenos Aires 1.992. pág. 10

4.2.6. La obligatoriedad de los términos contractuales.

Max Arias-Schreiber Pezet, en Exégesis del Código Civil, nos informa que:

“las convenciones legalmente formadas, tienen fuerza de ley respecto de aquellos que las han celebrado.”⁵¹

Alberto G. Spota, en Contratos Instituciones de derecho civil, se refiere como:

“El contrato, institución jurídica y económica que tiene orígenes remotos en las doctrinas justinianas del derecho romano que lo describieron como un acuerdo que tiene por fin inmediato crear obligaciones.”⁵²

La obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor está constreñida (obligada) a dar a otra, llamada acreedor, una cosa, o a realizar un hecho positivo o negativo. Según esta definición puede exigir al obligado (deudor) el cumplimiento de lo pactado. Sujeto, objeto de las obligaciones.

Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual.

Los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla.

51 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil.” Contratos, tomo I, p 29.

52 SPOTA, Alberto G. Contratos Instituciones de derecho civil. Volumen I. Desalma, Buenos Aires. 1984 p. 7.

4.2.7. La igualdad contractual

Soto Coaguilla, , nos manifiesta que ***“La igualdad contractual, este principio entiende que el contrato es celebrado por la voluntad de dos personas libres e iguales para el derecho; por ende, el Estado otorga fuerza obligatoria a este acuerdo para que sea vinculante entre ambos.”***⁵³.

En la contratación privada, cada contrato implica la presencia directa de dos intereses: los de cada una de las partes que contratan. Es decir, dentro de la contratación privada el centro inmediato de protección del ordenamiento jurídico está constituido por el interés de cada una de las partes que ha celebrado el contrato privado; por lo que el interés de la sociedad y otros actores es absolutamente mediato. En tal sentido, si durante la formación del contrato o durante su ejecución se produjera alguna ilegalidad que ocasionase perjuicio a alguna de las partes, el ordenamiento legal focaliza los mecanismos de protección en las partes que celebraron el contrato, pero no considera a ningún otro actor distinto a quienes lo celebraron como interesado directo en las ocurrencias que presente la celebración y ejecución de dicho contrato.

4.2.8. El efecto relativo

Diez-Picazo, nos manifiesta: ***“Por este principio la relación jurídica contractual limita su eficacia al círculo de las personas que lo han***

⁵³ “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato” Gaceta Jurídica Sección de Actualidad Jurídica, t.70-B, p.32.

realizado y sus herederos, creándose una “campana de vidrio” respecto ellos, pues no afecta a la esfera jurídica de los terceros.’⁵⁴

Como partes intervinientes deben ser consideradas aquellas que han emitido las declaraciones de voluntad. La noción de terceros se determina por vía negativa, es decir son aquellos que no han participado en la constitución del contrato.

En otras palabras, los contratos surten sus efectos sólo para las partes que han intervenido en su constitución.

Los contratos privados son unos tipos de contrato realizados entre particulares sin que interceda intervención de fedatario público. Estos contratos se realizan para crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica. Los efectos de estos contratos surten sólo entre los particulares que los adoptan. Por tanto, no hay efectos hacia terceros (personas ajenas a las dos partes contratantes).

Un contrato privado es aquel que se celebra entre particulares y que por disposición de la Ley surte efectos única y exclusivamente entre quienes lo realizan, es decir, que no surte efectos contra terceros. Para que un contrato surta efectos frente a terceros debería inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

4.2.9. La buena fe contractual

Arias-Schreiber Pezet, nos indica que: **“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención**

⁵⁴ DIEZ- PICAZO, Ob. Cit. p. 234

de las partes”, tiene carácter imperativo y no es norma supletoria de la voluntad de las partes. El principio de buena fe exige que la ley sobre contratos no deba tener rigor formalista, sino un elevado contenido moral.

La fe entendida como **“la convicción de lo que se espera, la certeza de lo que no se ve”**⁵⁵ en el ámbito contractual es la certeza o convicción de la lealtad de la otra parte, por eso es buena fe.

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez, en el Acto Jurídico, nos manifiesta que **“La doctrina civilista la considera principio general del Derecho privado e implica la observancia de deberes de fidelidad y lealtad de las partes al momento de celebrar el contrato.”**⁵⁶

El principio de la buena fe obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, a que presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, y obliga a que tanto autoridades públicas como los particulares actúen de buena fe.

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos realicen.

Algo que llama la atención de este principio, es que la buena fe se presume, es decir, la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, luego, si alguien actúa de mala fe, algo muy común sobre todo en asuntos de negocios,

⁵⁵ La **BIBLIA**, nuevo testamento, Hebreos 11:1

⁵⁶ **VIDAL RAMÍREZ**, Fernando. “Acto jurídico”, p. 260 et passim

habrá necesidad de cuestionar esa presunción de buena fe, significando esto que es necesario entrar a probar que la otra parte ha actuado de mala fe.

El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en la circulación de los bienes.

La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La Contratación Pública en la Constitución Política de la República del Ecuador.

La Contratación Pública en el Ecuador se encuentra sustentada en la Constitución del 2008, publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008, establece derechos, protecciones, funciones y acciones necesarias en la libertad de contratación, en la contratación pública y en la contratación en situaciones de emergencia, entre estos tenemos lo que dispone el Art. 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce:

“El derecho a la libertad de contratación.”⁵⁷

Es decir, el derecho que tenemos las personas naturales y jurídicas a participar en las contrataciones que realice el gobierno ecuatoriano específicamente me refiero a la contratación en situaciones de emergencia.

Siempre debemos considerar que todos los Estados están sujetos a situaciones imprevistas como son los efectos naturales, político, sociales, económicos, bélicos, ambientales que pueden transformar negativamente la vida normal de un Estado. Por ello el Art. 389 de la Constitución de la República del Ecuador nos manifiesta:

“El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen

⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, “ARTÍCULO 66 NUMERAL 16”, Registro Oficial N° 449 del 2º de Octubre del 2008, Pag. 43

natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad (...).⁵⁸

Y entre las funciones principales que el Estado ejercerá a través del organismo técnico establecido en la ley, es lo que señala este mismo artículo en su numeral 5 que dice:

“Articular las instituciones para que coordinen acciones a fin de prevenir y mitigar los riesgos, así como para enfrentarlos, recuperar y mejorar las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre y 6 Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional.”⁵⁹

Por otro lado el Art. 211 de la Constitución de la República del Ecuador señala lo siguiente: ***“LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del***

⁵⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, “ARTÍCULO 389 numeral 5,6” Registro Oficial No. 449, del 20 de Octubre del 2008. Pg. 172.

⁵⁹ **IBÍDEM**, “ARTÍCULO 389”, Pag. 172-173.

Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.⁶⁰

Con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya no se requiere de los informes previos que emitía este Órgano de Control para iniciar un proceso de contratación pública. Actualmente es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a la Ley por parte de las entidades del sector público, siendo esta diferencia de oportunidad en su participación la posible causa de corrupción en las contrataciones públicas.

Así mismo el Art. 212 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

“Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1.-Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos; 2.- Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, “ARTÍCULO 211”, Registro Oficial N° 449 del 2º de Octubre del 2008, Pag. 107

esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado; 4.- Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.”⁶¹

Las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, si las determinan, serán aplicadas a los funcionarios de rango bajo (al de poncho), y su participación en el plano de asesoramiento previo es nula, aduciendo que no pueden ser juez y parte en determinado proceso.

El Art. 237 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

“Corresponderá a la Procuradora o Procurador del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1.- La representación judicial del Estado.

2.- El patrocinio del Estado y de sus instituciones.

3.- El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

4.- Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.”⁶²

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010.

Este Organismo ya no emite pronunciamientos previos sobre las contrataciones del sector público, cualquier control a los procesos de contratación pública que vendrían a ser posteriores ya no se cumplen en los actuales momentos.

4.3.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública en el Ecuador se encuentra normada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP, publicada en el Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

El Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estipula: ***“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.”***⁶³

Los procedimientos de contratación pública están regidos por los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa. Esto no significa que se haya de adjudicar el contrato a la oferta más barata sino que hay que definir, en el propio procedimiento, los términos de referencia que hacen considerar que una oferta supera a las otras. Estos procedimientos están normados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP, Reglamento, Reformas y Resoluciones.

⁶² IBÍDEM

⁶³ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 4”, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008, Pág. 12-13.

Son los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación, o sea que son principios de interpretación y aplicación de normas que van a regir en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dice: ***“Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”***⁶⁴. Artículo que mantiene concordancia con el Art. 5 de la misma Ley sobre Interpretación que dice: ***“Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el Art. Anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.”***⁶⁵

En nuestro país el proceso de contratación pública manifiesta que para la aplicación de la normativa vigente y de los contratos que de ella derivan, se observarán los principios de *legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.*

Estos principios rectores establecidos en la Ley singularizada permiten dotar al sistema nacional de contratación pública de un mecanismo para asegurar eficiencia y calidad en la contratación pública, basada en la adquisición o

⁶⁴ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 4”, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008, Pag. 12-13.

⁶⁵ IBÍDEM, “ARTÍCULO 5”, Pag. 13.

arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría que es necesario analizarlos para un debido procedimiento de contratación pública.

El artículo 6 numeral 2 de *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* se refiere a *Bienes y Servicios Normalizados* que dice: **“Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.”**⁶⁶

Estos bienes y servicios se encuentran en un convenio marco que es una selección de proveedores previamente calificados y sus productos serán ofertados en el catálogo electrónico, así también, el Sistema Nacional de Contratación Pública prevé de manera expresa procedimientos de contratación para la ejecución de obra.

El Art. 6 numeral 5 de *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* respecto a la Contratación Pública dice:

“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se

⁶⁶ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 6, numeral 2”, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008, Pág. 12-13.

incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”⁶⁷

La contratación pública en el Ecuador actualmente es un procedimiento para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios incluidos los de consultoría, cuyos procesos precontractual y contractual se realizan por medios electrónicos que agilizan las adquisiciones de la administración pública. Estamos en una etapa de modernización del Estado ecuatoriano al igual que lo están el resto de países del mundo. Es necesario aclarar que este gobierno electrónico garantiza la optimización de tiempos de los procesos, pero será el Estado y más concretamente el funcionario público con su honestidad y transparencia de procedimientos, quien garantizará que las adquisiciones sean confiables.

Que el artículo 9 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé como objetivo del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otros ***“Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.”⁶⁸***

Todo sistema puede ser idóneo en su funcionamiento, pero hay que tener mucho cuidado en cuanto al personal que lo opera o suministra la información, que tiene que ser uniforme, general, sin monopolios empresariales y propendiendo a los oligopolios, para que lo que se adquiere sea el mejor

⁶⁷ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, “ARTICULO 6, numeral 5”, Registro Oficial Nro. 395 del 4/agosto/2008.

⁶⁸ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, “ARTICULO 9, numeral 3”, Registro Oficial Nro. 395 del 4/agosto/2008.

producto y al mejor precio, evitando siempre caer en la discrecionalidad en la adjudicación.

4.3.3. Quienes pueden contratar

El Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece quienes pueden contratar y señala:

“1. Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

2. Organismos Electorales.

3. Organismos de Control y Regulación.

4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

5. Los Organismos y entidades creadas 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. Corporaciones, fundaciones o sociedades civiles (...) que su capital o los recursos que se le asignen 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. Compañías mercantiles (...) 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.”

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Nro. 395 del 4 de Agosto de 2008 y el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial N° 588 de 12 de Mayo de 2009, serán de obligada aplicación por los organismos, entidades, las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, y las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles y compañías mercantiles tengan como aporte de capital estatal en más del cincuenta por ciento, caso contrario, de no hacerlo, los organismos de control como la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado intervendrán para establecer las sanciones correspondientes.

4.3.4. El Concurso de Contratación Pública

El Art. 6 numeral 5 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dice:

“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el

contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”⁶⁹

La contratación pública actualmente se rige por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y Reformas, así la Ley en su *Art.1* dice: **“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.”**⁷⁰

Previamente a la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, la entidad pública tendrá que elaborar su **Plan Anual de Contratación** en base al Presupuesto Inicial del Estado vigente, que será publicado en la página web de la entidad dentro de los 15 días del mes de enero de cada año; deberá contar con los **estudios** correspondientes de lo que quiere contratar, siendo éstos de responsabilidad compartida de la máxima autoridad, los funcionarios que participaron y los consultores contratados; Previa a la convocatoria debe disponerse de la **certificación de fondos** que respaldará la contratación; **los pliegos** contendrán los parámetros de valoración y los incentivos de participación nacional y local, los oferentes

⁶⁹ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, “ARTICULO 6”, Registro Oficial Nro. 395 del 4/agosto/2008.

⁷⁰ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 1” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

pueden presentar las ofertas asociados o individualmente registrados en el Registro Único de Proveedores – RUP y los consultores extranjeros participarán si no hay respuesta nacional; **los modelos obligatorios** de documentos precontractuales y contractuales serán oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública; **Uso de herramientas informáticas** para los procesos; **compras corporativas** de dos o más entidades para la obtención de mejores precios; **las ofertas deben estar vigentes** según los pliegos o hasta la suscripción del contrato; **los pliegos** contendrán la información técnica, económica y legal, no hay costos de inscripción, pero al oferente adjudicado se le cargará costos de folletos, si así señala los pliegos; finalmente la máxima autoridad de la institución **adjudicará** el contrato al oferente que presente la mejor propuesta en precio y calidad.

4.3.5. El Sector público

El Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador indica:

“El sector público comprende:

- 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.***
- 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.***
- 3. 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.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.⁷¹

El Gobierno Nacional de la República del Ecuador, a través del Ministerio de Finanzas, realiza la siguiente agrupación del sector público: El sector público lo conforman los Ministerios como el de Salud, Educación; los Gobiernos Autónomos Descentralizados como los Consejos Provinciales, Municipios y Juntas Parroquiales Rurales; las Empresas Públicas como Petroecuador, la Empresa Municipal de Obras Públicas; y la banca pública como el Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, entre otros. Todas estas instituciones prestan bienes y servicios a la sociedad y se las conoce como SECTOR PÚBLICO. Como vemos, el sector público es muy amplio, por lo que se hace necesaria agrupar a las instituciones que lo conforman de acuerdo a las funciones que cumplen; así tenemos dos sectores:

EL SECTOR PÚBLICO FINANCIERO. A esta agrupación pertenecen instituciones como por ejemplo: El Banco Central, Banco de Fomento; Banco del Estado, Corporación Financiera Nacional, el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), entre otros.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010.

EL SECTOR PÚBLICO NO FINANCIERO. A esta agrupación pertenecen instituciones que reciben directamente recursos del Estado ecuatoriano, para gestionar la prestación de bienes y servicios, por ejemplo los ministerios, universidades públicas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados y las empresas públicas.

4.3.6. Montos permitidos para contratación sin licitación

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN	
MONTOS DE CONTRATACIÓN QUE APLICA CONFORME EL PRESUPUESTO INICIAL DEL ESTADO (PIE) PARA EL AÑO 2012	
USD. 26.109'270.275,91	

Bienes y Servicios Normalizados	Catálogo Electrónico	Sin límites
	Ínfima Cuantía	Menor o igual a \$ 5.221,85
	(Si el producto no se encuentra en Catálogo)	
	Subasta Inversa Electrónica	Mayor a \$ 5.221,85
	Menor Cuantía	Menor o igual a \$ 52.218,54
	(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)	
	Cotización	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
	(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)	
	Licitación	Mayor o igual a \$ 391.639,05
(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)		
Bienes y Servicios No Normalizados	Menor Cuantía	Menor o igual a \$ 52.218,54
	Cotización	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
	Licitación	Mayor o igual a \$ 391.639,05
Obras	Menor Cuantía	Menor o igual a \$ 182.764,89
	Cotización	Entre \$ 182.764,89 y \$ 783.278,11
	Licitación	Mayor o igual a \$ 783.278,11
	Contratación Integral por Precio Fijo	Mayor a \$ 26'109.270,28
Consultoría	Contratación Directa	Menor o igual a \$ 52.218,54
	Lista Corta	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
	Concurso Público	Mayor o igual a \$ 391.639,05

Las contrataciones que realice el Sector público son de **bienes y servicios normalizados** a través del catálogo electrónico sin límites; por ínfima cuantía, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado (si el producto no se encuentra en catálogo); la subasta inversa electrónica, cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado (normalizado); Menor cuantía siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado (si no es posible aplicar procedimientos dinámicos); Cotización siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado (si no es posible aplicar procedimientos dinámicos); Licitación cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (si no es posible aplicar procedimientos dinámicos). **Bienes y servicios no normalizados** por menor cuantía cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado; Cotización cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado; Licitación cuyo presupuesto referencia sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado. **Obras** por menor cuantía cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado; Cotización cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto inicial del Estado; Licitación si el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado;

Contratación Integral por Precio Fijo si el presupuesto referencial sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado. **Consultoría** para contratación directa cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; Lista corta cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el valor anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Monto del Presupuesto Inicial del Estado; Concurso público cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado.

4.3.7. Bienes

El Art. 6 numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre los bienes, nos señala lo siguiente:

“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”⁷²

⁷² LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 6, numeral 5” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

Los bienes son objeto de contratación directa cuyas características técnicas se hallen homologados y catalogados, como resultante de la aplicación de convenios marco, que es la selección previa de los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico para ser adquiridos de manera directa por las instituciones contratantes a precio de convenio, pero estos valores no son tan reales, porque dentro de un proceso de mercado se puede conseguir precios más bajos.

El Art. 583 del Código Civil Ecuatoriano, dice: **“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.**

Corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.⁷³

Un bien es un objeto material o servicio inmaterial cuyo uso produce cierta satisfacción de un deseo o necesidad. Los bienes pueden ser bienes libres cuyo acceso no es excluible y están disponibles en cantidades arbitrariamente grandes. Un ejemplo de bien libre sería el aire que se respira, que de hecho es necesario pero muy abundante, y por tanto no es susceptible de asignación mediante procedimientos económicos.

⁷³ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia.

Los bienes económicos existen en cantidades limitadas y su asignación sigue algún tipo de procedimiento económico. Un bien económico puede ser un bien o un servicio. Los productos sujetos a precio o condiciones restringidas de acceso son ejemplos de bienes económicos. Un ejemplo de bien económico podría ser una casa, la ropa, etc.

4.3.8. Obras

El Art. 6 numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre las obras, nos señala lo siguiente: ***“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría (...).”***⁷⁴

La obra pública, por su parte, es aquella desarrollada por el Estado. Su ejecución, por lo tanto, implica la inversión de fondos públicos. Las obras públicas deben tener un fin social (beneficiar a la comunidad) y no afán de lucro.

El Art. 48 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece lo siguiente: ***“Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”***⁷⁵

⁷⁴ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 6, numeral 3” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

⁷⁵ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 48, numeral 5” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

También tenemos el Art. 50 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, en un proceso de cotización de obras, dice: **“La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.”**⁷⁶

Por otro lado, el Art. 51 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para contrataciones de menor cuantía de obras, establece: **“Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0.000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”**⁷⁷

Finalmente, el Art. 53 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación integral por precio fijo de obras, nos manifiesta lo siguiente: **“Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”**⁷⁸

La contratación de obras en el Sector Público, ya sea en los procesos de menor cuantía, cotización, licitación y contratación integral por precio fijo, están debidamente individualizados de acuerdo a un porcentaje o coeficiente que se

⁷⁶ IBÍDEM, ARTÍCULO 50, numeral 2

⁷⁷ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 51, numeral 2” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

⁷⁸ IBÍDEM, ARTÍCULO 53, numeral 3.

multiplica por monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

4.3.9. Servicios

El Art. 43 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los convenios marco, establece lo siguiente:

“El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará convenios marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que estos sean adquiridos o contratados de manera directa por las entidades contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública.”⁷⁹

Un servicio es lo contrario de un bien, algo que no se puede tocar ni ver, pero también satisface alguna necesidad, como los de consultoría, servicios profesionales, por lo que me permito aclarar que cuando los servicios normalizados que deseen contratar las entidades públicas no se encuentren catalogados en los convenios marco previamente establecidos, deben contratar los mismos de acuerdo a los diferentes procesos normados por su cuantía.

⁷⁹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 43” Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.

4.3.10. Organismos de Control en la Contratación Pública

El Art.1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala:

“La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.”⁸⁰

Siendo la Contraloría General del Estado la principal entidad de control en la Contratación Pública, viene a ser el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigida y representada por el Contralor General del Estado, quien desempeñará sus funciones durante cuatro años.

Por ello si existen irregularidades en el proceso de contratación, el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP las transfiere a la Contraloría, pues no está facultado para sancionar.

Los funcionarios públicos deben desempeñar sus funciones de manera responsable, transparente y honesta, para cuando se realicen los exámenes de

⁸⁰ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002. Registro Oficial Nº 595

control interno y externo que realice este organismo de control, su rendición de cuentas y evite sanciones administrativas, pecuniarias, civiles o penales.

El Art. 31 numeral 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece entre las funciones y atribuciones de este Organismo de Control, la de: ***“Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control.”***⁸¹

Así mismo en el caso de acciones administrativas, civiles y penales la Contraloría General del Estado tiene las atribuciones y obligaciones que señala el Art. 31 numeral 13 sobre ***“Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente.”***⁸²

El Art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tiene la obligación de la Determinación de responsabilidades y seguimiento ***“A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.”***⁸³

⁸¹ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002. Registro Oficial N° 595.

⁸² Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002. Registro Oficial N° 595.

⁸³ **IBÍDEM.**

En este tema habrá que tener mucho cuidado por parte de los funcionarios responsables de llevar los procesos de contratación pública, disponiendo de archivos muy bien respaldados, para presentarlos en los exámenes de control y evitar que el personal de la entidad de control determine responsabilidades a la ligera.

En cuanto a la responsabilidad administrativa se prevé como sanciones multa o destitución. Cabe observar que el caso que se sancione con multa., la Contraloría notificará a la máxima autoridad o autoridad nominadora de la entidad contratante para que se sancione con destitución. Sin embargo como hemos visto surgirá la duda de quién procederá a la destitución en los casos que la Contratación Directa sea ejercida por la máxima autoridad quien está directamente relacionado a los procesos estudiados excepto en los casos de delegación.

En contratación pública un funcionario puede incurrir en la responsabilidad civil culposa por practicar procesos de contratación directa en los que se pruebe: impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia. La responsabilidad civil difiere de la responsabilidad administrativa en su aparente especificidad, ya que, la civil no señala causal específica, sino conductas generales inapropiadas.

La determinación de la responsabilidad penal, corresponde a la Función Judicial a cargo de la Fiscalía, Jueces y Tribunales de Garantías Penales. El rol de la Contraloría es informar de los resultados de la auditoría externa a la Fiscalía para que se abra un proceso penal completo por el delito que se le

impute al funcionario público. Es decir, el procedimiento de responsabilidad penal es impulsado por la fiscalía y sancionado por un juez penal.

El Art. 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tiene relación sobre las Máximas autoridades, titulares y responsables de que: **“Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad.”**⁸⁴

Así debería ser lo señalado en este último artículo, pero en la práctica es otra la realidad, a ese nivel jerárquico no llega las sanciones, a pesar de la responsabilidad de los actos por ellos dispuestos, siempre se sancionará a los funcionarios de bajo rango, al inocente que no tuvo la valentía de decir lo que está disponiendo como autoridad, no se encuentra amparado por la Ley.

El control se lo realiza no solo a los proveedores sino también a los funcionarios de las entidades contratantes, que en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, estos serán civil y penalmente responsables.

Otro organismo de control es la Procuraduría General del Estado, señalando en el Art. 3 lo siguiente:

**“De las funciones del Procurador General del Estado.-
Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:**

⁸⁴ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002. Registro Oficial Nº 595.

a) Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con lo previsto en la ley;

b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;

c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;

d) Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado Ecuatoriano;

e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;

- f) Emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebren las instituciones del Estado (...);**
- g) Supervisar el cumplimiento de dichos contratos y proponer o adoptar, con este fin, las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público;**
- h) Reclamar judicial o administrativamente de terceros los bienes fiscales; y, en el caso de los de carácter provincial o municipal o pertenecientes a organismos autónomos del sector público, requerir de las autoridades correspondientes igual medida debiendo actuar por su propia iniciativa en el evento de que no lo hicieren; (...).⁸⁵**

Anteriormente en la Ley de Contratación Pública primaba que para antes de la firma de un contrato se debía contar con los informes favorables de Procuraduría y Contraloría. Actualmente, esta disposición no consta en la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP, sin embargo la Procuraduría General del Estado sigue teniendo una competencia muy importante, ya que la Constitución del 2008 ha clasificado a la Procuraduría como un organismo que es parte de la Administración Pública y lo ha definido como: un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera.

⁸⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. 2004. Registro Oficial N° 312

4.3.11. La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla diversas clases de contratación pública. Sin embargo, de acuerdo a la problemática planteada me referiré solamente a la contratación directa en situaciones de emergencia.

El Art. 6 numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala a las situaciones de emergencia como:

“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. Es decir, 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 del Código Civil “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.”. Además, cabe recalcar que una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”⁸⁶

⁸⁶ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 6 numeral 31”, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008, Pg. 17

El Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento para contrataciones en situaciones de emergencia que dice:

“Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del 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. 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 suscrito 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 COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones

realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.”⁸⁷

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 57 antes citado, se señala un procedimiento para llevar a cabo las contrataciones en situaciones de emergencia, sin embargo hay la necesidad de implementar una norma jurídica en el Título II Capítulo V Sección II que mantenga concordancia con lo que determina el Art. 9 numeral 3 de este mismo cuerpo legal Los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública es **“Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.”⁸⁸**, relacionada a establecer dentro de este proceso un concurso interno competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables, a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes. La discrecionalidad de la máxima autoridad provoca que la adjudicación no sea transparente ya que las contrataciones por declaratorias de emergencia son directas como método irrestricto de adjudicación de contratos, con lo cual se obvian procesos de contratación, se corre el peligro de que sean utilizadas para contratar a dedo y estén basadas en resoluciones de emergencia injustificadas. Recordando que el riesgo más alto es una adjudicación sin prever características técnicas, respaldos de maquinaria e implementaciones adicionales. Esta práctica de corrupción no ha sido patrimonio exclusivo de los tradicionales gobiernos oligárquicos, pues, similares mecanismos estarían

⁸⁷ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “ARTÍCULO 57”, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008, Pg. 37

⁸⁸ IBÍDEM, ARTÍCULO 9, numeral 3”.

vigentes ahora, ya que según declaraciones de los personeros del Instituto Nacional de Compras Públicas (INCOP) se han detectado fundadas sospechas de irregularidades en los procesos de contratación pública, puesto que las declaratorias de emergencia no se ceñirían a las condiciones establecidas por la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a lo que se agrega que en determinadas instituciones del Estado habría un deliberado direccionamiento para favorecer a ciertos proveedores en las compras y contrataciones. Además, existe un marco de 244 declaratorias de emergencia, desde el 2008 a la fecha, que han motivado la intervención de la Contraloría General del Estado para examinar el cumplimiento del marco jurídico vigente. Para nadie es desconocido que, al amparo de las llamadas declaratorias de emergencia, se han cometido grandes negociados, en los que los sobrepagos, las famosas “comisiones” y las adjudicaciones a dedo han estado a la orden del día.

Ahora bien al reclamar los oferentes no adjudicados sus derechos, simplemente la entidad contratante empieza a ser cuestionada y en mucho de los casos complica la adjudicación realizada incumpliendo la real necesidad de atender una emergencia, vulnerando lo que dice la Constitución en su Art. 389 ***“El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales,***

económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad(...).⁸⁹

Bajo estos preceptos constitucionales es necesario establecer en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un mejor procedimiento en las contrataciones en las situaciones de emergencia, para tutelar y hacer efectivo este sistema que nos permite dar agilidad y transparencia a la contratación pública

4.3.12. Contratación privada

La actividad de la administración privada propenderá a conseguir los derechos establecidos en el Art. 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: ***“Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a la libertad de contratación.***⁹⁰

El Derecho privado es la rama del Derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular, sin ejercer potestad pública alguna, además se encarga particularmente de las actividades de estos entes.

Estas actividades de la administración privada se sujetan a los fines establecidos, a los principios, normas, derechos y deberes.

⁸⁹Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010, “ARTÍCULO 389”, Pg. 172

⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010, “ARTÍCULO 66, numeral 16”.

El principio de la Libertad Contractual o Principio de la Autonomía de la Libertad que es el que recoge toda la base a la Teoría del Contrato que dice: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Una de las funciones más importantes de los contratos es la de generar obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes, que vincula a los sujetos porque el sujeto es libre de contratar, pero una vez que contrata tiene una obligación.

Respecto a los principios fundamentales, el Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador dice: **“Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...).”**⁹¹

Toda persona de cualquier condición social que no se encuentre al margen de la Ley, está garantizado por la Constitución para ejercer sus derechos en su actividad cotidiana ya sea en lo económico, social, jurídico, educación, libertad de expresión, etc.

⁹¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010, “ARTÍCULO 3, numeral 1”.

El Art. 6 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone lo siguiente:
“Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.”⁹²

De conformidad con los derechos establecidos en la Constitución, las personas tienen la potestad libre y voluntaria de realizar sus actividades contractuales nacionales e internacionales dentro de los márgenes establecidos por ley vigente.

Así mismo, el Art. 11 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador señalan lo siguiente: ***“El ejercicio de los derechos se regirán por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento; 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...).”***⁹³

Nuestras leyes están conceptualizadas para generar derechos, obligaciones y oportunidades a las personas y bajo este marco debe desenvolverse su actividad, así mismo deben exigir a las autoridades su cumplimiento en caso de controversias como resultado de sus diferentes transacciones de diferente índole.

⁹² Constitución de la República del Ecuador, 2008. Registro Oficial 449. Corporación de estudios y publicaciones 2010, “ARTÍCULO 6”

⁹³ **IBÍDEM** “ARTÍCULO 11, numerales 1 y 2”.

Por otro lado, el Art. 1 del Código de Comercio, establece lo siguiente: **“El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.”**⁹⁴

El derecho mercantil o derecho comercial, se ocupa de la regulación de las relaciones vinculadas a las personas, los actos, los lugares y los contratos en el comercio.

El Art. 2 del Código de Comercio dice: **“Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.”**⁹⁵

El Art. 6 del Código de Comercio, establece lo siguiente: **“Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio.”**⁹⁶

Así tenemos que, en el ámbito del Derecho Privado, el Contrato establece vínculos entre por lo menos dos partes, considerándolas en un plano de igualdad.

El derecho civil regula las relaciones privadas de los ciudadanos entre sí, por lo general para proteger los intereses de la persona en el orden moral y patrimonial.

El artículo 1 del Código Civil establece: **“La ley es una declaración de la voluntad**

⁹⁴ CODIGO DE COMERCIO. Codificación 28 Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-ago-1960, “ARTÍCULO 1”

⁹⁵ IBÍDEM, “ARTÍCULO 2”

⁹⁶ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia, “ARTÍCULO 6”.

soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.”⁹⁷

Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Jurídicamente, las obligaciones nacen, bien por imposición de una Ley, o bien por la propia voluntad de una persona de contraer obligaciones respecto de otra, mediante un contrato, el contrato se configura así como una de las fuentes de obligaciones jurídicas.

Debe tenerse presente que todo contrato está sujeto a la limitación establecida por la ley y las buenas costumbres.

El artículo 1453 del Código Civil establece:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”⁹⁸

⁹⁷ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia, “ARTÍCULO 1”.

⁹⁸ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia, “ARTÍCULO 1453”.

La regla general es que la contratación se perfecciona por el consentimiento de las partes. La autonomía de la voluntad reconoce la existencia de contratar en libertad y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado compromiso contractual y asumir las responsabilidades correspondientes, la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación.

Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido celebrar.

El Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano, manifiesta que: ***“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”***⁹⁹

El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compeler una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes.

⁹⁹ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia, “ARTÍCULO 1454”.

El artículo 1461 del Código Civil establece:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” 100

El tratadista Luis de Gasperi nos dice que “La palabra consentimiento, en un sentido amplio, significa el concurso mutuo de la voluntad de las partes, sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento; y en un sentido restringido connota la idea de adhesión del uno a la voluntad del otro”. La palabra consentimiento viene del latín CUM SENTIRE que se puede traducir como el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. Por lo tanto el consentimiento es un acto bilateral a diferencia de la voluntad que es un acto unilateral.

¹⁰⁰ Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias, “ARTÍCULO 1461”.

Esta disposición tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de los contratos mediante el respaldo de la ley a quienes los celebren válidamente.

Si el contrato cumple con todos los requisitos señalados por la ley para la validez del mismo, desde este momento sus disposiciones constituyen una ley privada para las partes contratantes, que surte los mismos efectos entre ellos que si se tratara de una ley pública.

En consecuencia no puede ser invalidado, esto es, no puede quedar sin efecto sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

La ley es la que determina en cada caso la nulidad absoluta o relativa del contrato.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

Legislaciones de otros países han propendido darle una especial transformación a la contratación pública, creando leyes especiales que regulen la contratación en sí y en particular las que se realicen en situaciones de emergencia. En el ámbito mundial existen muchas legislaciones, por lo que a continuación me referiré a tres de ellas.

4.4.1. **Colombia:** Referente a la contratación en situaciones de emergencia la Constitución Política de Colombia en el Art. 215 dice:

“Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso (...)”¹⁰¹

La Constitución de la República de Colombia establece que cuando existen hechos que alteren de manera eminente el orden económico, social y ecológico o grave calamidad pública en el país, se declarará el Estado de Emergencia por períodos de hasta treinta días en cada caso, por parte del Presidente con la firma de todos sus ministros. Caso similar al del Estado ecuatoriano que protege a las personas, colectividades y la naturaleza de los desastres de origen natural, mediante la recuperación y mejoramiento de las condiciones

¹⁰¹ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, “ARTICULO 215”, Publicada el 06 de julio de 1991. Pg. 224

sociales, económicas y ambientales, establecidas en el Art. 389 de la Constitución Ecuatoriana.

La Ley 80 de 1993 establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en sus Arts. 42 y 43 establecen:

“Art. 42.- De la Urgencia Manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.

Art. 43.- Del Control de la Contratación de Urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos

(2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración (...).¹⁰²

El Reglamento en su Art. 74 establece: Contratación Directa: **“Declaración de urgencia manifiesta. Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.”¹⁰³**

La contratación pública de la República de Colombia se rige por la Ley 80 de 1993, que habla de la urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten los Estados de Excepción, casos de fuerza mayor o desastres que demanden actuaciones inmediatas y que impiden realizar procedimientos de selección o concursos públicos (La entidad estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos). La urgencia manifiesta se declara mediante actos administrativo motivado, al igual que en el Ecuador. Del control de este procedimiento, todo lo actuado, se enviarán al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, su pronunciamiento será en dos meses; en nuestro país la máxima autoridad de la entidad contratante, una vez superada la situación de emergencia, publica en el Portal compraspúblicas un informe que detalle las

¹⁰² ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Expedido mediante Ley 80 de 1993 de octubre 28.

¹⁰³ REGLAMENTO DEL SISTEMA DEL SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA, publicado mediante Decreto Nro. 1510 del 17 de julio del 2013. Pg. 23

contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con la indicación de los resultados obtenidos.

4.4.2. **Chile:** *En cuanto a la contratación en situaciones de emergencia la Constitución Política de la República de Chile, dice:*

“Art. 39.- El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

Artículo 42.- El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República (...).

Artículo 43.- Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.”¹⁰⁴

De la misma manera que el Estado colombiano, en la República de Chile el estado de emergencia lo declarará el Presidente de la República y además podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.

¹⁰⁴ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE, Actualización publicada el 22 de septiembre del 2005.

Ley de Contratación Pública de Chile en su Art. 8 establece: *Tramitación de emergencia:*

“Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en normativa. Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35(...).”¹⁰⁵

El Reglamento en su Art. 10 establece:

“Circunstancias en que procede la Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa: La Licitación Privada o el Trato o

¹⁰⁵ LEY SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTROS Y PRESTACIONES DE SEERVICIOS, Ley 19886, Publicada el 30 de julio del 2003. Pg. 3.

Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias:

Numeral 3. En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenida en la legislación pertinente”¹⁰⁶.

De conformidad con la Ley de Contratación Pública de Chile, los casos de emergencia, urgencia o imprevisto, serán calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, al igual que en Colombia y Ecuador, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en normativa, por ser un país de riesgo telúrico constante. La particularidad en este país es la existencia previa de una sanción para quien haya declarado indebidamente una situación como de emergencia.

4.4.3. Paraguay: *En relación a la contratación en situaciones de emergencia.* La Constitución de la República de Paraguay dice: ***DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN:***

“Artículo 202 - DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES numeral13 expedir leyes de emergencia en los casos de desastre o de calamidad pública;

¹⁰⁶ LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTROS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS, LEY N° 19886, publicado en el Diario oficial de 24 de septiembre de 2004, pag.9

Art. 288 - DE LA DECLARACIÓN, DE LAS CAUSALES, DE LA VIGENCIA Y DE LOS PLAZOS en caso de conflicto armado internacional, formalmente declarado o no, o de grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de esta Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella, el Congreso o el Poder Ejecutivo podrán declarar el Estado de Excepción en todo o en parte del territorio nacional, por un término de sesenta días como máximo. En el caso de que dicha declaración fuera efectuada por el Poder ejecutivo, la medida deberá ser aprobada o rechazada por el Congreso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas. Dicho término de sesenta días podrá prorrogarse por períodos de hasta treinta días sucesivos, para lo cual se requerirá mayoría absoluta de ambas Cámaras (...).¹⁰⁷

En los estados de excepción, la Constitución de la República del Paraguay establece que se expedirán leyes de emergencia en los casos de desastre o calamidad pública. El Congreso o el Poder Ejecutivo podrán declarar el Estado de Excepción en todo o en parte del territorio nacional, por un término de 60 días como máximo, prorrogables por períodos de hasta 30 días sucesivos.

La Ley 2051 de Contrataciones Públicas de Paraguay en los Artículos 33 y 34 establece: Casos de excepción:

“Art. 33. Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, sin sujetarse a los de la

¹⁰⁷ CONSTITUCIÓN DEL PARAGUAY, Publicada el 20 de junio de 1992. Pg. 47 y 70

licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas, en los supuestos que a continuación se señalan (...)

Art. 34.- PROCEDIMIENTO

La contratación directa se llevará a cabo de la siguiente manera:

a) se invitará por escrito y a través del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) a los potenciales oferentes para que presenten ante la Unidad Operativa de Contratación (UOC) su oferta técnica y económica, en sobre cerrado o virtual;

c) para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres ofertas susceptibles de analizarse técnica y económicamente, atendiendo al tipo de procedimiento de que se trate, salvo que, por la naturaleza de los bienes o los servicios o los fines que se persigan con la contratación, no sea posible contar con el número indicado de oferentes, en cuyo caso, bajo la responsabilidad de la máxima autoridad del organismo, de la entidad o de la municipalidad, se podrá hacer la contratación directa sin necesidad de ese mínimo de ofertas, debiendo en todo caso asegurar al Estado Paraguayo las mejores condiciones de contratación.”¹⁰⁸

El Reglamento en su Artículo 68 establece: Casos de excepción, dice: **“La Convocante estará exenta de la obligación de aplicar los procedimientos**

¹⁰⁸ LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE PARAGUAY, Ley 2051, Publicada el 21 de enero del 2003, Pg. 17-18

de la licitación pública y licitación por concurso de oferta en los casos establecidos en el artículo 33º de la Ley 2051/03.”¹⁰⁹

Los casos de excepción en la contratación pública del Paraguay, según la Ley 2051, establece que para la adjudicación se deberá contar con un mínimo de tres ofertas para analizarse técnica y económicamente, siendo esta una diferencia que no se establece en las legislaciones de Ecuador, Chile y Colombia, señalando que salvo que, por la naturaleza de los bienes o los servicios o los fines que se persigan con la contratación, no sea posible contar con el número de oferentes establecidos, en ese caso la contratación se realizará bajo la responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad.

¹⁰⁹REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE PARAGUAY, Publicado mediante Decreto Nro. 21909 de 11 de agosto de 2003. Pg. 38

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES

- **Insumos de Oficina:** El material de oficina que se empleó para la redacción del informe final fue: papel, esferográficos, computador, impresora, scanner, memoria extraíble, etc.
- **Fuentes de Información:** Las fuentes empleadas fueron libros, Guías Jurídicas, Diccionarios Jurídicos Elementales como el de Guillermo Cabanellas, leyes a nivel nacional e internacional, entre otros., Información que mantiene relación con la problemática planteada y que fueron utilizados como material de apoyo en el transcurso del desarrollo del presente trabajo investigativo.

5.2. MÉTODOS Y TÉCNICAS

En el desarrollo y ejecución de la presente investigación jurídica, utilicé los métodos y técnicas que a continuación enuncio, detallando las particularidades de cada uno de ellos e indicando en qué forma serán aplicados.

- **Método Deductivo:** Me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.
- **Método Inductivo:** Me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada, sobre la necesidad de establecer en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un mejor procedimiento en las

contrataciones en situaciones de emergencia, para tutelar y hacer efectivo este sistema que nos permite dar agilidad y transparencia a la contratación pública

- **Método Descriptivo:** Pude enfocar al lector de una manera clara y precisa los conocimientos doctrinarios, jurídicos y críticos de la presente investigación para lograr una mejor comprensión y socialización de la temática, y lo cual se ve reflejado en la investigación de campo que se presenta con los respectivos gráficos estadísticos, interpretación y comentario del autor.
- **Método Analítico Sintético:** Me ayudó en la selección de la información recopilada, su estudio y redacción en el informe final de la presente tesis.
- **Método Científico,** se desarrolló de la siguiente manera: La **observación** de todos los aspectos relevantes de la problemática, lo cual me permitió acumular la información teórica y empírica, para luego realizar un Análisis detallado e íntegro de toda esta información recopilada que me facilitó desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis. Finalmente analicé la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.
- **Método Dialéctico:** A través del análisis, relacionando la situación actual de la problemática planteada y la modificación histórica social que ha

experimentado, a fin de realizar un estudio jurídico, crítico y reflexivo para lo cual también me valdré del método histórico.

Estos métodos me conducirán a realizar y puntualizar los parámetros que en el informe final se constituirán en la verdadera explicación técnica y metódica del proceso lógico de su redacción.

- Respecto al Procedimiento y Técnicas, en la ejecución de la investigación de campo aplicaré las siguientes: treinta encuestas y entrevistas a, Responsables del manejo de proceso de contratación en situaciones de emergencia, Auditores Internos y Externos de la Contraloría General del Estado, Abogados en libre ejercicio profesional y a personal del área financiera de las instituciones públicas

6. RESULTADOS

Para reforzar el contenido teórico del problema identificado en el proyecto investigativo, he aplicado; treinta encuestas a, Responsables del manejo de procesos de contratación en situaciones de emergencia: Auditores Internos y Externos de la Contraloría General del Estado, Abogados en libre ejercicio profesional y a personal del área financiera de las instituciones públicas, las mismas que presento a continuación:

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS.

Tema: La contratación en situaciones de emergencia.

MARQUE CON UNA (X) LO QUE CONSIDERE PERTINENTE:

1. ¿Conoce usted lo que es la contratación pública?

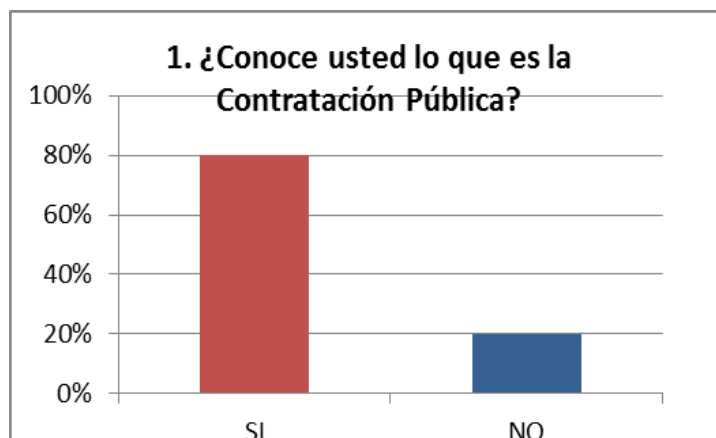
Cuadro N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
Total	30	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio

Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 1



INTERPREACIÓN: El 80% de los encuestados manifiestan que sí conoce sobre la contratación pública por cursos recibidos y por casos auditados a las instituciones, mientras el 20% dicen que no conocen sobre este tema.

COMENTARIO: Por lo tanto, es evidente que el ente de control si tiene los conocimientos necesarios para realizar las auditorías internas y externas a las instituciones públicas que realizan este tipo de contrataciones a través de exámenes especiales, que concluyen con recomendaciones y sanciones notificadas a la máxima autoridad, los funcionarios y empleados administrativos y financieros responsables del manejo de estos procesos dinámicos son capacitados continuamente, al igual que los abogados.

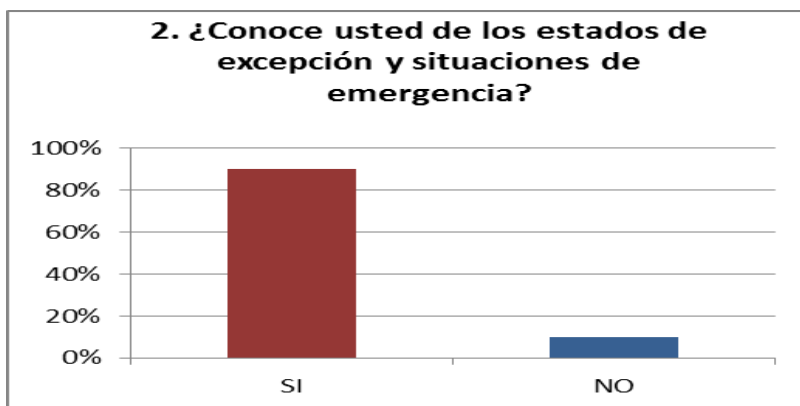
2. ¿Conoce usted de los estados de excepción y situaciones de emergencia?

Cuadro N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
Total	30	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio
Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 2



INTERPRETACIÓN: Como resultado de la tabulación efectuada, se considera que el 90% de los encuestados dicen conocer sobre los estados de excepción y situaciones de emergencia. Mientras el 10% dice que no conoce sobre esta temática.

COMENTARIO: Es evidente que los estados de excepción y situaciones de emergencia siempre han existido en el Ecuador y, hoy no es la excepción, por la cantidad de contratos realizados, unos apegados a la normativa vigente y muchos realizados sin las justificaciones que los principios y normas legales exigen.

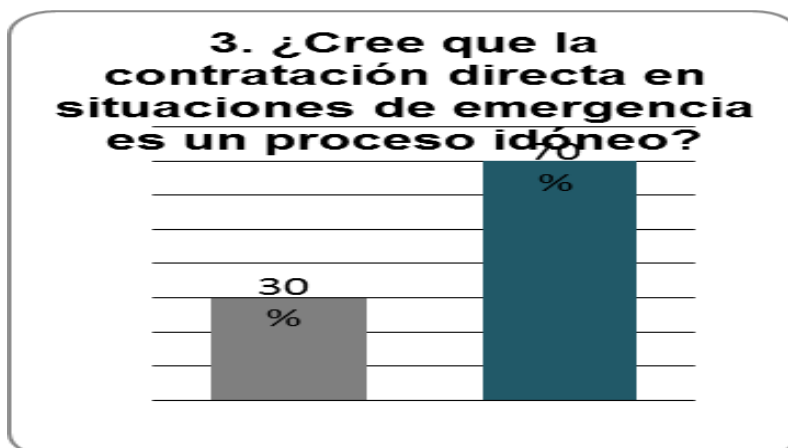
3. ¿Cree que la contratación directa en situaciones de emergencia es un proceso idóneo?

Cuadro N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	9	30%
NO	21	70%
Total	30	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio
Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 3



INTERPRETACIÓN: De los resultados obtenidos, se determina que el 70% de encuestados considera que no es un proceso idóneo la contratación directa en situaciones de emergencia que realizan las instituciones públicas a nivel nacional, mientras que el 30% restante señala que si es un proceso idóneo.

COMENTARIO: Es claro entender que el porcentaje de procesos notificados por el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP a la Contraloría General del Estado que es ente sancionador, son muy altos como resultado del mal manejo por desconocimiento de los procesos en situaciones de emergencia o por que haya intereses de tipo personal.

4. ¿Qué debe hacer el Estado para solucionar las adjudicaciones a dedo?

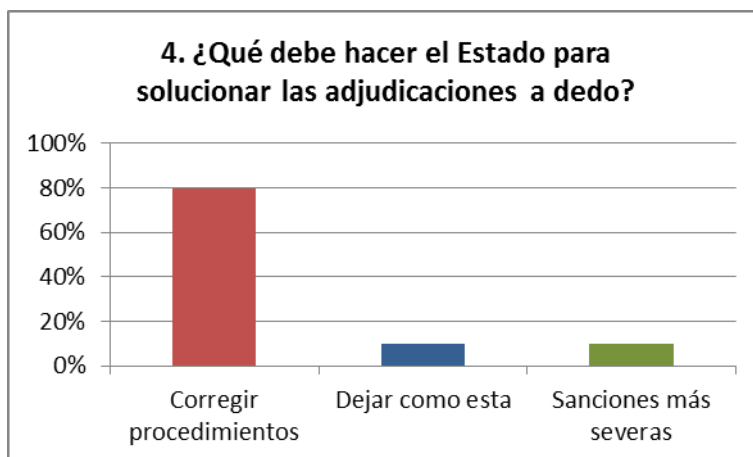
Cuadro N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Corregir procedimientos	8	80%
Dejar como esta	1	10%
Sanciones más severas	1	10%
Total	10	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio

Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 4



INTERPRETACIÓN: En estos datos tabulados, el 80% de encuestados manifiestan que se deben corregir procedimientos a dedo, el 10% cree que se debe dejar como está la normativa vigente y, el 10% señala que se deben establecer sanciones más severas.

COMENTARIO: Si las contrataciones en situaciones de emergencia siguen en aumento y no cumpliendo procedimientos idóneos, es viable que el Estado se preocupe de normar de mejor manera estos procesos de emergencia, considerando la diversidad de casos ya denunciados, porque los criterios a título personal por más buena voluntad que exista, si no hay una normativa a seguir producto de casos y errores ya detectados, no obtendremos procesos ágiles y transparentes que beneficien a la mayoría y no a particulares, ese debe ser el compromiso de un Estado que quiere caminar hacia un futuro digno. Más sanciones no permitirán que pensemos diferente, respecto al cumplimiento de normas, principios y procesos ágiles y transparentes.

5. ¿Considera usted que el Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referente a la contratación en situaciones de emergencia, puede ocasionar que la máxima autoridad de la entidad efectúe un mal uso de la norma jurídica, al contratar de manera directa y bajo su responsabilidad, las obras, bienes o servicios, incluidos lo de consultoría, que se requieren para superar la situación de emergencia?

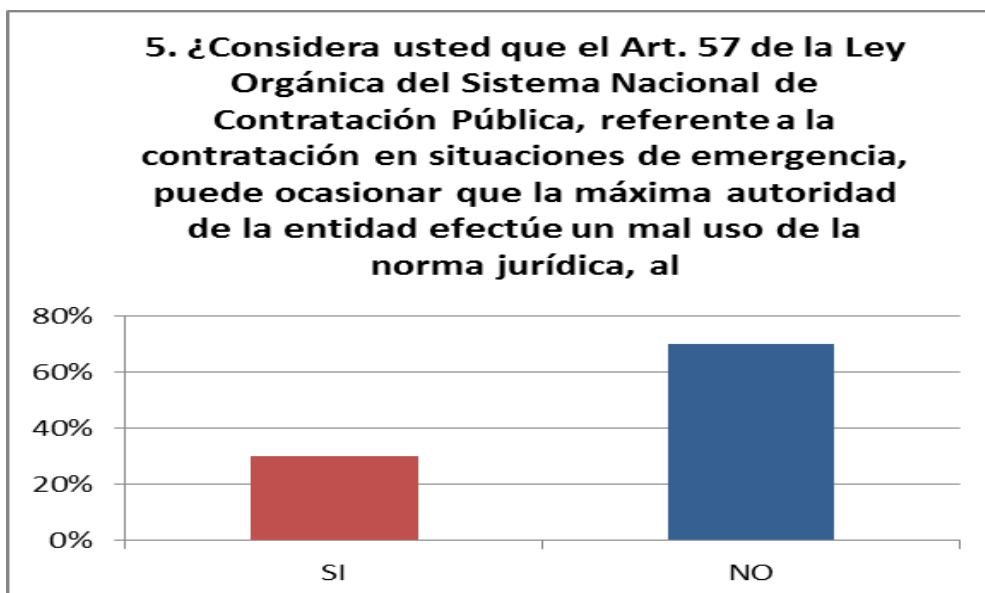
Cuadro N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	30%
NO	21	70%
Total	30	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio

Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 5



INTERPREACIÓN: Del total de encuestados, el 70% señala que no están garantizadas las contrataciones en situaciones de emergencia con la normativa vigente. Un 30% manifiesta que sí está garantizada.

COMENTARIO: Esto nos demuestra de la fragilidad de la normativa vigente, que deja o permite libertades muy amplias para que se puedan cometer irregularidades por quienes manejan el sistema y por quienes deben tomar decisiones de adjudicación de contratos en perjuicio del Estado y lo que es más grave de los beneficiarios de las obras, para reparar los daños causados por la naturaleza de ser el caso.

6. ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendiente a implementar medidas jurídicas que prevengan y garanticen la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública?

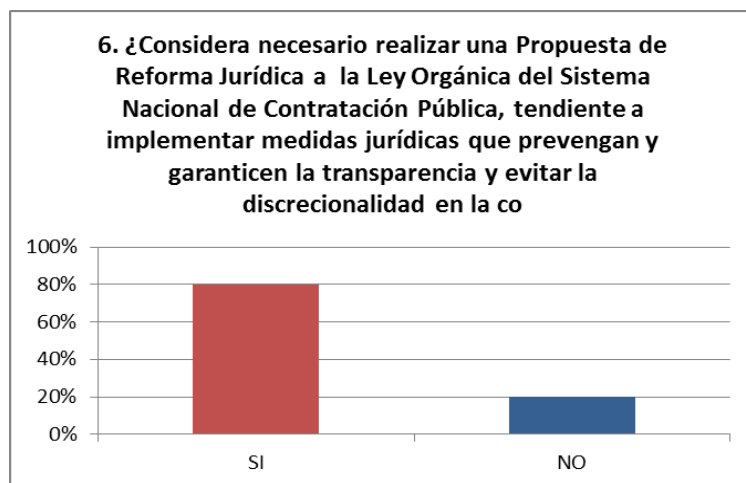
Cuadro N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
Total	30	100%

Fuente: Funcionarios Auditores, Administrativos y Abogados en libre ejercicio

Autor: Bolívar Albuja López

Gráfico N° 6



INTERPRETACIÓN: Por una parte, el 80% de los encuestados manifiesta que se debe cambiar la casi nula normatividad que se observa para las contrataciones directas en situaciones de emergencia que realiza el Estado; Por otra parte, el 20% dice que no se debe cambiar esta normativa.

COMENTARIO: Se debe cambiar y establecer procesos normativos que representen seguridad para el Estado, para los oferentes y para los que se van a beneficiar de los contratos que se adjudiquen; y, finalmente algo muy importante, se debe cambiar la mentalidad de adjudicación de la máxima autoridad.

6.2. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA

1. ¿Qué piensa de la contratación directa en situaciones de emergencia?

“Pienso que son procedimientos que deben realizarse de manera ágil y transparente, para atender y reparar el daño causado por la naturaleza, especialmente en regiones de la Costa, pero no por ello deben realizarse adjudicaciones apresuradas que vayan a retardar los daños existentes y que los dineros del Estado no sean bien invertidos

COMENTARIO: Los auditores internos están conscientes que las contrataciones directas en situaciones de emergencia son procesos cortos que el Estado emplea para reparar daños a la sociedad, a través de adjudicaciones de bienes y servicios que tengan los mejores precios y características técnicas reales de acuerdo a la zona del desastre, optimizando de mejor manera los recursos públicos.

2. ¿Las contrataciones directas en situaciones de emergencia realizadas por el MAGAP se han concluido en su totalidad?

“En los casos que he intervenido como auditor interno he detectado incoherencias en la adjudicación de los contratos que no han permitido que muchos de ellos se puedan concluir ya sea porque el oferente no fue el más idóneo o porque las características técnicas en los términos de referencia no fueron las más adecuadas para la zona del desastre”.

COMENTARIO: Sin duda, este es un caso de los tantos que ocurren a diario en este país y acarrea graves consecuencias en la recuperación de las zonas afectadas, retrasando el desarrollo del país y con la pérdida de ingentes cantidades de dinero, donde la gente del campo va perdiendo confianza en estos procesos y el real interés del Estado por solucionar estas emergencias.

3. ¿Cree que hay ahorro para el Estado ecuatoriano en las contrataciones directas en situaciones de emergencia realizadas por la Institución?


“Cuando se trata de reparar daños emergentes que afectan a pueblos enteros, lo más importante es reparar los daños ocasionados, sin que por ello tenga que despilfarrarse los dineros del pueblo, para eso se declara una emergencia y serán las entidades del sector público de manera transparente contraten bienes y servicios con precios reales vigentes a la fecha de la adjudicación”.


COMENTARIO: No se puede hablar de ahorro para el Estado en las contrataciones directas en situaciones de emergencia porque las especificaciones y características técnicas de lo que se va a adquirir deben ser conocidas por varios oferentes y no por uno solo de manera direccionada, que lo único que va a suceder es que se encarezca lo que se va a contratar. Precios justos son el resultado de concursos competitivos de manera transparente.


6.3. ESTUDIO DE CASOS

6.3.1. CASO Nº 1

Miércoles 30 de Junio del 2010 09:36 [Ingresar al Sistema]

 **INCOP**
INSTITUTO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

 **SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

 **Compras**
Ecuador
públicas

» Información Proceso Contratación

[Ver Preguntas y/o Aclaraciones](#)

Proceso de Contratación

Entidad Contratante	Colegio Fiscal Canton Archidona
Objeto de Proceso de Contratación	COMPRA DE MATERIAL ELECTRICO PARA EL BLOQUE DE AULAS NUEVAS DE LA INSTITUCION
Código	081-CFCA-2009
Tipo de Compra	Servicio
Presupuesto Referencial Total (Sin Iva)	USD 74.60
Tipo de Contratación	Publicación Emergencia
Forma de Pago	Anticipo: 0%; Saldo: Pago contra entrega de bienes obras o servicio 100.00
Tipo de Adjudicación	Total
Plazo de Entrega	1 días
Vigencia de Oferta	1 días
Funcionario encargado del proceso	coleg_archidona@hotmail.com
Estado del Proceso	Preguntas, Respuestas y Aclaraciones
Descripción	ADQUISICION DIRECTA POR PARTE DEL RECTOR DEL COLEGIO FISCAL CANTON ARCHIDONA

[Fechas de Control del Proceso](#)

COMENTARIO: Este proceso de contratación fue declarado como emergencia, por el monto del contrato de USD74,60 se podía adquirir de manera directa solicitando únicamente la factura por parte del proveedor. Aquí se puede ver un problema en la ejecución del contrato, como se señaló anteriormente las entidades han declarado como caso de emergencia compras de equipos, consultorías, ejecución de obras etc. mediante esta modalidad lo que permite que se realicen compras directas que no benefician al Estado. Hay que tomar en cuenta que si no se sigue los procedimientos establecidos por la ley como

licitación, cotización, subasta inversa, etc. no existe competencia y puede haber sobreprecio en las adquisiciones o ejecución de obras lo que se traduce en desperdicio de tiempo, esfuerzo humano estatal y mal uso de los recursos públicos.

6.3.2. CASO Nº 2

Dentro de las empresas que no han cumplido, citaré el caso que ha producido escándalo público en los últimos días, de acuerdo a la publicación realizada por el Resumen de Prensa de la Cámara de Comercio de Quito del día 21 de junio del 2011 que dice: USD 897.610,75 es la glosa que la Contraloría le impuso al ex-Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial - (Cntttsv), por la adquisición con declaratoria de emergencia de materiales de oficina e impresión. Así lo determina un informe de ese organismo de control realizado entre el 1 de abril y 31 de julio del 2009 y notificado a un Miembro, de la subcomisión técnica de apoyo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial - Cntttsv el 14 de junio pasado. La glosa la reveló el asambleísta Leonardo Viteri (PSC) y fue confirmada por la Contraloría General del Estado. Viteri fue quien presentó la denuncia hace dos años, adjuntando facturas de los costos de los suministros de oficina (según el mercado) y las cifras con las cuales se adquirieron para la Comisión. El examen practicado por la Contraloría afirma además que el ex-Director declaró emergente la adquisición de materiales para oficina y de impresión, basado en el criterio emitido por el Director de Organismos Provinciales y del Coordinador de Procesos de Transición, quienes, ante la

Contraloría, no demostraron la necesidad urgente de adquisición de suministros y materiales de impresión.

COMENTARIO: El actual Gobierno está empeñado en transparentar la contratación pública en el Ecuador, para ello está manejando un sistema informático moderno para darle agilidad y sustentación de transparencia. En la ejecución de la misma nombra ministros de estado de su confianza, pero en la práctica algunos de ellos abusan de su situación como máxima autoridad y deciden por lo más fácil, que es la declaración de emergencia para adquirir suministros de oficina como es el presente caso.

7. DISCUSIÓN

7.1. COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS

En el proyecto de tesis se planteó los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio crítico y reflexivo de la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre el Procedimiento de las Contrataciones Directas en Situaciones de Emergencia

El Objetivo General fue posible verificarlo en el desarrollo del punto 4. REVISIÓN DE LITERATURA y 4.3 MARCO JURÍDICO en el cual desde un marco conceptual, doctrinario y jurídico, se analizó lo relacionado con la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre el Procedimiento de las Contrataciones Directas en Situaciones de Emergencia, con una visión integral de la normatividad vigente en materia de Contratación Pública y con un estudio de la Legislación Comparada.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- **Determinar que la normativa jurídica que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es insuficiente para regular el procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia.**

Este objetivo es verificable con los resultados obtenidos en la primera pregunta de la encuesta, en la cual el 80% de los encuestados manifiestan que la legislación ecuatoriana vigente sobre la contratación directa en situaciones de emergencia no es la apropiada para nuestra realidad.

De la misma forma en la cuarta pregunta, en un porcentaje del 60% cree que las acciones emprendidas por el Estado ecuatoriano han sido insuficientes para erradicar las contrataciones a dedo, la normativa vigente debe cambiar para garantizar las contrataciones directas en situaciones de emergencia, en relación al 40% que cree que no se debe cambiar esta normativa.

- Realizar un estudio sobre los derechos que tienen las personas, las colectividades y la naturaleza a ser protegidos por el Estado frente a los efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional.

El presente objetivo se verifica con los resultados obtenidos en la segunda pregunta, en la cual el 90% de los encuestados manifiesta que sí conocen sobre los derechos que tienen las personas, las colectividades y la naturaleza a ser protegidos por el Estado frente a los efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional, en un menor porcentaje que corresponde al 10% sostienen que no conocen a profundidad sobre el tema.

- Analizar la conveniencia de incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública una normativa que garantice mayor

seguridad en la aplicación del procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia

El presente objetivo es verificado con los resultados del 80% para corregir procedimientos, 10% para dejar como está la normativa y el 10% de sanciones más severas, obtenidos en la cuarta pregunta de la encuesta, sobre qué debe hacer el Estado para solucionar las adjudicaciones a dedo.

De la misma forma en la sexta pregunta, en un porcentaje del 80% cree que la normativa vigente debe cambiar para garantizar las contrataciones directas en situaciones de emergencia, en relación al 20% que cree que no se debe cambiar esta normativa.

- Conocer y determinar los efectos jurídicos, económicos, sociales y técnicos que causa el actual procedimiento que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a las contrataciones en situaciones de emergencia.

El presente objetivo es verificado con los resultados del 70% que no cree que las contrataciones directas en situaciones de emergencia estén garantizadas con la normativa actual, perjudicando al Estado con los efectos jurídicos, económicos, sociales y técnicos que conlleva este tipo de adjudicaciones en situaciones de emergencia, frente al resultado del 30% que sí cree que garantiza las adjudicaciones en situaciones de emergencia sin que se produzcan efectos negativos para el Estado, obtenidos en la tercera y quinta pregunta de la encuesta.

- Proponer un Proyecto de Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia, relacionado a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes”

El presente objetivo es verificado con los resultados obtenidos en la sexta pregunta de la encuesta, en la cual el 80% de la población investigada, manifiesta que la discrecionalidad de la máxima autoridad no es suficiente garantía en las contrataciones directas en situaciones de emergencia.

Que la normativa vigente debe cambiar para garantizar las contrataciones directas en situaciones de emergencia. Si bien la preocupación y las acciones emprendidas por el Estado ecuatoriano para disponer de una nueva ley de contratación pública, no han sido efectivas para erradicar las adjudicaciones en situaciones de emergencia de manera subjetiva, bajo el criterio discrecional de la máxima autoridad de cada una de las instituciones públicas, dando como resultado que se sigan realizando contratos de adjudicación de bienes y servicios sin mayores garantías y se resuelva a dedo o por conveniencia unipersonal quien va a ser el adjudicatario, sin prever los efectos jurídicos, económicos, sociales y técnicos que causa el actual procedimiento que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a las contrataciones en situaciones de emergencia. Falta mucho por

hacer ya que esta situación sigue en aumento en los actuales momentos. Es necesario corregir la normativa actual y tomar un enfoque social de transparentar las políticas públicas del Estado que den protección especial al mismo Estado, a los oferentes y a la sociedad misma. Por lo tanto existe **la necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia relacionado a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes, en la que se encuentren comprometidos el propio Estado, las instituciones privadas y la sociedad en general.**

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis:

HIPÓTESIS

La falta de reforma en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a incorporar una normativa a más de la ya existente que regule el procedimiento de las contrataciones en situaciones de emergencia, genera inconvenientes jurídicos, económicos y sociales que afectan las normas y principios de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La hipótesis se contrastó como verdadera con los resultados obtenidos en la quinta pregunta de la encuesta dirigida a los abogados en libre ejercicio

profesional, en la cual el 80% de la población investigada, manifiesta que se deben corregir procedimientos para evitar adjudicaciones a dedo. Si las contrataciones directas en situaciones de emergencia siguen en aumento y no cumpliendo procedimientos idóneos, es viable que el Estado se preocupe de normar de mejor manera estos procesos de emergencia, considerando la diversidad de casos ya denunciados, porque los criterios a título personal por más buena voluntad que exista, si no hay una normativa a seguir producto de casos y errores ya detectados no obtendremos procesos ágiles y transparentes que beneficien a la mayoría y no a particulares, ese debe ser el compromiso de un Estado que quiere caminar hacia el futuro digno.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

La propuesta de Reforma Jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia se fundamenta en las siguientes razones:

- a. Identificar las contrataciones directas en situaciones de emergencia, como una forma de violación a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional y se cumpla con lo que dispone la **Constitución de la República del Ecuador** en su Art. 389 numeral 5 “Articular las instituciones para que coordinen acciones a fin de prevenir y mitigar los riesgos, así como para enfrentarlos, recuperar y mejorar las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre” y

numeral 6 “Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional”, a fin de identificar los hechos, actitudes y comportamientos violatorios a los derechos que protegen a las personas, las colectividades y la naturaleza, para la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Así mismo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento están determinando los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, participación nacional; y, normas para regular los procedimientos de contratación directa en situaciones de emergencia, orientados a garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad de la máxima autoridad en las contrataciones directas en situaciones de emergencia, como objetivos prioritarios del Estado.

b. Lo referente a este tema, se han realizado varias denuncias por estos casos.

Según el diario Hoy la adquisición de bienes y servicios para organismos públicos no se apega a los reglamentos y normas establecidas por el Estado, perjudicándolo. El 17 de noviembre del 2009 este diario informó que el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP ha detectado irregularidades en decenas de compras como consecuencia de la presentación de resoluciones de emergencia las mismas que fueron

injustificadas. Puntualizó el hecho que en los últimos 10 meses se han publicado en el portal de compras públicas aproximadamente 244 declaratorias de emergencia por parte de algunas entidades estatales. De estas ya han sido ejecutadas aproximadamente un 90%. Es decir que para obtenerlas se obviaron procesos de contratación. Este es un gran problema puesto que se presentan urgencias del Estado para hacer cualquier adquisición y se demuestra la debilidad del sector público por utilizar las emergencias para facilitar las compras. El diario recalca el discurso utilizado por el propio vocero del Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP que al ser las contrataciones por decreto de emergencia, estas se realizan de forma directa obviando los procesos de contratación y por lo tanto susceptibles a que sean utilizadas para contratar a dedo. El número de estas contrataciones carece de sentido puesto que hasta para adquirir aire acondicionado, declaran emergencia. De esta forma se han mencionado casos específicos de compras con irregulares. Ejemplos de esto es: en Santa Elena, Pro justicia declaró emergencia para adquirir un sistema de climatización y divisiones modulares. Así mismo, el Municipio de Manta compró 2.500 medidores o el Ministerio de Ambiente adquirió bienes inmuebles para la provincia de Orellana. Este informe fue entregado por el Director del Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP, Jorge Luis Gonzales a la Contraloría General del Estado con el fin que esta entidad se encargue de investigar y sancionar a los responsables ya que el Instituto no tiene capacidad para hacerlo.

La presente propuesta tiene su fundamento, por cuanto existe un marco jurídico legal que tutela las contrataciones directas en situaciones de emergencia, sin embargo en la práctica estas se ven vulneradas por la falta de una norma jurídica que los proteja de manera efectiva, garantizando la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de los principios y de las normas contractuales, garantizando de esta manera la transparencia y evitando la discrecionalidad, la lesividad y la antinomia en la contratación pública. Consecuentemente estas políticas ejecutadas por el Estado no han sido suficientes para detener las adjudicaciones a dedo en las contrataciones directas en situaciones de emergencia realizadas por las diferentes instituciones públicas. Prueba de ello, con la presente investigación se está verificando la existencia y aumento de este tipo de adjudicaciones y se sustenta aún más con los informes presentados por el propio Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP, órgano técnico rector de la Contratación Pública y denunciados a la Contraloría General del Estado para que realice las auditorias pertinentes y establezca los diferentes tipos de responsabilidades administrativas, civiles y si es del caso penales.

8. CONCLUSIONES

- El Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP tiene un papel muy importante en este sistema como organismo técnico rector, a través de sus herramientas ha logrado agilizar y optimizar los procesos de contratación pública en un 100%.
- La ley prohíbe que los procesos de contratación sean direccionados a un determinado artículo con marca o representación exclusiva que origina un direccionamiento a una determinada empresas, sin embargo hay muchos casos de procesos de contratación en los cuales se indica marca, como por ejemplo en el proceso para la Adquisición de Pizarras Digitales o equipos de computación o telecomunicaciones, en los cuales se ponen características específicas e incluso se registra marcas.
- La Contratación Directa en situaciones de emergencia tiene su procedimiento en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin que haya un proceso claro a seguir, existiendo como requisito inicial la declaratoria motivada de emergencia por parte de la máxima autoridad y la adjudicación tiene que ver con su facultad de discrecionalidad.
- Los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación pública son los que deben prevalecer garantizando seguridad, confianza, coherencia dando los límites necesarios a todos los procesos de

contratación y en especial a los que se realizan en situaciones de emergencia, donde uno de los objetivos prioritarios del sistema y del Estado es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

- La inaplicabilidad de los principios, normas y objetivos que rigen la contratación pública serán objeto de control por parte de las auditorías internas de las instituciones y externas de la Contraloría General del Estado y por el Poder Judicial.

9. RECOMENDACIONES

- El Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP debe crear una gran campaña de concientización al personal que trabaja en el sector público sobre el Sistema de contratación pública y los objetivos que este persigue, ya que solamente cambiando la mentalidad de la gente se podrá en algún tiempo realizar procesos con total transparencia sin que sean manejados a conveniencia y en función de intereses particulares.
- El Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP siendo el organismo rector del SNCP deberá implementar mayores sistemas de control y muestreo para verificar que las empresas proveedoras participantes en los distintos procesos no tengan ninguna injerencia en el direccionamiento hacia marcas, productos o proveedores o en la particularización de bases técnicas.
- El Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP deberá ejercer una mayor observación y control, a los procesos de Régimen Especial ya que todas las compras realizadas por este tipo de procesos no cumplen con algunos de los requisitos de ley, si no más bien por la emergencia declarada se puede hacer contrataciones directas sobre cualquier monto.

- Mantener una permanente capacitación a las autoridades y funcionarios de las entidades públicas, a las empresas y oferentes, al personal que ejerce el control administrativo y del Poder Judicial para difundir los principios, normas, objetivos y fines de la contratación en situaciones de emergencia como técnicas de control para garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.
- El Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP como organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública - SNCP, deberá tener atribuciones de control y sanción para aquellos procesos que fueran desarrollado sin ajustarse a lo que estipula la Ley, porque actualmente debe notificar a la Contraloría General del Estado para su sanción.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

El Pleno:

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el **Art. 66 numeral 16** reconoce el derecho a la libertad de contratación. Es decir, el derecho que tenemos las personas naturales y jurídicas a participar en las contrataciones que realice el gobierno ecuatoriano, inclusive en situaciones de emergencia.

Que, el **Art. 389** de la Carta Magna nos dice el Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad, numerales 5 y 6.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP-, 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 COMPRASPUBLICAS 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;

Que, de conformidad al artículo 9 numeral 3 de la LOSNCP, uno de los objetivos prioritarios en materia de contratación pública es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;

Que, es necesario utilizar mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las entidades contratantes y participación de mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado ecuatoriano emprenda.

Por consiguiente, en uso de la facultad concedida por la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 120 numeral 6, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA CODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL
SISTENA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Art. 1.- Agréguese después del segundo inciso del Art. 57 los siguientes incisos:

“Cuando se configure una contratación en situaciones de emergencia, debe establecerse dentro de este proceso un concurso interno sobre las ofertas presentadas con el objeto de establecer la más idónea, en precios y características técnicas.

Que las características técnicas de lo que se va a contratar, no sean direccionadas, sino generales y sin marcas y tengan previamente los estudios y análisis bajo los parámetros y estándares de calidad de acuerdo a las normas ISO 9000, con informes técnicos que tengan firma de responsabilidad y la participación de cuerpos colegiados especializados para que asesoren y recomienden por escrito a la máxima autoridad.

Que la máxima autoridad de la institución antes de proceder a adjudicar los contratos de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría disponga de los informe favorables del Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP como ente normador y de la Contraloría General del Estado como ente asesor y controlador.”

Art. 2.- Agréguese el siguiente numeral al Art. 9:

“12. Disponer la participación del ente normador INCOP y de la Contraloría General del Estado como ente asesor y controlador en las adjudicaciones que realice la máxima autoridad de cada institución en las contrataciones en situaciones de emergencia”.

Art. 3.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

Art. 4.- La presente ley reformativa entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los... días del mes de... del año...

.....
PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

.....
SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA.

- **ARCOS**, José, “APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBASTA INVERSA”, Quito-2010.
- **ARIAS-SCHREIBERG PEZET**, Max “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”.
- **BACACORZO**, Gustavo. “Tratado de Derecho Administrativo”. Gaceta Jurídica. Lima 2001.
- **BERCAITZ**, Miguel Ángel. Teoría general de los Contratos Administrativos. Ediciones de Palma, Buenos Aires 1980.
- **BETTI**, Emilio. Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico. En León Hilario, Leysser (2001) Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro estudios fundamentales. Lima, ARA Editores.
- **BOHORQUEZ DE SEVILLA**, Mercedes, “Características de las garantías en la Contratación Pública”, Publicado en la Revista Judicial el 04 de abril del 2008.
- **CABANELLA**, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- **CARBONNIER**, Jean. Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1.971, Tomo II, Vol. II
- Código Civil Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24- junio-2005 Concordancias y Jurisprudencia.
- CÓDIGO DE COMERCIO. Codificación 28 Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-ago.1960
- **Constitución de la República del Ecuador**. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- **CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA**, “ARTICULO 215”, Publicada el 06 de julio de 1991.
- **CONSTITUCIÓN DEL PARAGUAY**, Publicada el 20 de junio de 1992.
- **CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE**, Actualización publicada el 22 de septiembre del 2005.

- **DE LA PUENTE**, citado por **SOTO COAGUILLA** “La Contratación masiva y la crisis de la Teoría clásica del Contrato”, En: Gaceta Jurídica: Sección de actualidad jurídica, Setiembre del 2000, tomo 70-B.
- **DROMI**, Roberto, “Derecho Administrativo”, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires-1998
- **ESTATUTO GNERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, Expedido mediante Ley 80 de 1993 de octubre 28.
- Granja Galindo Nicolás. (1999): Fundamentos de Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja Ecuador.
- Idrobo Arciniega Marco. (1998) El Derecho y la Contratación Pública, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador. Pág.175
- La **BIBLIA**, nuevo testamento, Hebreos 11:1
- **LAGUADO**, Roberto. Actos Administrativos por Medios Electrónicos. Revista Jurídica del Perú. Nú. 46. Julio de 2003.
- **LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTROS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS**, LEY N° 19886, publicado en el Diario oficial de 24 de septiembre de 2004.
- **LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE PARAGUAY**, Ley 2051, Publicada el 21 de enero del 2003.
- **LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**, Registro Oficial N° 395 de 04 de Agosto del 2008.
- **LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO**, Ley No- 2002-73.
- **LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO**, “ARTÍCULO 1” Codificación 15, Registro Oficial 312 de 13 de Abril del 2004.
- **LÓPEZ**, Nelson y **RIBAS**, Libia: *Interrogantes....* OP. Cit.
- **López Willam**. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador.
- **OSORIO HERRERA**, Leónidas Alexander, “La Contratación Directa en el Sistema Nacional de Contratación Pública”, Quito-2010.
- **OSORIO**, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 1ª Edición Electrónica.

- **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE PARAGUAY**, Publicado mediante Decreto Nro. 21909 de 11 de agosto de 2003.
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Promulgado en el Suplemento del Registro Oficial N° 588 de 12 de Mayo del 2009.
- **ROJAS**, Enrique: Derecho Administrativo... Op. Cit.
- **SAYAGUÉS LAZO**, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”.
- **SORIA GALARZA**, Narda, “El procedimiento precontractual de Licitación en la LOSNCP”, Ecuador-2011.
- **SPOTA**, Alberto G. Contratos Instituciones de derecho civil. Volumen I. Desalma, Buenos Aires. 1984.
- **STIGLITZ**, Rubén; Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato, Buenos Aires 1.992.
- **UNL-MED**, “Régimen Jurídico de la Administración Pública”, Guía Módulo 11, Loja-Ecuador 2011-2012.
- **VIDAL RAMÍREZ**, Fernando. “Acto jurídico”
- **VILLAMIZAR SCHILLER**, Eddy Alexandra Estudiante de maestría en Derecho Administrativo, novena promoción, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.
- **INTERNET**:http://es.wikipedia.org/wiki/Reg%25C3%25ADmenes_de_excepci%25C3%25B3n.
- **INTERNET**- http://es.mimi.hu/economia/sector_privado.html
- **INTERNET**,<http://hlaguapillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”

PROYECTO DE TESIS PREVIA
LA OBTENCION EL TÍTULO
DE ABOGADO

AUTOR:
BOLIVAR RUPERTO ALBUJA LOPEZ

LOJA - ECUADOR
2012

1.- TEMA:

“LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”

2.- PROBLEMÁTICA

El Art. 389 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice “El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”. Y entre las funciones principales que el Estado ejercerá a través del organismo técnico establecido en la ley, es lo que señala este mismo artículo es su numeral <5> “Articular las instituciones para que coordinen acciones a fin de prevenir y mitigar los riesgos, así como para enfrentarlos, recuperar y mejorar las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre” y <6> “Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional”

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento de emergencia nos dice:

El Art. 6>31 "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".

El Art. 57 establece que para atender las situaciones de emergencia definidas en el Art. 6>31 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 COMPRASPUBLICAS. La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad, 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 requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito 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 COMPRASPUBLICAS

un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 57 antes citado, se señala un procedimiento para llevar a cabo las contrataciones en situaciones de emergencia, sin embargo hay la necesidad de implementar una norma jurídica en el Título II Capítulo V Sección II en este mismo cuerpo legal, relacionada a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes. Recordando que el riesgo más alto es una adjudicación sin prever características técnicas, respaldos de maquinaria e implementaciones adicionales. Ahora bien al reclamar los oferentes no adjudicados sus derechos, simplemente la entidad contratante empieza a ser cuestionada y en mucho de los casos complica la adjudicación realizada incumpliendo la real necesidad de atender una emergencia, vulnerando lo que dice la Constitución en su Art. 389 “El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”

Bajo estos preceptos constitucionales es necesario establecer en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un mejor procedimiento

en las contrataciones en situaciones de emergencia, para tutelar y hacer efectivo este sistema que nos permite dar agilidad y transparencia a la contratación pública

3.- JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja, en su proceso de enseñanza aprendizaje a implementado el Sistema Modular por Objetos de Transformación, a fin de orientar al Egresado en la ejecución de proyectos investigativos, de aspectos relevantes que contribuyan a la solución de problemas económicos, jurídicos y sociales.

Convencido que en el actual marco jurídico de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública existen vacíos legales que afectan derechos protegidos constitucionalmente como es el derecho a la protección por parte del Estado en cuanto a situaciones de emergencia, he considerado pertinente realizar el presente Proyecto de Tesis, relacionado a la “LA NECESIDAD REFORMAR LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADO A ESTABLECER DENTRO DE ESTE PROCESO UN CONCURSO PRIVADO COMPETITIVO POR MEJORES PRECIOS Y CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS SUSTENTABLES A FIN DE EVITAR QUE EN LA ADJUDICACION EXISTA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LA MAXIMA AUTORIDAD Y ESTO PROVOQUE RECLAMOS DE OTROS OFERENTES”, toda vez que por falta de normas que sancionen actos que atentan contra el derecho a la libertad de

contratación. En el diario vivir se observa una serie de arbitrariedades cometidas por parte del contratista en contra de los oferentes como: adjudicación a empresas o personas no calificadas en cuanto a características económicas, técnicas de ubicación y logística.

La presente investigación la realizo a fin de enriquecer mis conocimientos y por ende aplicarlos en la práctica profesional y contribuir con posibles alternativas de solución a la temática planteada. Además será un aporte significativo de investigación para las personas e instituciones inmersas en este campo del Derecho. También la realizo como requisito previo a optar por el Grado de Abogado.

La presente investigación cumple con el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que se direcciona a formar profesionales con una práctica coherente que prevalezca sobre las exigencias de la evaluación externa.

4.- OBJETIVOS

4.1.- OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio crítico y reflexivo de la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre el Procedimiento de las Contrataciones Directas en Situaciones de Emergencia

4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Realizar un estudio sobre los derechos que tienen las personas, las colectividades y la naturaleza a ser protegidos por el Estado frente a los efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional.
2. Determinar que la normativa jurídica que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es insuficiente para regular el procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia.
3. Analizar la conveniencia de incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública una normativa que garantice mayor seguridad en la aplicación del procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia
4. Conocer y determinar los efectos jurídicos, económicos, sociales y técnicos que causa el actual procedimiento que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a las contrataciones en situaciones de emergencia.
5. Proponer un Proyecto de Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia, relacionado a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista

discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes”

4.3.- HIPÓTESIS

La falta de reforma en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a incorporar una normativa a más de la ya existente que regule el procedimiento de las contrataciones en situaciones de emergencia, genera inconvenientes jurídicos, económicos y sociales que afectan las normas y principios de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

5. MARCO TEORICO

El Estado, para lograr su objetivo primordial, que es satisfacer las necesidades de sus habitantes a fin de garantizar la convivencia y la paz social, debe valerse de medios públicos para la compra de bienes y requerimiento de servicios, por ello la Administración Pública debe manejar herramientas legales que regulan los procesos destinados a contratar estos bienes y servicios, siendo esencial el conocimiento de la Contratación Pública, para el entendimiento y correcta aplicación de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En vista que la Contratación Pública es una de las actividades más importantes que realiza nuestro gobierno, en la actualidad se persigue la transparencia y modernización del sistema de contratación y compras públicas como mecanismo de desarrollo del país.

Históricamente la Contratación Pública en el Ecuador ha tenido una evolución vertiginosa. En los últimos tiempos desde el año 2010 con la promulgación de

la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) publicada en el Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto del 2008, ha evolucionado en el área jurídica y técnica.

En lo jurídico, la ley reguladora se transformó ascendiendo su categoría de ley general u ordinaria (derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública del 21 de febrero del 2001) a ley orgánica; y, tratando a la contratación pública ya no 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 manipularse 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 pública: el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), realizando el control previo a la celebración del contrato y quitándole esta tarea a la Contraloría y Procuraduría General del Estado, por lo que la Ley sólo les ha dejado la facultad del control posterior a la celebración del contrato (Título II, Capítulos I y II) y es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es así que el INCOP es el órgano rector de la contratación pública en el Ecuador, que tiene como función desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPÚBLICAS, así como establecer políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema, además facilita

los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana en los procesos de contratación pública. La máxima autoridad de cada entidad contratante será responsable de llevar a cabo todos los procesos de contratación y publicar la información relevante de los mismos, por lo que es necesario que todas las contrataciones que se realicen para superar una Emergencia, sean debidamente justificadas y publicadas en la herramienta de “Publicaciones de Emergencia”

Para su ejecución de políticas y control previo, el Instituto Nacional de Contratación Pública está auxiliado por dos herramientas técnicas: el Registro Único de Proveedores, con sus siglas RUP (Sección I del Capítulo II del Título II de la Ley) y el portal de Compras Públicas cuya página electrónica es www.compraspublicas.gob.ec. (Art. 21 de la Ley y Sección III del Capítulo II del Título II del Reglamento).¹¹⁰

A nivel de Latinoamérica la naturaleza en situación de emergencia puede causar repercusiones en la vida política y social de los Estados, tales efectos como: terremotos, maremotos, inundaciones, incendios, crisis o accidentes de carácter químicas, biológicas, bacteriológicas, sanitarias o nucleares y demás catástrofes naturales, que dan como resultado graves alteraciones al orden público, como: Saqueos, destrucción de bienes, etc.; que los Estados por medios comunes legales no pueden superarlos y por ende utilizan medidas de carácter excepcional. Es decir, que el estado de emergencia es uno de los

¹¹⁰ GARAFALO, Aurelio “Manuel Teórico Práctico de Contratación Pública” Pudeleco Editorial S. A.
RIVAS CASARETTO, María “Herramientas del Sistema de Contratación Pública”, Procuraduría General del Estado
LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto del 2008
REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial No. 560 del 31 de marzo del 2009

regímenes de excepción que puede dictar el gobierno de un país en situaciones emergentes. Aclarando que la situación de emergencia no es lo mismo que el estado de emergencia que prevé el Art. <6>31 de nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aun cuando posean características similares y eventualmente puedan ser respuestas estatales a la misma situación de hecho. Por un lado, mientras que la declaración de Estado de Emergencia es una decisión del Estado de carácter nacional que busca restablecer el orden y la normalidad, la Situación de Emergencia es una decisión de la entidad que intenta exclusivamente proteger la continuidad de operaciones y/o servicios a través de una acción rápida de adquisición o contratación como medida temporal, es decir, el periodo de la emergencia será establecido en la Resolución o Acuerdo que autoriza el acogimiento a la causal. Su término final, implica el límite máximo temporal para poder suscribir contratos o notificar órdenes de servicio necesarios para remediar el evento y satisfacer las necesidades sobrevinientes. La entidad únicamente podrá obligarse durante el plazo de vigencia previsto, por lo que los contratos y órdenes de compra emitidos con posterioridad de manera directa serán nulos y no pueden ser comprendidos en la regularización posterior.¹¹¹

Bajo estas consideraciones empezaré a establecer el marco jurídico que rige en nuestro país y que tiene que ver con la contratación pública.

¹¹¹ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto del 2008
ZAMBRANO VEINTIMILLA, Carlos "Los Derechos Humanos durante los Estados de Excepción" carloszambranov@hotmail.com
MORON, Juan "Procedimiento exoneratorio de la libre concurrencia en las adquisiciones y contrataciones del Estado" Tomo 95, Octubre 2001
es.wikipedia.org

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66¹⁶ reconoce el derecho a la libertad de contratación. Es decir, el derecho que tenemos las personas naturales y jurídicas a participar en las contrataciones que realice el gobierno ecuatoriano específicamente me refiero a la contratación en situaciones de emergencia.

El Art. 389, de esta misma norma suprema nos dice “El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”. Y entre las funciones principales que el Estado ejercerá a través del organismo técnico establecido en la ley, es lo que señala este mismo artículo es su numeral <5> “Articular las instituciones para que coordinen acciones a fin de prevenir y mitigar los riesgos, así como para enfrentarlos, recuperar y mejorar las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre” y <6> “Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional”¹¹²

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece el sistema y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras

¹¹² CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No 449, del 20 de Octubre del 2008.

y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Estos principios están reglados en el Art. 4 “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, artículo que mantiene concordancia con el Art. 5 ya que bajo estos principios se interpretará y ejecutará los procedimientos y contratos sometidos a esta Ley.

El Art. 9>3 de este mismo cuerpo legal establece que uno de los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública es “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”

Esta ley también reconoce algunos tipos de contratación pública, como son: “De Consultoría”; los procedimientos dinámicos “Compras por Catálogo” y “Subasta Inversa”; “Licitación”; “Cotización y Menor Cuantía”; Procedimientos Especiales “Contratación Integral por Precio Fijo; “Contrataciones por Situaciones de Emergencia”; “De la Adquisición de Bienes Inmuebles”; “Del Arrendamiento De Bienes Inmuebles”; y, el Reglamento General de esta ley además de los anteriores establece los siguientes tipos de contratación: “Contratación Directa”; “Contratación mediante Lista Corta”; “Contratación mediante Concurso Público”; “Ínfima Cuantía”; Ferias Inclusivas; De Régimen Especial “Adquisición de Fármacos”; “Adquisición a través de organismos Internacionales”; “Adquisición de Medicamentos Especiales”; “Seguridad Interna y Externa”; Obra Artísticas, literaria o Científica”; Repuestos o Accesorios”; “Bienes y Servicios Únicos en el Mercado o Proveedor Único;

“Transporte de Correo Interno e Internacional”; “Contratos entre Entidades Públicas o Subsidiarias”; Instituciones Financieras y de Seguros del Estado”; Empresas Mercantiles del Estado y Subsidiarias” y “Sectores Estratégicos”.

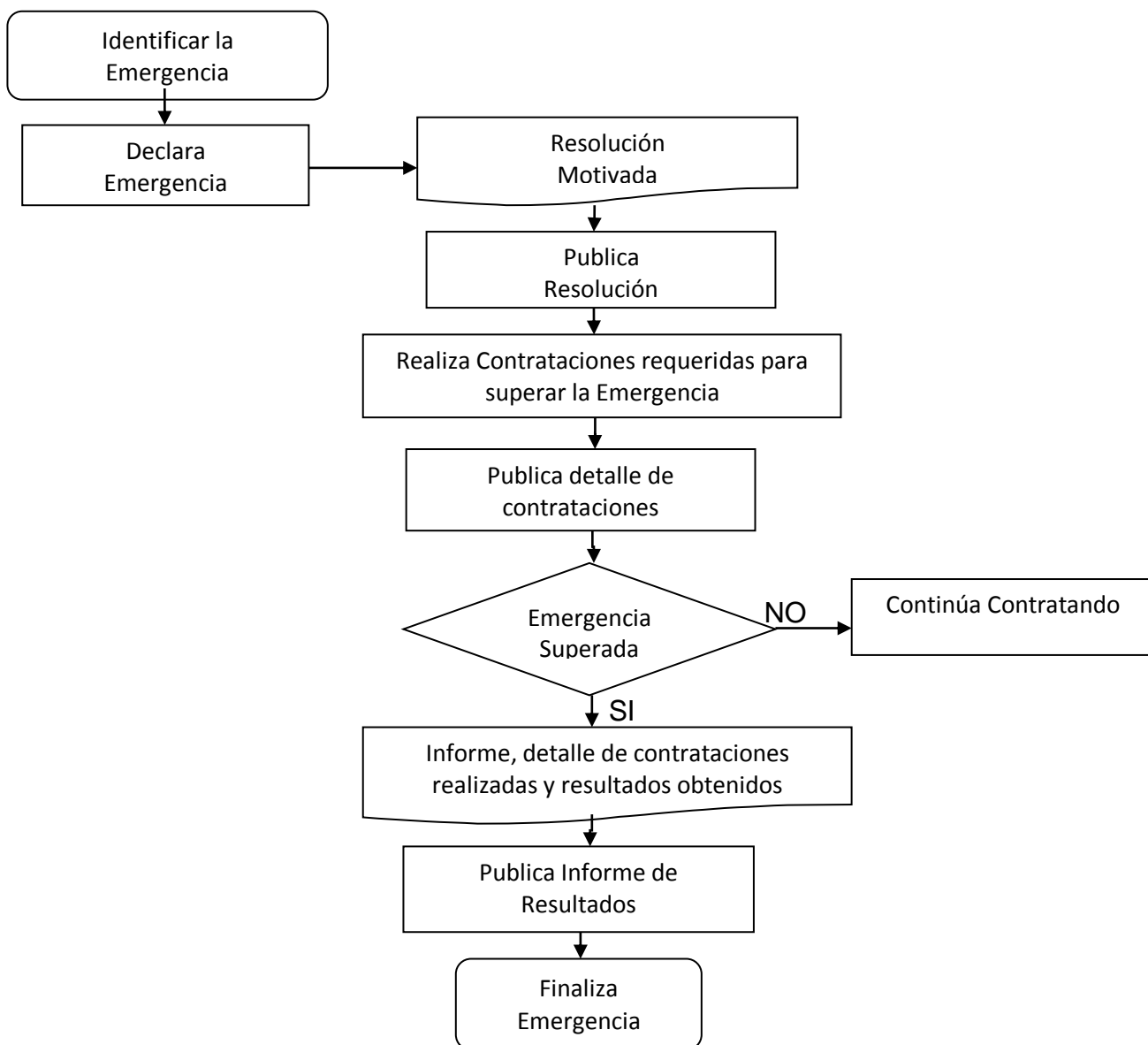
En cuanto al procedimiento de emergencia, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública nos dice:

El Art. 6>31 "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.

El Art. 57 establece que para atender las situaciones de emergencia definidas en el Art. 6>31 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 COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad, 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 requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito 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.¹¹³ A continuación detallo el procedimiento general a seguir en las contrataciones en situaciones de emergencia.¹¹⁴



¹¹³ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial No. 395 del 4 de agosto del 2008
 REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial No. 560 del 31 de marzo del 2009

¹¹⁴ INCOP, "Manual de Usuario Publicaciones de Emergencia", Resolución No. 045-2010, Quito-Ecuador, Enero 2011

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 57 antes citado, se señala un procedimiento para llevar a cabo las contrataciones en situaciones de emergencia, sin embargo hay la necesidad de implementar una norma jurídica en el Título II Capítulo V Sección II que mantenga concordancia con lo que determina el Art. 9>3 de este mismo cuerpo legal “Los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública es “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”, relacionada a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes. La discrecionalidad de la máxima autoridad provoca que la adjudicación no sea transparente ya que las contrataciones por declaratorias de emergencia son directas como método irrestricto de adjudicación de contratos, con lo cual se obvian procesos de contratación, se corre el peligro de que sean utilizadas para contratar a dedo y estén basadas en resoluciones de emergencia injustificadas. Recordando que el riesgo más alto es una adjudicación sin prever características técnicas, respaldos de maquinaria e implementaciones adicionales. Esta práctica de corrupción no ha sido patrimonio exclusivo de los tradicionales gobiernos oligárquicos, pues, similares mecanismos estarían vigentes ahora en el gobierno de la “revolución ciudadana”, ya que según declaraciones de los personeros del Instituto Nacional de Compras Públicas (INCOP) se han detectado fundadas sospechas de irregularidades en los procesos de contratación pública, puesto que las declaratorias de emergencia no se ceñirían

a las condiciones establecidas por la Constitución y la Ley Orgánica de Contratación Pública a lo que se agrega que en determinadas instituciones del Estado habría un deliberado direccionamiento para favorecer a ciertos proveedores en las compras y contrataciones. Además, existe un marco de 244 declaratorias de emergencia, desde el 2008 a la fecha, que han motivado la intervención de la Contraloría General del Estado para examinar el cumplimiento del marco jurídico vigente. Para nadie es desconocido que, al amparo de las llamadas declaratorias de emergencia, se han cometido grandes negociados, en los que los sobrepagos, las famosas “comisiones” y las adjudicaciones a dedo han estado a la orden del día.

Ahora bien al reclamar los oferentes no adjudicados sus derechos, simplemente la entidad contratante empieza a ser cuestionada y en mucho de los casos complica la adjudicación realizada incumpliendo la real necesidad de atender una emergencia, vulnerando lo que dice la Constitución en su Art. 389 *“El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad (...)”*¹¹⁵

Bajo estos preceptos constitucionales es necesario establecer en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un mejor procedimiento en las contrataciones en las situaciones de emergencia, para tutelar y hacer

¹¹⁵ **IBÍDEM**, “ARTÍCULO 389”, Pag. 172.

efectivo este sistema que nos permite dar agilidad y transparencia a la contratación pública¹¹⁶

6. METODOLOGÍA

En el proceso del presente trabajo investigativo, manejaré los siguientes métodos:

El Método Científico con sus métodos derivados Inductivo y Deductivo, a través de los cuales analizaré el conocimiento del derecho y la problemática jurídica, determinando que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación en cuanto al procedimiento en las contrataciones en situaciones de emergencia, existe la necesidad de implementar una norma jurídica en el Título II Capítulo V Sección II en este mismo cuerpo legal, relacionada a establecer dentro de este proceso un concurso privado competitivo por mejores precios y características técnicas sustentables a fin de evitar que en la adjudicación exista discrecionalidad por parte de la máxima autoridad y esto provoque reclamos de otros oferentes. A fin de evitar que la discrecionalidad de la máxima autoridad provoque que la adjudicación no sea transparente, ya que las contrataciones por declaratorias de emergencia son directas como método irrestricto de adjudicación de contratos, con lo cual se obvian procesos de contratación y se corre el peligro de que sean utilizadas para contratar a dedo y estén basadas en resoluciones de emergencia injustificadas. Recordando que el riesgo más

¹¹⁶ LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto del 2008
DIARIO HOY, "Compras por emergencia tienen Irregularidades", Publicado el 17/Noviembre/2009 | 00:17, www.hoy.com.ec
DIARIO HOY, "Emergencias, pretexto para Adjudicaciones a dedo", Publicado el: 26 de noviembre de 2009, www.hoy.com.ec
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No. 449, del 20 de Octubre del 2008.

alto es una adjudicación sin prever características técnicas, respaldos de maquinaria e implementaciones adicionales.

Además me fundamentaré en el Método Histórico, que me permitirá conocer su incidencia histórica relacionándola con la actual respecto a las contrataciones en situaciones de emergencia. Así mismo, me valdré del Método Analítico para examinar el problema desde el ámbito jurídico, económico y social.

El Método Dialéctico que me facilitará desarrollar la investigación en base a la situación actual y la evolución social, de forma analítica jurídica.

Respecto al Procedimiento y Técnicas, en la ejecución de la investigación de campo aplicaré las siguientes: treinta encuestas y entrevistas a, Responsables del manejo de proceso de contratación en situaciones de emergencia, Auditores Internos y Externos de la Contraloría General del Estado, Abogados en libre ejercicio profesional y a personal del área financiera de las instituciones públicas.

También realizaré un estudio de dos casos judiciales en materia de contratación pública, en los que se haya dado adjudicaciones en situaciones de emergencia, que me valdrá para verificar los objetivos formulados y la contrastación de la hipótesis para tomar como base jurídica de los fundamentos para la reforma legal.

Los resultados de la investigación de campo, se presentarán a través de cuadros estadísticos que me ayudarán arribar a las conclusiones y recomendaciones.

Los resultados de la investigación serán presentados en el informe final, el mismo que de acuerdo a lo establecido en el Art. 144 del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior contendrá: resumen en castellano traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

7. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	MESES																			
	OCT-2012				NOV. 2012				DIC 2012				ENE 2012				FEB. 2013			
	SEMANAS				SEMANAS				SEMANAS				SEMANAS				SEMANAS			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección y definición del problema objeto de estudio			x	x																
Elaboración del Proyecto de Investigación y aplicación					x	x	x	x	x											
Desarrollo de la Revisión de Literatura										x	x	x								
Desarrollo de los Resultados. Aplicación de Encuestas y Entrevistas														x	x					
Verificación y contrastación de Objetivos e Hipótesis															x	x				
Planteamiento de Conclusiones y Recomendaciones																		x		
Presentación del Borrador de la Tesis																			x	
Presentación del Informe Final																				x
Sustentación y Defensa de la Tesis																				x

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1. Recursos Humanos

PROPONENTE DEL PROYECTO: Bolívar Ruperto Albuja López

DIRECTOR DE TESIS: Por designarse.

POBLACIÓN INVESTIGADA: Responsables del manejo de proceso de contratación en situaciones de emergencia, Auditores Internos y Externos de la Contraloría General del Estado, Abogados en libre ejercicio profesional y a personal del área financiera de las instituciones públicas

8.2. Recursos Materiales

MATERIALES DE ESCRITORIO	\$	60,00
MATERIAL BIBLIOGRÁFICO	\$	120,00
FOTOCOPIAS	\$	40,00
TRANSPORTE Y MOVILIZACIÓN	\$	320,00
IMPRESIÓN Y EMPASTADO		140,00
IMPREVISTOS	\$	80,00
TOTAL	\$	1140,00

El total de los costos materiales asciende a MIL CIENTO CUARENTA DÓLARES AMERICANOS

8.3. Presupuesto

Los gastos de la presente tesis lo cubriré con recursos propios, sin perjuicio de recurrir a un crédito educativo.

9. BIBLIOGRAFÍA

- **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**, Registro Oficial No....., en 2008.
- **DIARIO HOY**, “Compras por emergencia tienen Irregularidades”, Publicado el 17/Noviembre/2009 | 00:17, www.hoy.com.ec
- **DIARIO HOY**, “Emergencias, pretexto para Adjudicaciones a dedo”, Publicado el: 26 de noviembre de 2009, www.hoy.com.ec

- **GARAFALO**, Aurelio “Manual Teórico Práctico de Contratación Pública”
Pudeleco Editorial S. A.
- **INCOP**, “Manual de Usuario Publicaciones de Emergencia”, Resolución No.
045-2010, Quito-Ecuador, Enero 2011
- **LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION
PÚBLICA**, Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto del 2008
- **MORON**, Juan “Procedimiento exoneratorio de la libre concurrencia en las
adquisiciones y contrataciones del Estado” Tomo 95, Octubre 2001
- **REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA
NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA**, Registro Oficial No. 560 del
31 de marzo del 2009
- **RIVAS CASARETTO**, María “Herramientas del Sistema de Contratación
Pública”, Procuraduría General del Estado
- **ZAMBRANO VEINTIMILLA**, Carlos “Los Derechos Humanos durante los
Estados de Excepción” carloszambranov@hotmail.com
- **es.wikipedia.org**

ENCUESTAS

ENCUESTA DIRIGIDA A FUNCIONARIOS AUDITORES, ADMINISTRATIVOS
Y ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINITRATIVA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA: LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA.

MARQUE CON UNA (X) LO QUE CONSIDERE PERTINENTE:

1. ¿Conoce usted lo que es la contratación pública?

a. Si (___)

b. No (___)

Explique _____

2. ¿Conoce usted de los estados de excepción y situaciones de emergencia?

a. Interviene (___)

b. No interviene (___)

Explique _____

3. ¿Cree que la contratación directa en situaciones de emergencia es un proceso idóneo?

a. Si (___)

b. No (___)

Explique:

4. ¿Qué debe hacer el Estado para solucionar las adjudicaciones a dedo?

a. Corregir procedimientos (___)

b. No realizar cambios (___)

c. Sanciones más severas (___)

5. ¿Considera usted que el Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referente a la contratación en situaciones de emergencia, puede ocasionar que la máxima autoridad de la entidad efectúe un mal uso de la norma jurídica, al contratar de manera directa y bajo su responsabilidad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieren para superar la situación de emergencia?

a. Si (___)

b. No (___)

Explique:

6. ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendiente a implementar medidas jurídicas que prevengan y garanticen la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública?

a. Si (___)

b. No (___)

Explique:

¡GRACIAS POR SU COLABORACIÓN!

ENTREVISTA

ENTREVISTA DIRIGIDA AL AUDITOR INTERNO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA: La contratación directa en situaciones de emergencia.

1. ¿Qué piensa de la contratación directa en situaciones de emergencia?

2. ¿Las contrataciones directas en situaciones de emergencia realizadas por el MAGAP se han concluido en su totalidad?

3. ¿Cree que hay ahorro para el Estado ecuatoriano en las contrataciones directas en situaciones de emergencia realizadas por la Institución?

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.1.1. Institución	9
4.1.2. Persona Jurídica.....	9
4.1.3. Persona Natural.....	10
4.1.4. Adjudicación.....	10
4.1.5. Contrato Privado	11
4.1.6. Contrato Público.....	11
4.1.7. Contratación Pública.....	12
4.1.8. Contratista.....	13
4.1.9. Concurso	13
4.1.10. Pliegos.....	14
4.1.11. Proveedor.....	16
4.1.12. Discrecionalidad	17
4.1.13. Garantías.....	18

4.1.14.	Situación de Emergencia.....	19
4.1.15.	Licitación Pública	19
4.1.16.	Sector Público.....	21
4.1.17.	Sector Privado	22
4.1.18.	Contratación Privada	23
4.1.19.	Bienes.....	24
4.1.20.	Obras.....	24
4.1.21.	Servicios	25
4.2.	MARCO DOCTRINARIO.....	26
4.2.1.	Como se inició y luego se desarrolló el efecto de contratar	26
4.2.2.	LOS ORGANISMOS DE CONTROL	28
4.2.3.	CONTRATACIÓN PÚBLICA	34
4.2.4.	Contratación Privada	42
4.2.5.	La voluntad contractual	44
4.2.6.	La obligatoriedad de los términos contractuales.	47
4.2.7.	La igualdad contractual.....	48
4.2.8.	El efecto relativo.....	48
4.2.9.	La buena fe contractual	49
4.3.	MARCO JURÍDICO	52
4.3.1.	La Contratación Pública en la Constitución Política de la República del Ecuador.	52
4.3.2.	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	56
4.3.3.	Quienes pueden contratar	60
4.3.4.	El Concurso de Contratación Pública	61
4.3.5.	El Sector público	63
4.3.6.	Montos permitidos para contratación sin licitación.....	65

4.3.7.	Bienes.....	67
4.3.8.	Obras.....	69
4.3.9.	Servicios	71
4.3.10.	Organismos de Control en la Contratación Pública.....	72
4.3.11.	La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia	78
4.3.12.	Contratación privada	82
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA	90
4.4.1.	Colombia:	90
4.4.2.	Chile:.....	93
4.4.3.	Paraguay	95
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	99
5.1.	MATERIALES.....	99
5.2.	MÉTODOS Y TÉCNICAS.....	99
6.	RESULTADOS.....	102
6.1.	RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS.....	102
6.2.	RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA	110
6.3.	ESTUDIO DE CASOS.....	112
6.3.1.	CASO Nº 1.....	112
6.3.2.	CASO Nº 2.....	113
7.	DISCUSIÓN	115
7.1.	COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS	115
7.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	119
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	120
8.	CONCLUSIONES.....	124
9.	RECOMENDACIONES	126
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	128

10.	BIBLIOGRAFÍA.....	131
11.	ANEXOS.....	134
	PROYECTO DE TESIS	134
	ÍNDICE	159