



1859



Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

**“La Inadecuada Vigilancia Y Supervisión Que Brinda El Servicio Nacional
De Compras Públicas En Los Procesos De Contratación Bajo El Régimen
Especial”**

Trabajo de Integración Curricular
previa a la obtención del título de
Abogada

AUTORA:

Nataly Gabriela Armijos Armijos

DIRECTOR:

Dr. Freddy Ricardo Yamunaque Vite

Mg. Sc.

Loja - Ecuador

2023

Loja, 19 de septiembre de 2022

Dr. Freddy Ricardo Yamunaqué Vite, PhD

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo el proceso de la elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: “**La Inadecuada Vigilancia Y Supervisión Que Brinda El Servicio Nacional De Compras Públicas En Los Procesos De Contratación Bajo El Régimen Especial**”, previo a la obtención del título de **abogada**, de la autoría del estudiante **Nataly Gabriela Armijos Armijos** con cedula de identidad Nro. **1150040069**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa



Firmado electrónicamente por:
**FREDDY RICARDO
YAMUNAQUE VITE**

Dr. Freddy Ricardo Yamunaqué Vite, Ph. D

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo **Nataly Gabriela Armijos Armijos**, declaro ser autora del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula de identidad: 1150040069

Fecha: 11 de enero de 2023

Correo electrónico: nataly.armijos@unl.edu.ec

Teléfono o Celular: 0988994033

Carta de Autorización por parte de la autora, para la consulta, reproducción parcial o total, y publicación electrónica del texto completo, del Trabajo de Integración Curricular.

Yo, **Nataly Gabriela Armijos Armijos** declaro ser la autora del Trabajo de Integración Curricular denominado “**LA INADECUADA VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN QUE BRINDA EL SERVICIO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN ESPECIAL**”, como requisito para optar al título de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

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

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo De Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja, a los once días del mes de enero de dos mil veintitrés.

Firma: __

Autora: Nataly Gabriela Armijos Armijos

Cedula: 1150040069

Dirección: Av. Benjamín Carrión y Juan Montalvo

Correo: nataly.armijos@unl.edu.ec

Teléfono/Celular: 0988994033 / (07) 211-066

Director del trabajo de integración curricular: Dr. Freddy Ricardo Yamunaque Vite.

Tribunal de Grado

Presidente: Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado.

Vocal: Abg. Erika Annabell Yaguana Rodríguez.

Vocal: Dr. Mauricio Paul Quito Ramon.

Dedicatoria

El presente trabajo investigativo va dedicado a las dos grandes personas que han sido pilares fundamentales en mi vida, y que con su apoyo me alentaron para que llegue a concluir con mis estudios universitarios, convirtiéndose en mi fuerza y mis ganas de superarme, como lo son mi padre Máximo Armijos guía e inspiración, y mi madre Diana Armijos por ser mi mayor motivación y ejemplo de amor incondicional.

A mis hermanos Jeferson y Jhonatan por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento y a toda mi familia porque con sus consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y de una u otra forma me acompañan en todos mis sueños y metas.

Nataly Gabriela Armijos Armijos

Agradecimiento

En primer lugar, agradezco a Dios por guiarme por el camino correcto, porque nunca me ha abandonado, gracias por haberme dado una excelente familia, por permitirme conocer excelentes profesionales y amigos a lo largo de esta etapa universitaria.

De la misma manera dejo constancia de mi perenne gratitud a la prestigiosa Universidad Nacional de Loja, a la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, y de manera especial a la Carrera de Derecho, así como los catedráticos que participaron en mi formación, infinitas gracias por brindar sus preciados conocimientos a la juventud que se forma en nuestra querida Alma Mater.

Al Sr. Dr. Freddy Yamunaque Vite, quien dedicó su tiempo en la revisión del presente trabajo y que gracias a sus directrices pude concluir con satisfacción el presente Trabajo De Integración Curricular.

A mis padres, hermanos, y demás familiares que me han apoyado incondicionalmente, quienes con su aliento fraterno me supieron guiar para concluir con éxito esta meta trazada.

A mis queridos amigos que siempre hicieron de este camino uno más llevadero, gracias por tantas anécdotas, risas y momentos compartidos, y a todos quienes de una u otra manera han colaborado para la feliz realización de este trabajo, gracias por estar siempre allí.

Nataly Gabriela Armijos Armijos

Índice De Contenidos

Portada.....	i
Certificación.....	ii
Autoría.....	iii
Carta de Autorización.....	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice De Contenidos	vii
Índice De Tablas.....	ix
Índice De Figuras	x
Índice De Anexos	x
1. Título.....	1
2. Resumen.....	2
2.1. Abstract	3
3. Introducción	4
4. Marco Teórico.....	5
4.1. La Contratación Pública En Ecuador.....	5
4.2. Antecedentes.....	5
4.3. Contrato.	6
4.4. Contrato Público o Administrativo.....	7
4.5. Elementos del contrato administrativo	8
4.5.1. Sujetos	8
4.5.2. Capacidad	8
4.5.3. Voluntad y Consentimiento	10
4.5.4. Objeto	10
4.5.5. Causa	11

4.5.6. Forma.....	11
4.6. Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)	12
4.7. Sistema Nacional De Contratación Pública.....	13
4.8. Servidor Público.	15
4.9. Funcionario público y Empleado público.....	16
4.9.1. Funcionario Público.....	16
4.9.2. Empleado Público.....	17
4.10. Derecho Público	18
4.11. Principios De La Contratación Pública.	19
4.11.1. Principio de legalidad.	19
4.11.2. Trato Justo.	20
4.11.3. Principio de Igualdad.....	20
4.11.4. Principio de oportunidad.	21
4.12. Régimen Especial.	21
4.13. Etapas del Proceso de Contratación Pública.....	22
4.13.1. Etapa Preparatoria.....	22
4.13.1.1 Estudios	23
4.13.1.2. Presupuesto Referencial	24
4.13.1.3. Especificaciones Técnicas	24
4.13.1.4. Pliegos	25
4.13.2 Etapa Precontractual de la Contratación Pública.....	26
4.13.3. Etapa contractual y de ejecución.	30
4.14. Derecho comparado.....	31
4.14.1. Legislación española:	32
4.14.2. Legislación Peruana.....	33
4.14.3. Legislación Colombiana	34

5	Metodología.....	35
5.1	Métodos.....	35
5.2	Técnica.....	36
6.	Resultados.....	37
6.1	Resultados de la encuesta.....	37
6.2.	Resultados de Entrevistas.....	48
6.3.	Estudios de Casos.....	54
6.4.	Análisis Estadístico.....	62
7.	Discusión.....	63
7.1	Verificación de los objetivos.....	63
7.1.1.	Objetivo general.....	63
7.1.2.	Objetivos específicos.....	64
7.2	Fundamentación jurídica de la resolución.....	66
8.	Conclusiones.....	69
9.	Recomendaciones.....	71
9.1.	Modelo resolutivo.....	72
10.	Bibliografía.....	75
11.	Anexos.....	76

Índice De Tablas

Tabla Nro. 1	Pregunta 1.....	37
Tabla Nro. 2	Pregunta 2.....	39
Tabla Nro. 3	Pregunta 3.....	41
Tabla Nro. 4	Pregunta 4.....	43
Tabla Nro. 5	Pregunta 5.....	45
Tabla Nro. 6	Pregunta 6.....	47

Índice De Figuras

Figura Nro. 1 Representacion gráfica pregunta 1	38
Figura Nro. 2 Representacion gráfica pregunta 2	40
Figura Nro. 3 Representacion gráfica pregunta 3	42
Figura Nro. 4 Representacion gráfica pregunta 4	44
Figura Nro. 5 Representacion gráfica pregunta 5	46
Figura Nro. 6 Representacion gráfica pregunta 6	47

Índice De Anexos

Anexo 1 Formato De Las Encuestas	76
Anexo2 Formato De Las Entrevistas	78
Anexo3 Certificado De Traducción Del Abstract	79

1. Título

“La inadecuada vigilancia y supervisión que brinda el Servicio Nacional de Compras Públicas en los Procesos de Contratación bajo el Régimen Especial”

2. Resumen

El tema al que se orienta el presente estudio de trabajo investigativo es la inadecuada vigilancia que brinda el Servicio Nacional De Compras Públicas en los procesos de contratación bajo el Régimen Especial, el cual como sabemos el ente rector al frente y que maneja cada uno de los procesos de contratación es el SERCOP permitiendo que se puedan adquirir bienes, obras o servicios a través de los diversos procedimientos creados para licitar o adjudicar cualquier contrato, a través de la administración y redistribución lo que se propende con la implementación de la Constitución de 2008 y la creación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en concordancia procuran buscar la eficacia en la administración de los recursos públicos para que se satisfaga las necesidades de la colectividad.

El Régimen especial de Contratación como su nombre mismo lo indica se da para determinadas contrataciones las cuales se den describir fundamentada mente las razones por las cuales se acogen a este tipo de procedimiento para cada uno de los casos que especifica el art 2 de la LOSNCP, es así que por lo expuesto me planteo el objetivo de realizar Identificar las principales falencias respecto de la vigilancia y supervisión que se generan en los procesos de contratación bajo el régimen especial evaluando los diversos procesos que se han dado en el Ecuador, esto fundado en la normativa creada para regular las contrataciones como la Constitución, la ley y su reglamento, para lo cual se utilizó los métodos científico, inductivo, deductivo, analítico, comparativo, con la finalidad de indagar donde se origina el problema en estas contrataciones, para lo cual nos ayudamos de una encuesta y una entrevista que nos permitió reconocer que apreciación desde el punto de vista crítico y practico los profesionales del derecho consideran que se dan estas falencias, así como el estudio de casos más emblemáticos en temas de contratación que se han dado que han destapado una gran brecha de desconfianza en cada proceso y finalmente se realizó las conclusiones a las que llegamos luego de todo este estudio investigativo concluyendo que se debe reestructurar de manera interna el control y supervisión que da tanto el SERCOP como la Contraloría General del Estado en sus auditorías internas y externas en cada contratación.

Palabras clave: SERCOP, LOSNCP, Contraloría General del Estado, contratación, Régimen especial.

2.1. Abstract

The subject of this research study is the inadequate surveillance provided by the National Public Procurement Service in the contracting processes under the Special Regime, which as we know the governing body in charge and that manages each of the contracting processes is the SERCOP, allowing the acquisition of goods, works or services through the various procedures created to bid or award any contract, through the administration and redistribution, which is intended with the implementation of the Constitution of 2008 and the creation of the National Public Procurement Service, The Special Regime of Contracting, which as we know, the governing entity in charge and manages each one of the contracting processes is SERCOP, allowing the acquisition of goods, works or services through the various procedures created to bid or award any contract, through the administration and redistribution, which is intended with the implementation of the Constitution of 2008 and the creation of the Organic Law of the National System of Public Contracting, which in agreement seek to seek efficiency in the administration of public resources to meet the needs of the community.

The Special Procurement Regime, as its name indicates, is given for certain procurements, which must be described based on the reasons why they are subject to this type of procedure for each of the cases specified in Article 2 of the LOSNCP, Thus, I set myself the objective of identifying the main shortcomings regarding the monitoring and supervision that are generated in the contracting processes under the special regime by evaluating the various processes that have occurred in Ecuador, this based on the rules created to regulate procurement as the Constitution, the law and its regulations, for which the scientific, inductive, deductive, analytical, comparative methods were used, In order to find out where the problem originates in these contracts, we used a survey and an interview that allowed us to recognize that from a critical and practical point of view, legal professionals consider that these shortcomings occur, We also studied the most emblematic cases in contracting issues that have uncovered a large gap of distrust in each process and finally we made the conclusions we reached after all this research study, concluding that the control and supervision given by both SERCOP and the Comptroller General of the State in its internal and external audits in each contracting process should be restructured internally.

Keywords: SERCOP, LOSNCP, Comptroller General's Office, contracting, Special Regime.

3. Introducción

El presente Trabajo de Integración Curricular titulado **“La inadecuada vigilancia y supervisión que brinda el Servicio Nacional de Compras Públicas en los Procesos de Contratación bajo el Régimen Especial”** está dirigido a establecer las falencias dadas en los procesos de contratación y porque generan esta desconfianza cada que habla de acceder a una contratación haciendo énfasis en el régimen especial que es donde más irregularidades se presentan en los famosos contratos otorgados en inobservancia a los requisitos para ser proveedores del Estado.

En el presente trabajo de integración curricular se da a conocer cuáles son los métodos y la forma en cómo se realiza las fases y la convocatoria para las contrataciones que se establecen puntualmente para el Régimen Especial, así como la normativa la cual regula los procesos de contratación. En el marco teórico hablamos como primer punto de la trascendencia histórica que ha tenido el sistema de contratación en nuestro país, así mismo más adelante se va continuando con el estudio de la definición que abarcan el presente estudio como lo son los contratos, contratos administrativos o públicos, sus elementos, el ente rector a cargo de realizar las contrataciones y cuáles son sus atribuciones, lo que abarca un funcionario público y su distinción con los empleados públicos en la esfera del derecho público.

Así también analizamos las normas creadas para la vigilancia y control de los procesos de contratación y si se cumple con lo que la Constitución, la Ley y su Reglamento disponen, en las cuales para la correcta ejecución de una obra, bien o servicio se debe anteponer cada uno de los principios que rigen la contratación para que dentro de las fases de las contrataciones no existan falencias en el ámbito procedimental y la necesidad de que tanto la institución como los funcionarios ejecuten un control más minucioso dentro de estos procesos.

En el Ecuador en los últimos años la confiabilidad en cada proceso de contratación va disminuyendo pues la credibilidad se ha visto gravemente afectada debido a que cada día sale a la luz un nuevo caso de corrupción donde tanto los altos funcionarios de los gobiernos de turno se ven involucrados en irregularidades cuando se otorga un contrato y más aun si se lo adjudica bajo el Régimen especial que como la ley mismo señala se lo hacen por criterios de selectivas inclusive con un solo proveedor, y ciertos casos se los hace hasta de manera reservada en el caso de la seguridad interna y externa del Estado.

4. Marco Teórico.

4.1.La Contratación Pública En Ecuador.

Dentro del tema a abarcar en el presente trabajo de integración curricular es preciso señalar que la Contratación pública en nuestro país tiene una reseña muy importante para haber llegado a la regulación que hoy por hoy ostentamos, en la cronología que se ha venido dando es notorio evidenciar como se ha logrado instituir todos y cada uno de los procedimientos que hoy en la actualidad conocemos y así mismo el establecimiento de las instituciones reguladoras para el control y supervisión de los fondos públicos que las y los funcionarios deben mantener a nivel institucional en cada proceso que se realice.

4.2. Antecedentes

Partiendo de cada regulación que se ha creado para normar la Contratación Pública es importante remontarnos a las antiguas disposiciones legales que el Ecuador ha mantenido a lo largo de su historia y es precisamente que realizaremos una secuencia de las leyes que en esta materia se han dado, arrancando así de la Ley de Hacienda de 1863 que disponía al presidente de la república como jefe de la administración le corresponde la dirección de las rentas establecida y que se establecieron en adelante rescatando que lo más importante que mencionaba esta ley es el de asignar y destinar los bienes al mejoramiento y conservación, encargándose esta labor en ese entonces al ministro de Hacienda.

La Ley de Hacienda ya en el periodo de 1927 a 1928 se crearon instituciones legales para reducir el desorden y anarquía en la gestión administrativa y económica del País para lograr la mejor utilización de los recursos públicos. Un cambio sustancial que hubo en esta ley es la creación de la dirección de suministros, para la adquisición de materiales para su uso público esto involucra que las necesidades del Estado van creciendo y como obligación del mismo nacen los contratos públicos, aunque todavía no se configuraban ni existían expresamente.

Posteriormente la ley de licitaciones creada en 1964 ya se crea una Secretaría Técnica de Administración de acuerdo con el Contralor General en materia de egresos que con nuevas reformas para 1974 ya se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas implementando la terminación unilateral y anticipada del contrato, manteniendo la necesidad de que se cuente con la partida presupuestaria, de tal manera que aquí los pilares fundamentales fueron el control interno y la auditoría externa, de la mano de la Contraloría General del Estado para el desarrollo financiero y administrativo capaz de servir al progreso del país.

Consecutivamente se creó la Ley de Consultoría en 1989 el cual funcionaba como un procedimiento especial con menores controles establecido en la Ley de Licitaciones.

Ya para 1990 se expidió una norma específica que luego de varias reformas a la ley de licitaciones y concurso público, se expide la Ley de Contratación Pública que regula, la implementación en esta ley un régimen especial dentro de su articulado indicando que “No se someterán a esta Ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto” señalando que los contratos de adquisición de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico que celebren las entidades del sector público no serán sujeto de esta ley sino del reglamento que dictamina el Presidente de la República, así mismo en esta ley ya se instauraron las fases precontractual y de contratación.

Norma vigente actualmente: Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, en esta última y nueva ley comparándola con la última codificación ya recoge notables diferencias respecto de que ya se constituye como orgánica lo cual la hace prevalecer sobre leyes de menor jerarquía, otro punto a resaltar en esa nueva ley es que dentro del régimen especial las únicas contrataciones permitidas anteriormente eran las referentes a temas de salud y con la norma actual regula las adquisiciones de fármacos, lo que tenga que ver con la seguridad interna y externa, asesorías y patrocinio jurídico, comunicación social, obras o actividades artísticas o literarias o científicas, bienes y servicios únicos, las de transporte de correo interno e internacional, contratos que realizan las instituciones financieras y de seguros del Estado.

4.3. Contrato.

“Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” **Ossorio, M. (1974). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.**

Es así como el contrato es aquella voluntad bilateral en la cual una parte se compromete con la otra a realizar una prestación en la cual ya se establece una relación jurídica entre el contratante y el contratista. La doctrina nos ofrece una clasificación común que es los contratos públicos y los privados, los primeros son celebrados por el Estado con una persona natural o jurídica, en la cual existe una subordinación por parte de la persona que conviene con el organismo público; y los contratos privados es realizado únicamente entre particulares sin existir alguna potestad de imponer del uno sobre el otro.

De acuerdo al Código Civil, Art 1454 “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 persona o muchas personas”.

En la definición dada por el código civil es descrita como un acto jurídico por el cual se ejerce la acción de dar, hacer o no hacer determinada cosa, sin embargo, más que definir al contrato lo señala como la obligación que este conlleva entre las personas sujetas a cumplir con este convenio por el cual se adquirirán, modificarán, transferirán o extinguirán derechos, frente a quienes son parte del acuerdo al que han arribado a través de un instrumento que constate o avale lo concertante. Esta regulación es de donde se parte para comenzar a moldear los contratos tanto a nivel privado entre de particulares como los públicos, que para estos últimos se determina una regulación aislada pero que en la forma mantiene similares características a un contrato normal.

4.4. Contrato Público o Administrativo.

“Aquel celebrado entre la Administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública”. **Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental, (vol.1, p. 341)**

Este contrato emana de la necesidad de satisfacer el interés común de la sociedad a través de las facultades que tiene la administración para dar, hacer o no hacer algo, a través de actos administrativos que sustenten ese convenio que contendrá los términos, sanciones, prohibiciones y aspectos legales a los cuales el contratista estará sujeto. En nuestra legislación la definición que recibe el contrato administrativo de acuerdo al Código Administrativo art 125 nos menciona que:

“es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”.

Y al hablar dentro de un proceso de contratación de una obra, bien o servicio un proveedor con la alguna institución pública en el convenio acordado puede a más de crear obligaciones también ejercer una coacción esto dada por parte de la función administrativa en caso de incumplimiento de alguna cláusula o término en el que se haya fijado el contrato. Cada uno de los acuerdos dados entre un Estado y un particular deben velar principalmente por actuar en servicio de la colectividad vigilando y propendiendo el correcto uso de los recursos del Estado que no son más que aquellos que las personas con su labor diaria contribuyen al momento de declarar y pagar sus impuestos, por tanto, en estos contratos de igual forma deben gozar de garantías tanto para el Estado como para el particular con el que conviene.

El contrato es una de las figuras jurídicas que personifica a un acuerdo de voluntades como ya lo señalé anteriormente y la contratación que realiza el Estado y sus instituciones se constituye en un instrumento básico que dinamiza el desarrollo económico del país, y al

posibilitar esta actividad los proveedores sean estos del sector público o del privado serán vigilados por los entes encargados de la fiscalizar los diferentes servicios y obras públicas en las cuales se ha destinado la inversión pública.

4.5. Elementos del contrato administrativo

4.5.1. Sujetos

En este tipo de contratos los intervinientes o partes son los que denominamos contratantes que puede ser una institución pública, o privada que maneje fondos públicos en una proporción mayor al 50%, y por otro lado el contratista que se denomina a aquel oferente adjudicado que suscribe el contrato, sea esta una persona natural o jurídica. **(Pérez, 2011, p.2)**

Como se define a los sujetos es notorio destacar que son el punto de partida para celebrar cualquier contrato y en este caso debe existir una persona que represente a la administración pública otro aspecto importante a mencionar que para que se constituya un contrato administrativo debe obligatoriamente ser con un órgano del poder público que esté dotado de la facultad para contratar provisto de competencia por la institución u órgano público para la celebración de cualquier contrato y de ser el caso que se dé entre otra entidad pública y no con un particular la contratación se denomina a través de un convenio interadministrativo.

4.5.2. Capacidad

De acuerdo al Código Civil (art 1462) la capacidad consiste en aquella aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones a lo cual cada persona es inherente, exceptuando las que la ley declara incapaces.

En contratación pública al hablar de la capacidad o competencia se debe ostentar una definición más precisa pues esta se encuentra delimitada en el obrar de los órganos públicos es decir que se debe verificar si legalmente se encuentran facultados para poder convenir un contrato pues la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Compras Públicas menciona y señala que existen inhabilidades para determinadas personas y en base a los art 62 y 63 de esta ley encontramos las siguientes:

“Art. 62.-Inhabilidades Generales. -No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los

cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que, por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

“Art. 63.-Inhabilidades Especiales. -No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:

1. los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;
2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;
3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,
5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse. Si se comprobare

la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.

Cada una de estas inhabilidades representan la protección que otorga la ley del interés público por sobre el particular debido a que prevalece el ejercicio de la potestad pública en marco estrictamente permitido por las normas para ejecutar cualquier contratación y así mismo como ciertas personas mismo dentro de la administración pública se encuentran limitadas los requisitos para que una persona natural pueda entrar a contratar con el estado debe encontrarse por fuera de estas inhabilidades para celebrar un contrato caso contrario si se lo hace se incurriría en una inobservancia a norma expresa lo cual acarrearía en la nulidad del contrato y de acuerdo al art 65 de la LOSNCP: “el Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad”. Por lo cual la suscripción del contrato siempre se hará en los términos que se establezcan en las cláusulas.

4.5.3. Voluntad y Consentimiento

La voluntad se considera como elemento esencial en todo contrato y aquí no es la excepción pues la entidad contratante previo a iniciarse una contratación debe verificar una serie de actos previos tales como el Plan Anual de Contratación, estudios económicos, legales y técnicos para que sea posible realizar el convenio.

A partir de esto nace el consentimiento tanto del oferente para celebrar el contrato como de la administración para su posterior aceptación, lo cual como es de conocimiento general el consentimiento del que hablamos debe estar libre de vicios que puedan llegar a afectar dicho contrato y esto son el error, la fuerza y el dolo.

“El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario”.

(Art 721 Código Civil).

Para el tratadista Roberto Dromi “*El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes.*”

Esto que nos menciona este tratadista presupone que tanto el particular como la administración al momento de suscribir el contrato se adhieren formalmente a cada una de las cláusulas consignadas en mayor proporción por el Estado y que su aceptación reconoce el consentimiento de las dos partes para ejecutar el contrato sin discusión alguna.

4.5.4. Objeto

Otro elemento sustancial en la validez del contrato es el objeto, que para el tratadista Ismael Farrando en su obra denominada “Contratos Administrativos” manifiesta que el objeto es “la prestación que puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer y debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinable y lícito.”

Al analizar esta definición es inevitable no tener en cuenta que igual que cualquier otro contrato, el objeto recae en la finalidad que tendrá esté para satisfacer una necesidad, en el esfera de la administración pública su gestión debe velar por cubrir una necesidad de índole general es decir que los contratos administrativos en su objeto tendrán como propósito la ejecución de un obra o prestación de un servicio para cumplir con aquella actividad jurídica encomendada a ellos para acatar por sobre todo con el cabal cumplimiento de lo que nos expresa nuestra Constitución referente a las condiciones mínima y fundamentales para alcanzar el Buen Vivir.

4.5.5. Causa

Como comúnmente se conoce la causa se define como esa razón o factor que desencadena la importancia de suscribir un contrato, este elemento junto con el objeto guarda estrecha relación debido a que sin el objeto real y lícito no existiría contrato alguno y sin una razón que justifique su existencia tampoco por lo cual la causa es aquel fundamento dentro del contrato que induce a contratar pues la administración pública solo actúa y se justifica cuando procura el logro del interés público ya que si caso contrario el beneficio solo beneficia a ciertas personas este contra ya carecería de eficacia.

Según la doctrina a la causa se la define como el ¿por qué? del contrato pues la administración responde a una necesidad objetiva siendo esta el interés público, cuestión que sobrepasa intereses particulares pues el bien común de la colectividad va por encima de cualquier particularidad y así asegurar el adecuado quehacer de la administración.

Pérez Hualde, destaca que la importancia de la causa en los contratos administrativos radica en “*satisfacer una necesidad colectiva concreta*”, ya que la causa, es el antecedente en la cual se sustenta el contrato. de tal manera que podemos decir que es un elemento esencial dentro de los contratos administrativos, y de no darse de esta forma no nos referiremos a un contrato administrativo porque al no hablar del objeto que va a tener como tal y de la necesidad que va cubrir no podemos decir que se configura en un Contrato administrativo propiamente dicho, sino que entraríamos en otro plano que se desvincula totalmente del contrato publico o administrativo.

4.5.6. Forma

En la doctrina la forma se ha calificado por dos líneas completamente válidas como lo son la exteriorización de la voluntad de las partes que intervienen y las etapas que originan la suscripción del contrato. La primera haciendo alusión al consentimiento de ambas partes sin que ellas haya existido algún vicio que adolezca su validez, dejando constancia de cómo se realizará esta manifestación de la voluntad de ambas partes reputándose en este caso indispensablemente de forma escrita garantizando de esta forma el fiel cumplimiento de ambas partes al contrato que suscriben.

La otra línea hace referencia a que en este tipo de contratos ya se prevé norma expresa la cual nos indica cada uno de los procedimientos a seguir para cada proceso por lo cual deben ceñirse a los requisitos previstos en las normas respectivas.

4.6. Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

El **Servicio Nacional de Contratación Pública de Ecuador (SERCOP)** de acuerdo a lo que encontramos en la página web de la institución misma la define como:

“El Servicio Nacional de Contratación Pública (Sercop), es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y de establecer las políticas y condiciones de la contratación pública a nivel nacional”.

De acuerdo a la normativa vigente encontramos que la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública se encuentra establecido como un ente del derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República y gozará de fuero de Corte Nacional de Justicia, en las mismas condiciones que un ministro de Estado. (LOSNCP, ART 10).

De tal manera que el SERCOP tiene como misión institucional:

1. Registrar a los compradores y oferentes.
2. Categorizar los bienes y servicios que se ofertan.
3. Expedir los pliegos para la calificación de ofertas.
4. Administrar cada proceso en la fase precontractual
5. Publicidad de cada proceso

Todo esto a través del Sistema Nacional de Compras Públicas que para cumplir con esta misión propuesta dentro del portal de compras públicas se instaura como debe ser administrada por el SERCOP el registro de los proveedores, sean estas personas naturales o jurídicas señala que estas deberán contar con el registro correspondiente conocido como RUP para ofertar cada

uno de los bienes y servicios que ofrecen debidamente categorizados y de igual manera para someterse a un proceso de contratación deberán contar con los requisitos preestablecidos para su calificación en la cual el SERCOP reconoce el principio de publicidad en cada proceso.

4.7. Sistema Nacional De Contratación Pública

Esta entidad es la encargada de efectuar las compras públicas a través de un proceso de selección de bienes y servicios que se ven regidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública proporcionando los principios, normas, procedimientos, y mecanismos que orientan al planeamiento, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. (LOSNCP. Art 7)

De lo que manifiesta el artículo 7 de la presente cita tengo a bien señalar que este sistema como bien lo señala la normativa fue incorporado, para establecer los lineamientos a seguir respecto de las personas que quieran contratar con el Estado garantizando a través del sistema y de su reglamento los derechos y obligaciones de cada una de las partes observando cada uno de los principios en los cuales deben basarse para cumplir con los fines estatales planteados dentro de la Constitución, la Ley y su Reglamento, en las cuales también los funcionarios y servidores públicos juegan un rol preponderante para llegar al cometido tanto de la administración pública como de la entidad contratante, pues la primera al ser la actividad general de lo que parte el funcionamiento de una entidad pública y de un funcionario o servidor público, reúne una imprescindible importancia, en la labor de la gestión pública, y en que se sustenta esto, en los mecanismos de una organización ideológica que demuestre probidad, con un plan que se encuentre acorde a satisfacer las necesidades del conglomerado social y se enmarque plenamente a los propósitos establecidos en la Ley y la Constitución.

En la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de comprar públicas art 9 encontramos los objetivos los cuales se determinan como prioritarios, estos son:

- ❖ “Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo”.

Lo que no menciona este objetivo es que en cada ejecución de proceso de contratación debe ir de conformidad con el presupuesto con el que se cuenta y con las necesidades actuales que buscan cubrir.

- ❖ “Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales”.

Aquí el objetivo señala claramente que el proceso luego de la calificación selección y adjudicación debe de ejecutarse conforme a lo establecido en la Ley y en el Reglamento sin

inobservar las circulares o resoluciones emitida por la entidad contratante que de igual forman irán en concordancia a la normativa jerárquicamente superior

- ❖ “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”.

La transparencia también lo encontramos en los objetivos del sistema, pero a más de esto también se establece como un principio básico que en la contratación pública no puede faltar.

- ❖ “Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”.

El presente objetivo hace mención a la participación activa de los diferentes ciudadanos que deseen participar en los procesos de contratación verificando principalmente que las ofertas y demandas cuenten con las condiciones de calidad y precio dentro de la producción nacional lo cual está relacionada a la adecuada planificación y la correcta ejecución

- ❖ “Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley”.

Para el cumplimiento de este objetivo el SERCOP es el encargado de emitir los mecanismos a través de los cuales se impulsará sobre todo la asistencia de todos los actores de la producción, de conformidad con la normativa creada para tal fin.

- ❖ “Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna”.

Con este objetivo el sistema nacional de contratación pública tendrá que brindar una vigilancia constante sobre todo para que se efectúe cada proceso sin ninguna dilación y se logre implementar de acuerdo a las necesidades lo que haga falta para su cumplimiento.

- ❖ “Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento”.

Si bien este objetivo se enmarca en la transparencia que debe existir en cada proceso las veedurías ciudadanas implican un gran desafío, debido a que el monitoreo y supervisión requieren de un conocimiento técnico y eficiente por parte de quienes conforman esta actividad fiscalizadora en concordancia con los principios de la contratación, el plan nacional de desarrollo y la aplicación efectiva de la Constitución, La Ley, Reglamento y el Manual de buenas prácticas principalmente para no caer únicamente en juicios de valor.

Cabe señalar que al englobar una estricta vigilancia este objetivo no se cumple cabalmente dado que no se lo impulsa, ya que existen entidades ya designadas para tal efecto.

- ❖ “Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales”.

En este objetivo se configura en la subordinación a la cual se encuentra sometida la planificación para ejecutar cualquier contratación pues primero se debe verificar si existe el presupuesto para llevar a cabo cualquier obra o servicio lo que debe encontrarse fijado en el Plan Anual de Contratación (PAC).

- ❖ “Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado”.

La transformación y la evolución que se ha dado en cada procedimiento previsto es gracias a la optimización que el Sistema Nacional de Contratación Pública ofrece con el fin de agilizar y simplificar los procesos de adquisición de las distintas necesidades, convirtiéndose en un mecanismo eficiente para el desarrollo de los procesos de contratación. De tal manera que si se cumple con este objetivo.

- ❖ “Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público”.

La efectividad como lo menciona este objetivo se lo verifica a través del portal de compras públicas ya que aquí se registra todos y cada uno de los procedimientos llevados a cabo por las entidades contratantes y en las cuales también se verifica los costos en los que se ha incurrido.

- ❖ “Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”.

Este objetivo se cumple a través del Registro único de proveedores conocido como RUP donde se verifica ciertos requisitos a los oferentes para que puedan acceder a proceso de adjudicación de una obra o servicio y así puedan participar de demás procesos estatales.

4.8. Servidor Público.

El funcionamiento de la administración pública dentro de un Estado de Derechos y justicia se cimenta no solamente por las instituciones que lo conforman sino por el personal delegado a cumplir con los fines que busca la administración pública, en base a la obligaciones y prohibiciones que tienen que sujetarse por pertenecer a funciones públicas. Es así que de acuerdo a la Ley Orgánica del Servidor Público en lo estipulado en el art 4 menciona que “*Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público*”. (LOSEP, Art 4).

Por lo tanto, las prestaciones que deben ejercer los funcionarios al frente de alguna institución pública deben velar por el interés comunitario con lo cual se asegure la efectiva prestación del servicio de la administración para con la comunidad que se ve regulada por el Derecho Público mediante las prohibiciones y responsabilidades que conlleva el puesto en el que se encontrase el servidor público.

Los lineamientos dados a los servidores públicos conllevan ante todo responsabilidades civiles, administrativas y penales por lo que el actuar en sus funciones ha de sujetarse a los propósitos y objetivos en beneficio de la colectividad, en razón de la competencia que desempeñen en cada institución pues en algunos casos la actividad administrativa se realiza de forma discrecional, pero siempre bajo el imperativo legal para que no exista un abuso de autoridad o una vulneración de los derechos.

Para Nelson López el servidor público

“Es toda aquella persona natural que presta sus servicios legalmente en relación de dependencia nombrado o contratado por sus servicios ocasionales, que labora en las instituciones, entidades y organismos del Estado”

A partir de lo que señala este tratadista podemos deducir que un servidor público será aquella persona encargada de cumplir con su labor encomendada en razón de su cargo, representando así a la administración pública en cumplimiento de sus obligaciones y facultades quedando así verificado que no puede arrogarse funciones más allá de lo permitido por la ley y lo que se encuentre expresamente prohibido.

Con esto se ratifica que la administración pública a través de los servidores públicos deben velar por el correcto funcionamiento dentro de las instituciones públicas y por el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que es la satisfacción de las necesidades de cada uno de los ciudadanos a través de los servicios públicos que presta la administración y que estará supeditada por el control de la autoridad estatal, la cual por medio de los mecanismos que le otorga el derecho público se verá limitado a actuar conforme el régimen jurídico de cada institución y la normativa legal en donde el personal humano desarrollara su labor enmarcada en el beneficio colectivo y la protección del interés institucional.

4.9. Funcionario público y Empleado público.

4.9.1. Funcionario Público.

Revisado de forma general de que está facultado un servidor público encontramos una distinción entre los funcionarios públicos y los empleados públicos, a continuación, me referiré a los funcionarios públicos lo que de acuerdo al autor Rafael Bielsa los define como:

“la persona que, en virtud de una designación especial y legal, y de manera continua, bajo formas, y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituyen o concurre a constituir, expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social”.

Como lo manifiesta este autor un funcionario se ve revestido de cierta jerarquía, pues es aquella persona que es designada para representar una función pública de conformidad con la Constitución y la Ley siguiendo el procedimiento acorde a las funciones que vayan a desempeñar en su cargo. Al estar al frente de la institución que representará deberán sobre todo encaminarse a la realización del fin público como se lo indica y su actividad se enmarcará dentro de la esfera normativa para procurar el cumplimiento de la Ley.

El funcionario público ejerce una función de mando frente al cargo para el cual fue designado y por tanto debe regirse por los principios de ética y los establecidos por la Constitución sujetándose al compromiso de otorgar los servicios de forma idónea y con probidad en lo cual se refleja la voluntad del Estado para con la colectividad, su designación de acuerdo a la ley se establece que su cargo se da a través un nombramiento de libre remoción y de acuerdo a la naturaleza de su relación con el Estado se subordinan a las reglas del Derecho público.

4.9.2. Empleado Público.

La distinción que se da entre un funcionario frente a un empleado público es que la primera supone un cargo especial, una delegación transmitida por el principio de la ley, mientras que el empleado público solo se limita a examinar documentación sin que representen la voluntad de la administración como es el caso de los funcionarios públicos, esto de acuerdo a Rafael Bielsa.

Otro tratadista como el Dr. Nicolas Granja Galindo define al empleado público como:

“aquel individuo que, sin tener jurisdicción ni mando, se limita tan solamente a participar de las funciones administrativas, dependiendo de otra persona que ejerce funciones públicas. Los empleados son los que voluntariamente se ponen a disposición de una entidad pública. Los para la prestación permanente, profesional y pagado de su actividad”

Desde mi punto de vista el autor es claro en precisar a que se limita la función de un empleado público y a que debe sujetarse el mismo, en relación a lo dispuesto por el funcionario público, su desempeño laboral únicamente se ve limitado a cuestiones de funcionamiento interno de la Institución en la que labora cumpliendo y respetando la Ley y la Constitución.

4.10. Derecho Público

Para analizar este apartado hay que partir definiéndolo de tal manera que se entiende por Derecho Público:

“Un grupo de normas que tienen como función la de regular todas aquellas actividades que ejecuta el Estado con respecto a sus funciones soberanas y las relaciones de éstas con los habitantes. En él, es el Estado quien tiene privilegio ante las demás personas o instituciones”. Euston, (2018). Derecho Público.

Esta definición se muestra clara y precisa frente a lo que engloba el Derecho Público y que rol tiene frente a las actividades que regula y en este aspecto es imperativo bajo la condición dominante donde el Estado tiene la potestad, pues las facultades de organización de las administración que se encuentra dentro de este, están establecidas expresamente, de tal manera que en caso de hacer algo que no está autorizado a hacer puede ser castigado a reparar algún daño, demostrando así que, aunque posee superioridad frente a los demás se encuentra en igualdad de condiciones para ser sancionado.

El mismo autor (Euston, 2018) señala que *“el derecho público se referiría básicamente al gobierno, a la organización y funciones del Estado, y a las relaciones que se daban con los particulares y otros Estados”*.

Teniendo en cuenta lo que nos menciona aquí el autor el Derecho Público regula el funcionamiento de cada una de las instituciones que lo conforman garantizando así la tutela y continua protección de los intereses de los individuos que conforman la sociedad, satisfaciendo cada una de las necesidades presentes en esta y vigilar el adecuado ejercicio de cada uno de los poderes estatales.

En resumen, lo que busca el Derecho Público es la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de normas que se inclinan a velar por cumplir con lo que manda principalmente la Constitución para que no se produzcan abusos o negligencia por parte de la administración frente a cualquier acto del poder público.

El derecho administrativo como una rama dentro del Derecho público en contratación pública juega un rol muy importante al verse involucrada la actuación administrativa significando ante todo que los servidores públicos de las diversas instituciones del Estado deben observar los principios para ejecutar cualquier contratación y en caso de presentarse alguna irregularidad de igual manera deben poner a conocimiento de las autoridades respectivas, para que no se incurra en alguna omisión. Por lo cual la vigilancia efectuada principalmente en temas de auditorías internas y externas por la Contraloría General del Estado en este caso requiere que

una vez que se conozca de alguna infracción esta debe ser informada inmediatamente a las autoridades competentes, ya sea de que hablemos de una responsabilidad civil o penal.

4.11. Principios De La Contratación Pública.

4.11.1. Principio de legalidad.

Según el cual el órgano público solamente puede actuar conforme a norma positiva. La contratación pública por su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la ley reglamentos y documentos precontractuales, tanto para la entidad pública contratante como para el contratista, en todas sus etapas. *Pérez, A (2008). Manual de Contratos del Estado.*

Todos los actores del sistema de contratación pública deben cumplir con las disposiciones que determinan en la ley, su Reglamento y Resoluciones que expide el SERCOP, además de las normativas relacionadas a la materia. Este principio es fundamental al hablar del derecho público pues tanto las instituciones como los funcionarios se rigen de forma sustancial a lo expresamente atribuido en razón de sus funciones, pues mientras en la norma no se prevea alguna potestad o algún procedimiento se verán restringidos de ejercer actividad alguna respecto de este principio. Y como ya se señala en nuestro código civil en el art 6 y 13 la ley se presume conocida por todos, el desconocimiento de la misma no eximirá a nadie de responsabilidad alguna, por tanto, al momento de establecerse un contrato se deberá contar con todas las garantías determinadas en las cláusulas para que se dé su validez.

Toda entidad contratante debe tener como pilar fundamental este principio pues no solamente se encuentra expresado en la ley sino también en nuestra norma suprema que es la Constitución de la República del Ecuador en su art 226 expresamente indica:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y en la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones específicas para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Se puede evidenciar que este principio rige no sólo a las instituciones sino también a los funcionarios que actúan en el ejercicio de una potestad estatal al servicio de la sociedad, lo cual significa que deben adherirse a lo que dispone el principio de legalidad, viéndose limitada cada una de sus actuaciones en este sentido, pues se rige a lo estrictamente permitido en el marco de la Ley, cabe mencionar que en el Derecho público la legalidad es el pilar fundamental para que las acciones administrativas velen sobre todo por una adecuada gestión en las funciones

atribuidas a ellos y de no cumplirse con tal disposición se establecerá la responsabilidad y sanción correspondiente.

El SERCOP si bien es la encargada de los procesos de contratación no tiene esta potestad de sancionar, no obstante, la Contraloría General del Estado es la entidad encargada del control y gestión de los recursos del Estado. De modo que este principio dentro del derecho público, limita el poder público y siempre estará presente dentro en los procesos de contratación pública.

4.11.2. Trato Justo.

Otro principio en las que se fundamenta la Contratación pública es el trato justo que no es otra cosa que los proveedores de obras, bienes y servicios deben tener acceso a contratar con el Estado en igualdad de condiciones prohibiendo así los privilegios o ventajas para con cualquier proveedor, de acuerdo al Manual de buenas prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador nos menciona que.

“Es el derecho que tienen todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se le dé a cada quien lo que le corresponde, y establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de ejecución entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, y evitando que los funcionarios públicos actúen con discrecionalidad y subjetividad”.

Acorde con lo que nos menciona el manual podemos decir que la administración pública con este principio debe propender a utilizar con todos los participantes en un proceso de contratación los mismos procedimientos para uno y para otro sin presentar ventajas o prerrogativas frente a algún proveedor, salvo justificación o especificación técnica y razonable prevista en la Ley.

Nuestra normativa contiene disposiciones que se direccionan a instituir una armonía en la relación precontractual y contractual entre el contratante y el proveedor evitando así que posibles funcionarios actúen discrecionalmente o perjudicando los intereses del Estado. Otro aspecto referente a este principio es la igualdad material y formal que reconoce nuestra Constitución

4.11.3. Principio de Igualdad.

Este principio exige que todos los oferentes o proveedores participen en la misma situación, contando con las mismas facilidades y realizando sus ofertas en base a los mismos términos de referencia, lo cual si no se cumple con esto se estaría incurriendo en discriminación injustificada y tampoco cumpliría con el principio del trato justo.

Para el Dr. Efraín Pérez en su libro de Derecho Administrativo señala que:

“no se pueden establecer diferencias entre los oferentes en un proceso contractual. Este principio enfatiza que los oferentes tienen igual condición entre ellos y ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley para ser adjudicados tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes”

Es así que este principio garantiza una uniformidad en el proceso de selección de ofertas y proveedores sin mirar su condición ya sea económica, política o social, simplemente deben observar y valerse en el cumplimiento irrestricto a lo señala la ley para entrar a ser proveedor del Estado por la calidad y costo de la obra, bien o servicio a prestar.

4.11.4. Principio de oportunidad.

Comprende todas las actuaciones de la Administración deben ser atendidas de forma oportuna y ágil, procurando satisfacer las necesidades de la colectividad, configurándose así la eficiencia y la eficacia con las que deben actuar los funcionarios públicos. De acuerdo a lo que señala el Código Orgánico Administrativo artículos 3 y 4 respectivamente expresan:

Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.

Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.

A mi juicio estos principios configuran el principio esencial de oportunidad al que la Administración Pública, en este caso la entidad contratante tiene que tender a garantizar los procesos de forma ágil y acertada para simplificar las formalidades dilatando así mucho de los procedimientos y dándolos por cancelados o declarados desiertos.

4.12. Régimen Especial.

Con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se articuló un régimen especial diferenciado del Régimen Común y los Procedimientos Dinámicos, lo cual dentro de la Ley solo se indican que contrataciones entrarán en esta sección, mas no la define es por ello que tomando la definición del autor Miño López:

“Son procedimientos de contratación que tienen el carácter de excepción, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el presidente de la República en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

que comprende a determinadas contrataciones” López, A. (2013). *Prácticas Anticompetitivas En La Contratación Del Sector Público*

Como lo menciona el autor este tipo de régimen se ve caracterizado por considerarse dentro de estos únicamente ciertos procedimientos precontractuales que se los realiza de forma directa según la naturaleza de la contratación que se efectúe, no obstante, también encontramos excepciones en las cuales se debe realizar convocatoria con los proveedores que la entidad contratante mismo elige o por concurrencia de determinado número de ofertas, es decir presenta criterios selectividad.

Los procedimientos del Régimen especial previstos en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública son los siguientes:

- Adquisición de fármacos;
- Seguridad interna y externa;
- Comunicación social;
- Asesoría y patrocinio jurídico (incluye consultas puntuales y específicas);
- Obra artística, literaria o científica;
- Bienes y servicios únicos en el mercado o con proveedor único;
- Repuestos y accesorios;
- Transporte correo interno e internacional;
- Contrataciones con empresa públicas de la comunidad internacional;
- Contratación interadministrativa (Estado con entidades del sector público);
- Giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias;
- Contrataciones que requiera el Banco Central del Ecuador;
- Contratación de sectores estratégicos;
- Contratos de instituciones del sistema financiero y de seguros;
- Contratación de seguros; y,
- Arrendamiento de bienes muebles.

Para llevar a cabo cualquiera de estas contrataciones la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado debe emitir el respectivo acto administrativo, debidamente motivado con las razones por la cuales se va a acoger a un procedimiento del régimen especial. La particularidad que rige a estos procedimientos es que las entidades contratantes no presupuestan de manera anticipada la adquisición de los bienes o servicios que se encuentran dentro de este régimen.

4.13. Etapas del Proceso de Contratación Pública.

4.13.1. Etapa Preparatoria

En el Manual de Contratación Pública se establece que esta fase incluirá la elaboración y modificación del Plan Anual de Contrataciones (PAC) donde los estudios de mercado, especificaciones técnicas y términos de referencia deberán ir acorde a las condiciones señaladas por la entidad contratante para adjudicar algún contrato. Esta etapa conforme el siguiente concepto es:

“La fase interna del proceso en donde la preparación del mismo se realiza dentro de la entidad, sin contar con la intervención de agentes externos. Todos los procesos de contratación deberán constar previamente en el PAC inicial o reformulado con las acepciones de las ínfimas cuantías no planificadas y las emergencias debidamente justificadas, los estudios previos traducidos en las especificaciones técnicas o los términos de referencia, la certificación presupuestaria, la elaboración y revisión de pliegos, finalizando con su aprobación y disposición de la máxima autoridad de publicar el proceso en el portal informático de compras públicas”. Dávila. P 2019 Estudios Previos Y La Etapa Preparatoria (Pág. 20).

En esta primera fase del proceso como lo indica este autor se analizarán los estudios y diseños junto con los planos, cálculos y especificaciones técnicas vinculadas al Plan anual de Contratación de la entidad, los cuales se deben presentar de forma obligatoria para su contratación y posterior inicio del proceso contractual. Para esto de igual forma se debe presentar el presupuesto referencial en base a los bienes o servicios que vayan a ser adquiridos y las especificaciones técnicas que observarán para cumplir con cada uno de los términos de referencia en los que se adquirirán algún bien o servicio. Los pliegos así mismo son fundamentales en esta fase pues contiene toda la información técnica, económica, y legal para cualquier tipo de contratación, establecidos en el marco de las condiciones que la ley dispone.

4.13.1.1 Estudios

Los estudios abarcan en antes en un inicio del procedimiento contractual con el Estado, lo cual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los diseños, planos, cálculos y especificaciones técnicas debidamente aprobados por las instancias correspondientes, ligados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

Para Antonio José Pérez los estudios son: “*la determinación clara del objeto de la contratación, los cuales permiten determinar con claridad y precisión qué desea contratar la entidad*”. Este autor indica que, en base a este requisito, en la contratación podrá verificarse la

proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a los parámetros establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

4.13.1.2. Presupuesto Referencial

Este elemento sin duda es esencial como punto de partida para una contratación pues se debe certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación que constan en el Plan Anual de Contrataciones cuyo cometido se encuentra en manos del director financiero de la Entidad Contratante o a quien haga sus veces. La certificación incluirá la información relacionada con las partidas presupuestarias o los fondos a los que se aplicará el gasto.

En concordancia con lo que nos establece la LOSNCP encontramos que en los art 115 y 111 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas la certificación presupuestaria: *“ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”* así mismo en el siguiente artículo se establece los compromisos mencionando que: los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.

En el reglamento a la LOSNCP se estipula en el art 27.1 un informe de pertinencia en el cual la entidad contratante debe solicitar a la Contraloría General del Estado un informe de pertinencia para dicha contratación, previo al inicio de la fase precontractual del proceso de contratación pública. El contenido de este informe contendrá la determinación de la pertinencia y favorabilidad de acuerdo a toda la información consignada por la entidad contratante.

4.13.1.3. Especificaciones Técnicas

En este componente se entiende a las especificaciones técnicas como aquellas características fundamentales que deberán cumplir los bienes y rubros requeridos para ser adquiridos conforme a las condiciones económicas, legales y contractuales. Las especificaciones se establecerán en base a: propiedades de uso y empleo, características fundamentales, requisitos funcionales o tecnológicos, atender conceptos de capacidad, calidad y rendimiento además que las especificaciones deberán ser claras, completas e inequívocas, además deberán ser entregadas con anticipación al oferente con el cual se ha llegado a un acuerdo para que de al forma el mismo elabore la oferta que más se adecue a los bienes que se busca adquirir y los términos de referencia en el caso de servicios que se vaya a ofrecer todo esto según lo que la entidad solicite en las especificaciones técnicas que deben cumplir los oferentes para poder participar .

4.13.1.4. Pliegos

En la LOSNCP en el artículo 6, numeral 24 se define a los pliegos como: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública, cabe señalar que son públicos y de acceso gratuito, los cuales se establecerán en relación a lo que señala el reglamento a esta ley que son:

- Condiciones más ventajosas para la ejecución de la obra, o adquisición de un servicio.
- Propender la eficacia, eficiencia calidad de obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.
- Serán obligatorios los modelos y formatos precontractuales establecidos por el SERCOP.
- Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.
- Las preguntas, respuestas o aclaraciones y las modificaciones serán publicados a través del Sistema Oficial de Contratación Pública.

Otro aspecto importante dentro de los pliegos es que la entidad contratante no puede eludir ninguna de las reglas que se establecen para los pliegos, tomando de referencia lo que nos dice el Roberto Dromi respecto de las cláusulas del pliego:

“las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, son obligatorias para todos, incluso para la propia Administración; las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver los problemas que se planteen”

En otras palabras, cada actuación en materia de contratación debe regirse a las condiciones que se requiere de conformidad con la ley y el reglamento para que posteriormente no exista ninguna irregularidad principalmente por haber prescindido de solemnidades o procedimientos donde se obedece sobre todo a cada uno de los principios que rigen la contratación y a los fines que busca la Administración con la realización de contrataciones de bienes o servicios.

4.13.2 Etapa Precontractual de la Contratación Pública.

De acuerdo al Dr. William López Arévalo define a la etapa precontractual señalando que:

“Constituye la realización del proceso de selección con base en los pliegos, en los que se ha establecido el objeto del contrato a realizar y los criterios objetivos para la escogencia del contratista”. (2018, p. 27) *Tratado de contratación pública*.

Conforme lo señala este autor Una vez aprobadas cada uno de los requisitos establecidos en la etapa preparatoria los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante, y viceversa la entidad contratante podrá solicitar al convocante que convalide errores de forma o errores de naturaleza convalidable para que entren en la evaluación de ofertas, cabe mencionar que los plazos y los procedimientos para formular este tipo de aclaraciones o preguntas deben presentarse en el tiempo establecido en los pliegos, todo esto en base a lo que nos expresa la (LOSNC) en el art 31 las cuales serán publicadas en el portal de Compras Públicas.

En la evaluación de las ofertas la misma dependerá de si cumple con los requisitos previstos en los pliegos para la adjudicación del contrato o para la declaratoria de desierto en caso de no cumplir con las condiciones requeridas. Al referirnos a la adjudicación hablamos de aquel acto administrativo que declara la voluntad de la entidad y se exterioriza mediante la resolución administrativa donde se adjudica la ejecución de la obra o servicio para la cual se convocó.

Una vez que ya se determine el inicio del procedimiento precontractual la máxima autoridad o su delegado deberá emitir la resolución motivada del inicio del proceso la cual consta de dos partes:

1. la parte considerativa: la cual abarca las necesidades o requerimientos de la entidad contratante, así como los antecedentes y la base constitucional y legal.
2. la parte resolutive: la máxima autoridad o su delegado aprobará al menos: los pliegos y la disposición del inicio del proceso; conformación de la comisión técnica, en caso de ser necesario y la publicación de los pliegos en el portal y de la invitación y/o convocatorias.

De este modo para tener una noción más clara de lo que engloba la adjudicación tomaremos el concepto de Enrique Solano Sierra que nos menciona que:

“se constituye en manifestación de voluntad de entidad pública al decidir cuál propuesta es la más conveniente o favorable de acuerdo con los criterios de selección y fines de la contratación y la declara aceptada. la selección de la propuesta implica en principio, la aceptación, y consiguientemente, el acto de adjudicación”

Bajo esta definición lo que engloba el acto administrativo de adjudicación es la voluntad de la entidad contratante y los efectos jurídicos que surtirán por consiguiente es fundamental que este acto administrativo goce de validez que de acuerdo al Código Orgánico administrativo debe contener la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad, así como la posibilidad de ser impugnado. Por tanto, también deben observar los criterios en los cuales se fundamenta la adjudicación que en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Compras Públicas mismo señala en el art 6 numerales 17,18 y 19 los requisitos a cumplir:

ART 6

#17. Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

Esta condición es dada en razón de si los bienes o servicios cumplen con las especificaciones y requerimientos técnicos, económicos y legales en los pliegos en atención al precio más bajo, algo que acotar dentro de este numeral es lo que se entiende por normalizados y es menester señalar que son aquellos bienes o servicios estandarizados o categorizados para poder adquirirlos mediante el procedimiento correspondiente.

#18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.

En este numeral ya se añade el mejor costo en obras, bienes y servicios no normalizados lo cual a diferencia del anterior numeral no se puede optar únicamente por montos bajos sino por condiciones de calidad en los materiales principalmente para el tema de obras y al no existir estándares en los mismos, los parámetros deberán ajustarse a una evaluación y calificación en miras de una oferta competitiva entre el precio y la calidad.

#19. Mejor Costo en Consultoría: Criterio de "Calidad y Costo" con el que se adjudicaron los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.

Para este numeral ya se señala cuáles serán los requisitos a observar en la adjudicación de los contratos de consultoría indicando que el costo podría llegar a superarse en un 20% a lo establecido, pues lo que primara es la calidad de cada consultor que vaya a prestar sus servicios, aquí se dará mayor importancia a los conocimientos, título y experiencia que tenga el consultor para efectos de precisar su capacidad para poder ejecutar el contrato.

En síntesis, podemos decir que para adjudicar cualquier tipo de contrato debe verificarse las condiciones a cumplir para no caer en obras o servicios que posteriormente a más de causar un perjuicio en el ámbito económico a la sociedad puede ocasionar disgustos para los que acceden a estos servicios, por tanto, es fundamental que en los pliegos se precisen cada uno de los indicadores que deben observar para garantizar la prestación de una obra, bien o servicio de forma idónea y oportuna.

En esta etapa a más de verificar si cumple y se adjudica el contrato también encontramos la otra cara de la moneda al no cumplir con los requisitos previstos o exista alguna inconsistencia en los documentos habilitantes, de tal manera que se puede declarar desierto el procedimiento ya sea total o parcial por las diferentes causales que se señalan en el art 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas estas son:

a. Por no haberse presentado oferta alguna;

Aquí podría tratarse de la falta de publicidad del procedimiento o simplemente porque no existe interés alguno por parte de los proveedores para participar en estas ofertas

b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;

La inhabilidad se puede dar porque quizás en la convalidación de errores en los pliegos no se los presento en el tiempo ni en la forma correspondiente y si es que es una sola la entidad puede declararlo desierto al procedimiento sin que el oferente luego presente reclamo alguno, todo esto de conformidad con lo que establece la Ley

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;

Este motivo se basa en precautelar el interés de la colectividad, es decir los estudios y especificaciones técnicas presentadas deben sustentarse en lo más conveniente para el país y estrictamente lo solicitado en los pliegos ya que si se presenta una oferta con alguna imprecisión dentro de los documentos previos por parte del oferente, la máxima autoridad o su delegado expondrá de manera motivada cuales son estas inconsistencias y declarará desierto el proceso.

d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de esta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido.

En relación con el literal anterior aquí a más de ya señalar las razones en las que se funda para declarar desierto el procedimiento es claro en precisar que esto no detiene que el adjudicatario rechace esta decisión y tome las acciones legalmente correspondientes para que no se declare desierto el procedimiento, impugnando el correspondiente acto administrativo que emita la máxima autoridad.

e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.

En este literal la entidad contratante lo declara desierto por razones imputables al adjudicatario como lo es que no se firme el contrato dentro de los quince días que dispones, por tanto, es obligación del adjudicatario continuar con los trámites correspondientes.

En relación a lo que indica la ley cualquier proceso puede finalizar con una declaratoria de desierto en el caso de incurrir en cualquiera de estas causales de tal manera que vemos un apego irrestricto a la norma para la ejecución de un contrato, y como se evidencia los motivos son ajenos a la entidad contratante y esto no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes de conformidad con lo que determina la Ley.

4.13.3. Etapa contractual y de ejecución.

Una vez definida y establecida el acuerdo de voluntades entre las partes comprendido por la firma del contrato dentro del término de quince días para su formalización, en esta etapa la entidad contratante designará un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de este acuerdo de voluntades.

En esta fase de igual forma deberán constar las garantías de fiel cumplimiento que se protocolizarán ante el Notario Público y estos correrán por la cuenta del contratista, en el Reglamento a la LOSNCP mismo se prevé el termino para suscribir el contrato y precisamente en el art 113 en su segundo inciso expresa que:

Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de **quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación**, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación.

Teniendo en cuenta este señalamiento cabe mencionar que el adjudicatario no podrá exceder de este término pues de no formalizar el contrato se declarara al adjudicatario como fallido y esto le impedirá que nuevamente suscriba contratos con el Estado, suspendiendo así mismo del RUP, únicamente en los casos que en este mismo inciso señala que son los consorcios y asociaciones existirá una excepción aumentando el tiempo previsto para para formalizar el contrato, con los documentos habilitantes y la respectiva comparecencia de cada una de las partes.

En la etapa contractual también consta como en todo contrato las cláusulas de carácter obligatorias y aquí también la ley es clara al determinar cuáles no pueden faltar en ningún contrato administrativo referente sobre todo a las multas que se establecerán en los casos de retardo e incumplimiento del mismo. De esta forma el autor Jaramillo Herman expresa:

“La administración para lograr la ejecución oportuna de un contrato, puede imponer unilateralmente sanciones pecuniarias del contratista. Mediante la estipulación de esta cláusula la multa sirve para conminar al contratista a que se someta estrictamente al cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con los plazos previstos o cuando ocurra mora o incumplimiento parcial del contrato”

De tal manera que en base a lo que menciona este autor la multa cumple un rol inequívoco y de carácter obligatorio para la formalización del contrato, impuesto esencialmente por la parte contratante.

Para esto la en la LOSNCP en el art 71 señala que:

“(…) Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

(…) Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”.

Como lo indica este artículo las cláusulas referentes a las multas irán de manera obligatoria calculadas en razón del porcentaje que falte por realizarse de la obra, prestación del servicio o consultoría que se contrate, por cada día de mora en las obligaciones contractuales, otro punto a mencionar es que en caso de que el retraso de las entregas se vea justificada por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito comprobadas por el contratista y autorizados por la entidad contratante, están serán aceptadas. Así mismo se indica que si el contratista no se encuentra conforme con las multas impuestas puede impugnarlas en sede administrativa y judicial, así como acudir al arbitraje por las multas impuestas.

4.14. Derecho comparado

Para sustentar el presente trabajo de investigación no basta con la legislación que se encuentra vigente, sino que esto nos sirve como sustento para verificar con otras legislaciones lo que sucede en los procesos de contratación bajo un régimen especial y para esto citamos dos normativas la española y la chilena.

4.14.1. Legislación española:

En la normativa española encontramos la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público donde en la sección 2ª de Negocios y Contratos Excluidos nos detalla aquellos contratos que se regulara por normativa especial y únicamente se registrarán por esta ley aquellas dudas y lagunas que se presentasen en caso de controversia estos contratos son: 1.- los relacionados con la defensa y seguridad, 2.- convenios y encomiendas de gestión; 3.- los celebrados en el ámbito internacional; 4.- los relacionados con el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación; los que se presenten en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial; 5.- los del ámbito financiero. Lo cual dentro de la Ley 30/ 2017 encontramos en el capítulo II “De los contratos del Sector Público” los tipos de contratos que contiene son los de obra, concesiones de obras públicas, contratos de gestión de servicios públicos, de suministros, mixtos y de colaboración entre sectores públicos, pero en los casos del Régimen Especial, España puntualiza que solo los servicios de radiodifusión, telecomunicaciones y aquellos que no se regulen por la Ley de Contratos públicos, se harán bajo este modo.

Si lo comparamos con lo que dispuesto en nuestra normativa aquí las contrataciones por este régimen se dan en comunicación social, adquisición de fármacos, seguridad interna y externa, asesoría y patrocinio jurídico, repuestos y accesorios, obras o actividades literarias y artísticas, bienes y servicios únicos, las que se realicen con sectores estratégicos y las que se den con instituciones financieras y de seguros del Estado. Por lo tanto, vemos que en algunas contrataciones la legislación española mantiene leyes para determinados contratos diferente a que nosotros en nuestra normativa recopilamos en un solo articulado aquellos diez casos en los que se someterán al Régimen especial, donde a pesar de que se señala aquellos contratos que irán dentro de este régimen su desarrollo debe ir acorde al reglamento dispuesto por el presidente de la República para llevar a cabo la ejecución de dichos contratos bajo el Régimen Especial, cosa que en las leyes españolas no sucede pues dentro de donde se regula cada tipo de contrato se encuentra como se efectuaran sin que se apruebe algún reglamento por el ejecutivo únicamente con la ley que se encuentra ya expedida se regulara y se realizara cada procedimiento de acuerdo a tipo a contrato al que se refiriese.

En lo respecta a la creación de las leyes españolas más que regular cada contratación van en busca de fortalecer las medidas de transparencia e integridad a través de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación que se encomienda a esta institución de verificar las obligaciones de transparencia relativas al conflicto de intereses y a detectar cualquier irregularidad que se presenten en el modo de contratar. Asemejando con la

institución encargada de la verificación de los contratos que se adjudican desde la fase precontractual es la Contraloría General del Estado como máximo órgano de control, fiscalización y auditoría del Estado, la cual examina y se encargar de verificar que todos y cada uno de los procedimientos se hayan llevado a cabo en el modo y forma en como lo determina la ley asegurando la correcta administración de los fondos públicos y la correspondiente administración que les dio cada uno de los funcionarios.

4.14.2. Legislación Peruana

En la regulación que Perú tiene frente a la contratación pública encontramos la Ley de Contrataciones del Estado y aquí los procesos de contratación no se encuentran regulados por regímenes como es el caso del Ecuador sino por los tipos de procedimientos que se darán ya sea a través de Licitación pública y concurso público, Adjudicación directa y Adjudicación de menor cuantía. Y dentro del mismo capítulo de los procesos de selección nos señala también aquellos que se encuentran exonerados de los procesos de selección, expresando Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen: Entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú; Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional; Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal; Con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República. Cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor; y, Para los servicios personalísimos con la debida sustentación objetiva. El Reglamento establecerá las formalidades, condiciones y requisitos complementarios que corresponden a cada una de las causales de exoneración.

De esta forma se puede acotar que a pesar de que se encuentra regulado de una forma distinta a la específica en nuestro país ciertas características si se presentan de manera similar cuando se realice una contratación ya sea por alguna situación de emergencia, desabastecimiento de insumos, orden interno que se suscite en la seguridad interna de país y cuando se presente

alguna situación de protección de derecho y exista u único proveedor, de esta manera se puede señalar que la exoneración de estos procesos tal y como lo determina la Ley de Contrataciones del Estado Peruana busca al igual que a través de este supuesto establecido realizar una contratación más simplificada acogiéndose a una contratación directa en los presentes casos limitándose a que remedie el evento producido, atender los requerimiento generados de tal evento y satisfacer las necesidades sobrevenidas de estos eventos. Además es imprescindible mencionar que para la ejecución de un contrato a través de estos mecanismos el control que va primero por el Titular de la Entidad, donde recaerá la responsabilidad por el cumplimiento de los requisitos para estos procesos, así mismo en el reglamento de esta ley, se establece que de forma obligatoria se remitirá a la Contraloría General de la Republica para el respectivo control en los informes técnicos y legales que sustenten este tipo de procesos, y junto con el Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE) son los encargados del control, este último como organismo técnico el cual vela por el cumplimiento de la normativa por parte de las entidades que vayan a realizar una contratación.

4.14.3. Legislación Colombiana

En la normativa colombiana en su Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 numeral 3 contempla los procesos en los cuales se realizara una contratación directa, que en nuestra legislación son aquellos procesos que se encuentran dentro de un régimen especial, los convenios que la regulación de Colombia señala son los contratos donde exista una urgencia manifiesta, contratos y convenios interadministrativos; los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la contratación de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; el arrendamiento o adquisición de inmuebles, contratación de empréstitos, la contratación de bienes y servicios en el sector defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, que necesiten reserva para su adquisición; los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público; la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición; la selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

En comparación con nuestra normativa legal vigente en cada uno de los procesos que acabamos de mencionar se regulan bajo un régimen especial en el caso del Ecuador y no bajo el tipo de contratación, pues en nuestro caso la regulación ecuatoriana abarca todos estos

contratos en diferentes tipos de contratación no solo bajo la contratación directa a pesar que se mantienen bajo un régimen especial. El tipo de contratación puede variar a diferencia de cómo es el caso de la legislación colombiana que vemos que se abarcan en el tipo de contratación directa pero que si contrastamos cada uno de estos contratos vemos que se dan por parámetros semejantes a lo que en la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Compras Publicas junto con su reglamento también incluyen, así mismo en los criterios de selección de este procedimiento vemos que la normativa del país vecino establece en su ley 80 de 1993 el deber de selección objetiva a través de los parámetros prestablecidos para el ofrecimiento mas favorable y que satisfaga las necesidades de las entidades que se acojan a estas modalidades de selección en estricta observancia a la motivación que debe existir para acogerse a este tipo de contratación en el caso de Colombia, donde el Ecuador de igual manera en su regulación para acogerse un régimen especial de contratación expresa que debe enmarcarse en la presentación de un informe debidamente motivado con las razones por las cuales busca realizar una contratación bajo esta modalidad, debiendo la Contraloría emitir un informe de pertinencia favorable para dar paso a esta solicitud de realizar un procedimiento de régimen especial.

5 Metodología.

5.1 Métodos.

En el proceso de investigación socio jurídico se aplicará los siguientes métodos:

Método Científico: Es un conjunto de pasos ordenados que se utilizan para adquirir nuevos conocimientos. Para poder ser calificado como científico debe basarse en el empirismo, en la medición y, además, debe estar sujeto a la razón, parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, para establecer los caracteres generales y específicos. Se aplicó en el desarrollo del marco conceptual, doctrinario, discusión.

Método Inductivo: Plantea un razonamiento ascendente que fluye de lo particular o individual hasta lo general. Es un proceso sistemático a través del cual se parte del estudio del hecho y fenómenos que ocurre en la naturaleza, la sociedad para luego llegar a las generalizaciones, es decir es un método que partiendo de una proposición particular infiere una afirmación de dilatación universal; razonamiento que va de lo particular a lo general, con ello se concreta el establecimiento de conclusiones generales, aplicado concretamente en la revisión de literatura marco conceptual y doctrinario.

Método Deductivo: El método deductivo consiste en extraer una conclusión con base en una premisa o a una serie de proposiciones que se asumen como verdaderas. Mediante este

método, se va de lo general (como leyes o principios) a lo particular (la realidad de un caso concreto). Dentro de la investigación lo podemos encontrar sobre la normativa ecuatoriana y dentro del estudio de casos y en los resultados.

Método Analítico - Sintético: Es un modelo de estudio científico basado en la experimentación directa y la lógica empírica. Es el más frecuentemente empleado en las ciencias. Este método analizar el fenómeno que estudia, es decir, lo descompone en sus elementos básicos. Afirma que para entender dicho fenómeno es fundamental separarlo en sus partes. Se aplicó a lo largo de la investigación, pero con más énfasis en los resultados tras la representación de los datos recolectados en las encuestas y entrevistas.

Método Exegético: se basa en el concepto de que el fin de toda norma depende única y exclusivamente de la voluntad del legislador, el cual dentro de sus funciones está la de fijar los objetivos de la sociedad y controlar los actos de los individuos propios de esta, por medio de la ley.

Método Hermenéutico: Se basa en la idea de que en toda comprensión se da una relación circular entre lo general y lo particular que no puede ser cubierta con un esquema de subsunción. La hermenéutica jurídica tiene como finalidad la interpretación de textos jurídicos, presentando los principios para comprender su verdadero significado, siendo por tanto la interpretación del espíritu de la ley. lo podemos encontrar dentro del parámetro discusión al demostrar tanto los objetivos como la hipótesis.

Método comparativo: Es un método de análisis que consiste en discurrir dos realidades legales en Derecho Comparado, en que se da el estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes, permitiendo contrastar dos realidades legales y lograr un viable acercamiento a una norma que está prestando aspectos trascendentales en otro país. Este método se lo encuentra en el Derecho Comparado.

Método estadístico: Consiste en una serie de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Dicho manejo de datos tiene como objetivo la comprobación, en una parte de la realidad de una o varias consecuencias verticales deducidas de la investigación, aplicado en el acápite de resultados concretamente en la representación gráfica

5.2 Técnica.

Técnicas de acopio teórico documental: Que sirven para la recolección bibliográfica, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas.

Técnicas de acopio empírico: También conocidas como investigación de campo.

Observación documental: Estudio de documentos que aportaran a la investigación y que para la misma se utilizó el estudio de casos judiciales más relevantes en el país dentro de lo que concierne la materia de compras públicas. Así mismo, datos estadísticos que sirven para la demostración y fundamentación del trabajo de integración curricular.

Encuesta: Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Que en este caso será la aplicación de 30 encuestas.

Entrevista: consiste en un dialogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio se realizará a 5 personas especialistas conocedoras de la problemática.

Herramientas: Grabadora, cuaderno de apuntes, retroproyector, fichas.

Materiales: Libros, diccionarios jurídicos, manuales, leyes, linkografías.

Los resultados de la investigación se presentan en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que se utilizó para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, para desarrollar las conclusiones y recomendaciones enfocadas a la solución del problema planteado.

6. Resultados.

6.1 Resultados de la encuesta.

Conforme lo previsto en mi proyecto de investigación utilice la técnica de la encuesta en el presente trabajo de investigación, en el número de treinta con un contenido de seis preguntas dirigida a obtener los diferentes criterios de diferentes profesionales del derecho de la ciudad de Loja. A continuación, me permitiré realizar el análisis e interpretación de los resultados obtenidos.

Primera pregunta: ¿Considera usted que La Ley orgánica del Sistema Nacional de contratación pública es clara al precisar en su art 2 que contrataciones se realizaran bajo el Régimen Especial?

Tabla Nro. 1

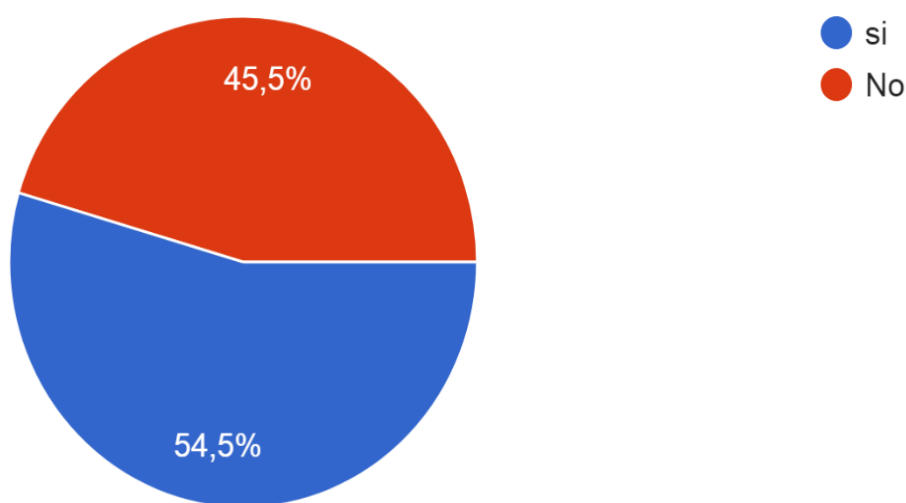
Cuadro Estadístico Nro. 1

<i>Indicadores</i>	Variable	Porcentaje
<i>SI</i>	18	54.5%

<i>NO</i>	12	45.5%
<i>TOTAL</i>	30	100.00%
Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos		

Figura Nro. 1

Representación Gráfica



Interpretación:

Tal como se puede visualizar dentro del cuadro estadístico y en la representación gráfica, el resultado obtenido de treinta encuestas realizadas a los distintos profesionales del Derecho se puede deducir que el 54,5% de los encuestados señalan que si es clara la ley respecto de los contratos que se puede realizar bajo el régimen especial mientras que un 45,5% afirman que no es claro el artículo al señalar las contrataciones que se realizarán bajo este Régimen Especial, de tal manera que es evidente que existe un poco de desconocimiento referente a los que desconocen acerca de lo que estipula el artículo dos de la Ley Orgánica de Servicio Nacional de Compras Públicas y así mismo inconformidad de que sea clara debido a que si bien en art 2 de la LOSNCP indica los contratos que se encuentran en el régimen especial existe también otros procedimientos que prevén iguales contratos bajo otras modalidades, de tal manera que es menester conocer acerca de las contrataciones que se realizan bajo el régimen especial lo cual es un factor que influye muchas de las veces para emitir un criterio de si las contrataciones

que realiza el Estado se sujetan de manera rigurosa a lo que establece la ley y nuestra norma suprema y así se pueda cumplir con uno de los fines que tanto la constitución como la ley señalan que deben existir para la correcta redistribución de los fondos públicos. Para que la gestión efectuada por las diversas autoridades no se distorsione por malas interpretaciones o por disposiciones dadas que no sean claras y les permita efectuar el control y la vigilancia que en materia económica tanto se necesita para que no exista la desviación o malversación de fondos públicos.

Análisis:

Respecto al gráfico es evidente que las personas difieren respecto de que si las contrataciones dadas en este artículo son precisas y en base a las respuestas observamos que los encuestados en su mayoría mencionan que si se precisa que contrataciones se realizaran bajo este Régimen pues como lo señala en el art 2 ciertas contrataciones puntuales son las que únicamente se darán bajo esta modalidad, y en su reglamento de igual forma se establece el modo y la forma en cómo se adjudicara cualquier tipo de contrato que se encuentre señalado dentro del procedimiento del Régimen especial de Contrataciones, mientras que el porcentaje resultante indica que este articulado carece de precisión al señalar las contrataciones que se darán en tal procedimiento debido a que señalan que si bien algunos de estos contratos ya se encuentran en otros procedimientos se puede llegar a un confusión como es el caso de los procedimientos especiales que se dan en una situación de fuerza mayor o caso fortuito que de igual forma se establece por el presidencia, de forma que podemos asumir que existe cierta similitud entre estos procedimientos lo cual produce que tanto los procedimientos para régimen especial señalados en el art 2 de la LOSNCP no los consideren claros. En este aspecto que involucra a algunos contratos dentro de otros procedimientos.

Segunda pregunta: ¿Conoce para que fin se prevé un régimen especial en los procesos de contratación el Servicio Nacional de Compras Públicas?

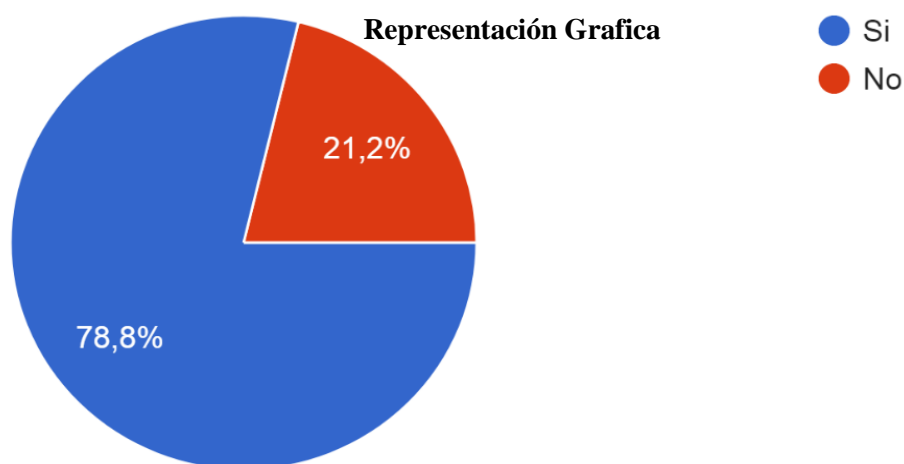
Tabla Nro. 2

Cuadro Estadístico N° 2

Indicadores	Variable	Porcentaje
SI	26	78.8%
NO	4	21.2%

TOTAL	30	100.00%
Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos		

Figura Nro. 2



Interpretación:

Como se observa en el cuadro estadístico y en la representación gráfico de los 30 encuestados el 78.8% respondieron favorablemente al preguntarles si conocen con qué fin se prevé este régimen especial mencionando que se da para contrataciones que se efectúen bajo criterios de selectividad, de forma motivada en un determinado tiempo que es más corto que el resto de los procedimientos y cuya característica en este tipo de contratación es que los procesos no son concursables, ya que la contratación se la realiza de manera directa y de acuerdo a la naturaleza de la contratación se podrá presentar toda la documentación necesaria tanto técnica como económica que justifique la misma, mientras que el porcentaje correspondiente al 21.2% de los encuestados señala que no conocen cual es la finalidad principal que se prevé en un régimen especial de contratación pública, pues estas respuestas son dadas en base al desconocimiento que tienen referente a esta materia al tratarse en primer lugar de que los temas referentes a contratación pública no es un tema de común trascendencia del que día a día se hable o se trate inclusive, debido a que los principales temas jurídicos que se abordan en nuestra sociedad, pues lo que más prima diariamente son asuntos en el ámbito penal o civil de forma que resulta un factor desencadenante de un desconocimiento en estos asuntos y les resulta complejo adentrarse a estos temas por llevar consigo un estudio tanto económico, técnico y finalmente legal donde se debe tener un amplio y basto conocimiento para abordar estos temas

referente a la contratación pública y más existe leyes conexas que tratan el desarrollo de los procedimientos existentes como lo es el del régimen especial que para contratación si bien se encuentran en un solo procedimiento existe un reglamento en el que se lleva a cabo la forma en como han de contratar cada uno de los bienes, obras o servicios que prevé el artículo dos de la LOSNCP.

Análisis:

Conforme a las respuestas dadas por los profesionales el derecho es evidente que por su trayectoria y sus amplios conocimientos dados en la profesión conocen acerca de la finalidad que se buscan con esta modalidad de contratación, es así que profundizando mas en la presente pregunta es de vital importancia señalar que este régimen, es un procedimiento precontractual que se da cuando una entidad inicia un procedimiento de contratación ya sea de bienes, obras o servicios específicos, se denomina especial por darse de manera específica por resolución motivada ante la necesidad de acogerse a este procedimiento y por la selectividad tanto en proveedores como en los criterios de los pliegos para contratar en lo cual los encuestados en su mayoría son conocedores de esto y se evidencia al dar una respuesta afirmativa referente a esta pregunta mientras que los que dan una respuesta contraria lo señalan una vez más por el desconocimiento de la misma, en lo cual considero un poco lamentable puesto que en profesionales del derecho todos deberían ampliarse a conocer estos temas que aunque son muy connotados en las noticias pocos abogados se dedican a conocer a fondo acerca de los temas de la contratación pública, de tal forma que podemos deducir que el régimen especial se establece para una circunstancia de necesidad prioritaria para lo cual en estas contrataciones deben ser revisadas con mayor énfasis en la necesidad de satisfacer el problema en que se fundamenta para acogerse a un procedimiento de régimen especial, en el cual se debe presentar la documentación necesaria y precisa que pueda justificar su realización.

Tercera pregunta: ¿Considera usted que existen falencias en las contrataciones de Régimen Especial que el Estado realiza?

Tabla Nro. 3

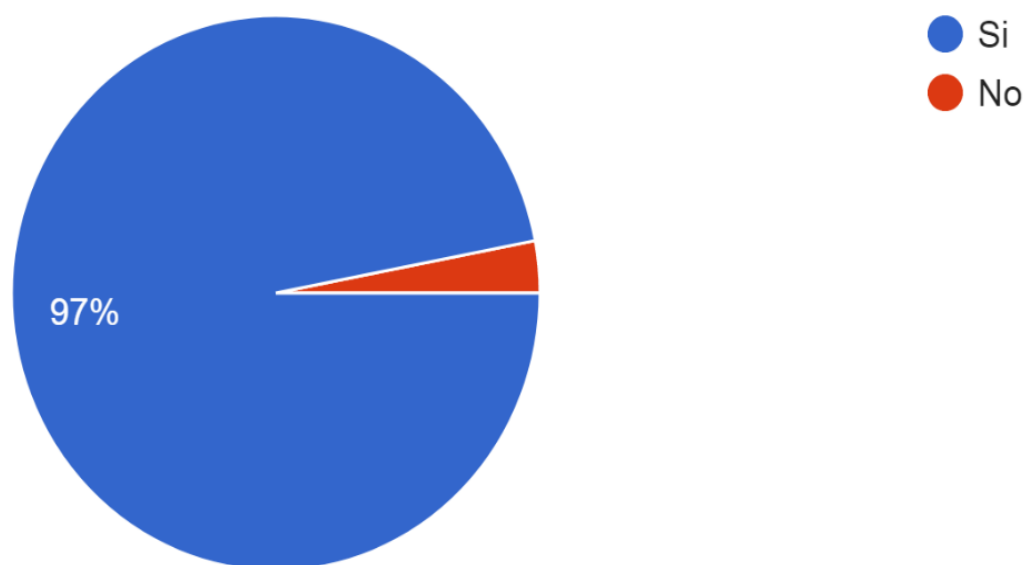
Cuadro Estadístico Nro. 3

Indicadores	Variable	Porcentaje
<i>SI</i>	27	97%
<i>NO</i>	3	3%

TOTAL	30	100.00%
Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja. Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos		

Figura Nro. 3

Representación Grafica



Interpretación:

En la presente pregunta en la tabla estadística visualizamos una mayoría en las respuestas afirmativas que dentro de la representación gráfica es notorio que las respuestas positivas frente a esta pregunta son en su totalidad un 97% indicando que si existen falencias al momento de realizar una contratación bajo el Régimen Especial y una respuesta correspondiente al 3% señala que no esto de un total de treinta encuestados, los que en sus diferentes respuestas argumentan que al ser un régimen especial que trae consigo criterios de selectividad para adjudicar cualquiera de los contratos que se determinan dentro de este régimen como lo es el informe motivado de necesidad para acogerse a este procedimiento, la agilidad y confidencialidad del mismo con la convocatoria de los proveedores que participarán de este proceso que se realiza de forma directa en muchos de los casos de estos contratos que se dan en el presente régimen especial. Quienes dieron respuesta negativas es decir indicando que no existen falencias lo señalaron en base a que el sistema de contratación es decir el funcionamiento corresponde al gobierno de turno que se encuentra al frente, y manifestaron que

actualmente no se ha presentado esos problemas más sin embargo en gobiernos anteriores las falencias se originaban no por falta de normativa o inobservancia, sino por cumplir con disposiciones que venían del ejecutivo para que se realice alguna obra, bien o servicio que hoy por hoy se escucha que presentan inconsistencias e irregularidades.

Análisis:

De acuerdo a lo que muestran las estadísticas es evidente que hay falencias que han acontecido en los últimos años respecto de las contrataciones que el Estado realiza y sobre todo las hechas bajo este Régimen especial pues como ya conocemos el presente régimen se lo aplica de manera fundada de las razones por las cuales no se puede acoger a los demás procedimientos previstos en la ley, distinguiéndose de los demás por excepcionarse de ciertos requisitos como los pliegos, el RUP, estudios de desagregación tecnológica, compras de inclusión, participación local y la publicación en el portal y compras públicas, de tal manera que la máxima autoridad es quien tiene la potestad de celebrar o delegar a alguien que celebre las contrataciones del régimen especial referente a las contrataciones especiales para las cuales se observara un criterio de selectividad que puede quedar a discrecionalidad del mismo, lo que a juicio personal esto conlleva a que los funcionarios y la institución a lo interno haga un manejo a su conveniencia o contraviniendo las disposiciones legales que velan por la correcta redistribución de los fondos públicos para cualquier obra, bien o servicio, de forma que esto también desemboca en la poca credibilidad a las instituciones de control y fiscalización que deben velar por los intereses del pueblo ecuatoriano, pero que no se lo ejecuta de tal manera pues a diario se evidencia en las noticias un nuevo caso de corrupción donde los sobrepagos, los sobornos y todo lo que envuelve a la corrupción es pan de cada día principalmente en lo que involucra a los procesos de contrataciones en el Ecuador y más aún si son los hechos bajo este Régimen Especial, por lo que se llega a la conclusión que no es problema de la ley, sino más bien de quienes están encargados de aplicarlas, por lo que se considera que los mismos deban ser altamente capacitados no solo en conocimientos sino también en valores, ya que manejan fondos públicos pertenecientes a todos los ciudadanos ecuatorianos y se deben manejar los mismos con mucha delicadez y sobre todo con responsabilidad .

Cuarta pregunta: ¿Considera usted que, a través del Régimen Especial de contratación pública existe más posibilidades de desviar los fondos públicos?

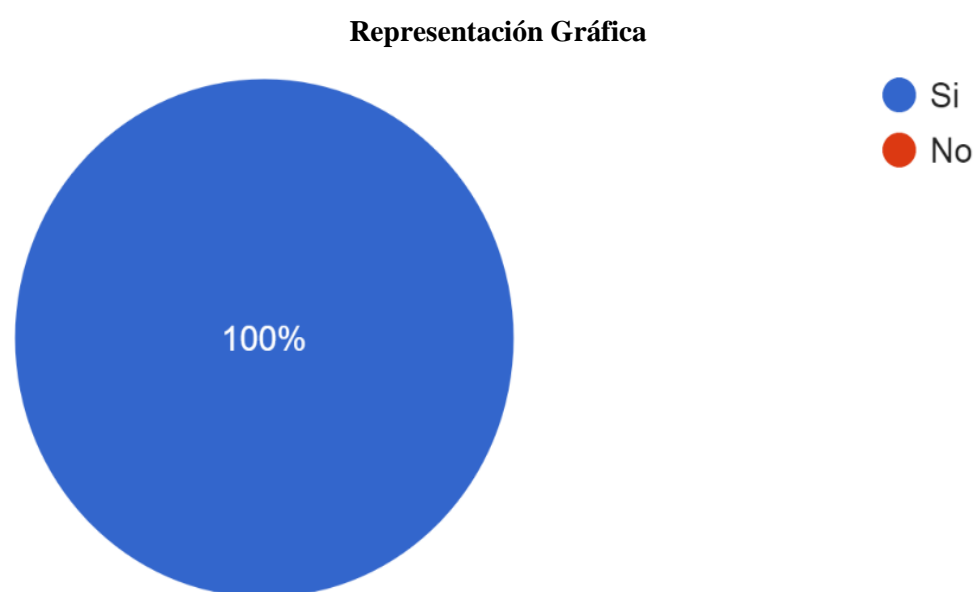
Tabla Nro. 4

Cuadro Estadístico Nro. 4

Indicadores	Variable	Porcentaje
<i>SI</i>	30	100%
<i>NO</i>	0	0%
<i>TOTAL</i>	30	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.
Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos

Figura Nro. 4



Interpretación:

En referencia a esta pregunta se puede observar que tanto en la representación gráfica como en el cuadro estadístico un 100% en su totalidad respondieron que si existe más posibilidades de desviar los fondos públicos a través de este Régimen Especial. Pues en sus razones señalan que al ser un procedimiento más ágil y donde se exceptúan ciertos requisitos para su aplicación los funcionarios lo ven como la forma más rápida para ejecutar un contrato ya sea por la necesidad de realizarla o por la facilidad de poder perpetrar algún ilícito como lo son los sobrepagos en estas contrataciones al manejarse ciertos contratos con discrecionalidad y selectividad, sobre todo se da paso a que se ejecuten estos actos por la poca vigilancia de parte de la entidad encargada de revisar y supervisar este tipo de contrataciones como es el caso de

la Contraloría General de Estado. Esto conlleva que no solo se cometan desviación de fondos públicos sino también el cometimiento de otros actos ilícitos como la corrupción, un mal que en los últimos años se ha podido evidenciar que en lugar de disminuir por el contrario sigue en aumento.

Análisis:

Es concordante la respuesta de los encuestados con la realidad que pasa en el país pues la principal manera de desviar los fondos públicos es esta a través de los altos costos que se colocan en las contrataciones que realiza el Estado y esto se verifica en la credibilidad de las instituciones que mediante el Régimen Especial suscriben algún contrato lo hacen con un solo proveedor de forma directa sin que exista un concurso o mediante los diversos tipos de adjudicación que existen. Pero el principal problema que genera que se realicen estos actos es la poca vigilancia que se le da a este tipo de contratación, en el cual no se exige la documentación respectiva y sobre todo los precios no son plenamente justificados ya que resultan ser presupuestos incorrectos, es por ello que se establecen valores sumamente elevados de los cuales muchos recursos económicos van destinados a cuentas privadas. Otro motivo que genera la desviación de fondos y que es señalada por los encuestados, se da a través de la necesidad que se tiene ante la oferta del proveedor, sencillamente si el precio es elevado no se realiza la contratación, sin embargo, se da en muchos casos y han sido noticias de gran conmoción que este aspecto no se lo toma en cuenta y se terminan realizando contratos con sobrepagos.

Quinta pregunta: ¿Considera usted, que la Contraloría General del Estado en coordinación con otras instituciones encargadas de fiscalizar y supervisar este tipo de procedimiento deberían realizar un control más minucioso en las contrataciones del Régimen especial?

Tabla Nro. 5

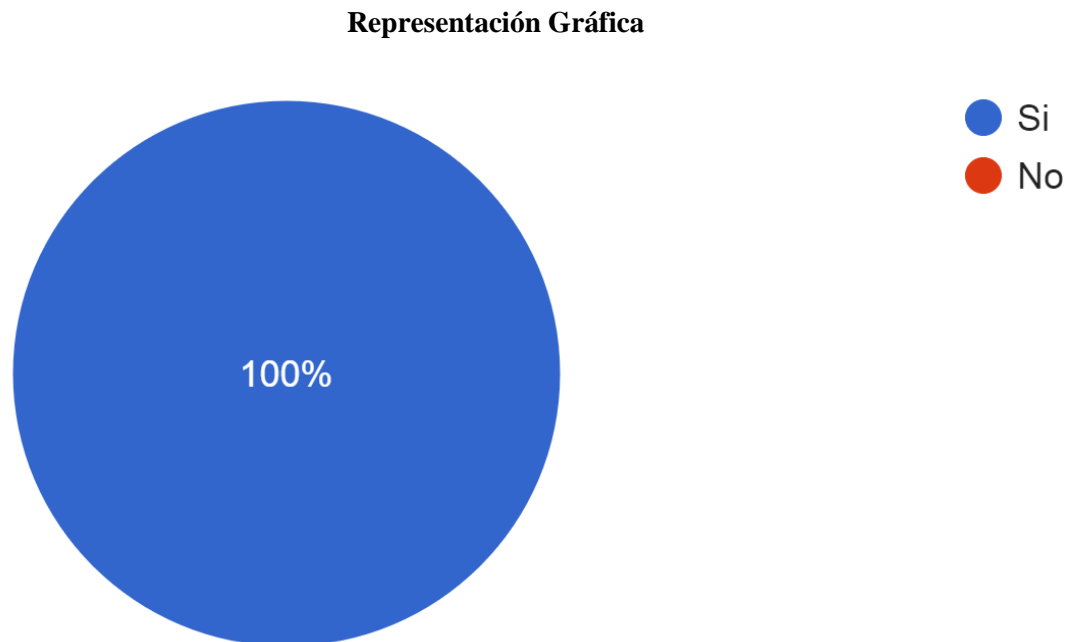
Cuadro Estadístico N° 5

Indicadores	Variable	Porcentaje
<i>SI</i>	30	100%
<i>NO</i>	0	0%
<i>TOTAL</i>	30	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos

Figura Nro. 5



Interpretación:

Se puede evidenciar claramente en la presente pregunta que de los 30 encuestados que representan el 100%, todas las respuestas fueron afirmativas en el cual mencionaron que, si debe existir un control más minucioso a la hora de fiscalizar y supervisar este tipo de contrataciones en el Régimen especial, ya que consideran que al no realizarse un control respectivo como corresponde, produce que esto de paso a que se cometan actos delictivos como la corrupción y desviación de fondos públicos, lo cual resulta muy desfavorecedor al país sobre todo por la situación económica en la que los últimos años hemos experimentado a nivel nacional.

Análisis:

En esto la respuesta se da en base a lo que observamos día a día en lo que pasa con cada nuevo caso de corrupción que sale a la luz, y si bien en cada proceso debe realizarse una evaluación minuciosa para ver que se cumpla con cada requisito previsto en la ley, se puede observar que muchas de las veces esto se pasa por alto en el caso del Régimen especial para iniciar con este proceso se debe enviar a Contraloría un informe detallando por qué la necesidad de acogerse a este procedimiento y a su vez Contraloría debe emitir el informe de pertinencia

favorable para que se pueda dar inicio a una contratación de este tipo. Sin embargo, en la práctica se puede mencionar que no se cumple con este procedimiento o por lo menos no completamente, para muestra de aquello los múltiples casos que se han venido dando no solo en la actualidad sino en años atrás, por mencionar un ejemplo obras sin iniciarse o en el peor de los casos obras inconclusas que como consecuencia han dejado grandes pérdidas económicas para el Estado, que es muy lamentable que esto suceda en nuestro país, por lo que se deben fortalecer la vigilancia, control de estas contrataciones y castigar con todo el peso de la ley a quienes pretendan enriquecerse a costillar de fondos públicos.

Sexta pregunta: ¿Está usted de acuerdo en que se debería realizar una posible resolución acerca de las contrataciones que existen dentro del régimen especial, estableciendo parámetros puntuales para acogerse a este procedimiento?

Tabla Nro. 6

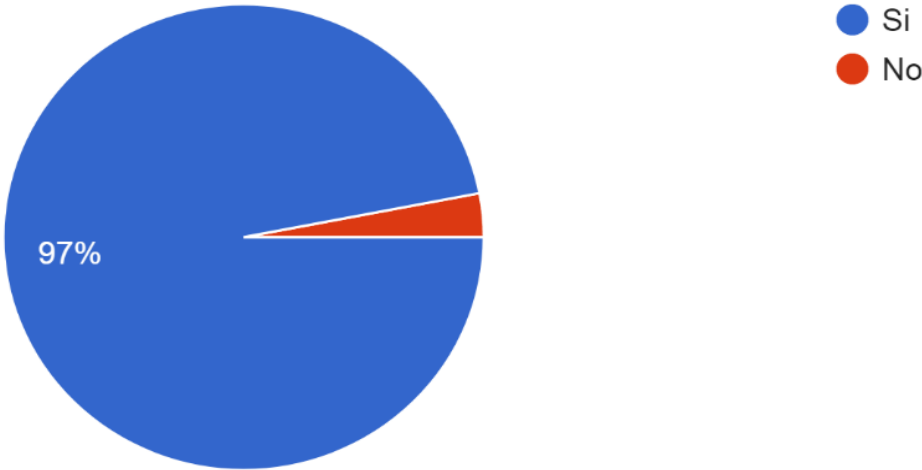
Cuadro Estadístico Nro. 6

Indicadores	Variable	Porcentaje
<i>SI</i>	29	97%
<i>NO</i>	1	3%
<i>TOTAL</i>	30	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.
Autor: Nataly Gabriela Armijos Armijos

Figura Nro. 6

Representación gráfica



Interpretación:

En esta pregunta 29 encuestados que representan el 97% respondieron afirmativamente señalando que si cabría una reforma en los procesos de contratación bajo este régimen especial, estableciendo parámetros puntuales haciendo énfasis en que se debe fortalecer los controles a este tipo de contrataciones, lo que ayudaría a evitar el cometimiento de actos que se conviertan posteriormente en delitos cuyo principal afectado sea el Estado. Mientras que un encuestado que representa el 3% respondió negativamente, señalando que no está de acuerdo en que se realice una reforma a las contrataciones bajo régimen especial, puesto en la ley ya se señala los requisitos a cumplir y considera que el mayor problema no está en la ley sino de quienes las ejecutan y de quienes deben realizar los respectivos controles a las contrataciones, a quienes se los debe sancionar fuertemente por incumplir con sus funciones, de esta manera se evitaría que se cometan actos delictivos a costilla de contratos bajo el régimen especial.

Análisis:

Las respuestas dadas frente a esta pregunta se dan en base a lo que normalmente el común de los ecuatorianos observa que está pasando con cada caso de corrupción nuevo que sale a la luz, y es evidente que necesitamos una reforma urgente para que los procesos de contratación bajo esta modalidad no se vean siempre inmiscuidos en irregularidades y las medidas que se deben adoptar para acogerse a este Régimen Especial. De lo contrario casos como la desviación de fondos públicos y otro más, se verán a diario ya que actualmente con la ley que contamos les da paso libre a personas mal intencionadas el poder realizar contrataciones irregulares con sobrepagos a empresas fantasmas, problemática que si no se le brinda la importancia adecuada podría aumentar mucho más y los fondos públicos cada vez serán más limitados, recursos que podrían alcanzar completamente si se realiza un manejo adecuado y así ayudar a solventar distintas necesidades que se puedan presentar en la sociedad como es el caso de la salud, educación, alimentación y trabajo.

6.2. Resultados de Entrevistas.

La técnica de la entrevista se aplicó a cinco profesionales del derecho entre ellos abogados en libre ejercicio especialistas en la materia de compras públicas en un cuestionario de cuatro preguntas abiertas, obteniendo los siguientes resultados.

Primera pregunta: Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantiza la transparencia en la contratación pública, principalmente en los contratos realizados bajo el Régimen Especial.

Primer entrevistado: Dr. Alex Ricardo Valarezo:

De ninguna marea el sistema nacional de contratación pública es un instituto que plantea el lucro por su débil nivel fiscalizadorio en el ámbito nacional, lo que ha permitido a muchos funcionarios desviar fondos a través de contratos a empresas fantasmas, generando pérdidas económicas para el Estado, sin embargo, hasta la presente fecha no se ha hecho nada por parte de las autoridades respectivas para frenar este mal que por muchos años se ha venido dando y que parece no tener fin.

Segundo entrevistado: Dr. Pablo Álvarez

No, al régimen especial, pues este régimen se ocupa en emergencias que no se celebran por medio de la Procuraduría General del Estado y al realizarse en situaciones inusuales da paso a que se cometan muchos actos ilícitos, siendo un procedimiento de contratación poco transparente.

Tercer entrevistado: Dr. Patricio Valdivieso

No, porque el sistema esta manejado de manera centralista y es desde ahí que se tergiversan los procesos contractuales, para muestra de aquello los múltiples casos de corrupción que se han presentado y aún no han sido resueltos hasta la actualidad, por lo que esta ley no es garantista para que los contratos bajo este régimen sean realizados con la transparencia necesaria.

Cuarto entrevistado: Dr. Franklin Eduardo Moya

No garantiza, pues el régimen especial la mayoría de casos sirven para adjudicar contratos a dedo, la mayoría de obras adjudicadas bajo el régimen especial son innecesarias y sobre todo con un alto sobreprecio que no son plenamente justificados e incluso las obras en su mayoría quedan inconclusas.

Quinto entrevistado: Dr. Juan Medina

No hay una garantía de transparencia al 100% en este tipo de procedimientos por cuanto la contratación es directa y no se dan por procesos concursables, lo que permite la adjudicación de este tipo de contratos a personas cercanas al círculo de quienes manejan el proceso de contratación, convirtiéndola en un proceso con poca credibilidad.

Comentario personal: de acuerdo con las respuestas que nos brinda cada uno de estos profesionales del derecho es más que evidente que todos concuerdan que no existe una completa transparencia en estos procesos y a mi criterio esto es verdad pues a pesar de que contamos con

norma expresa para velar por el control y vigilancia en estos procedimientos, de forma particular el régimen especial es evidente con todos los casos de corrupción que han salido a la luz a raíz de estas contrataciones a dedo y con sobrepagos que la transparencia es una palabra que se encuentra lejana a la realidad y que no podemos decir que se está cumpliendo con los principios de la contratación ni tampoco con lo que dispone nuestra Constitución en su art 288 referente a los criterios con los que se debe contar para las compras públicas.

Segunda pregunta: ¿cree usted que los mecanismos creados para el control y supervisión que realiza Contraloría General del Estado frente a las contrataciones del Régimen Especial son los más idóneos al ser específicamente reglamentados por el presidente de la república?

Primer entrevistado: Dr. Alex Ricardo Valarezo:

De ninguna manera, el nivel de fiscalización de la Contraloría General del Estado carece de veracidad, frente a la obtención de subcontratos y los precios, costos de productos y servicios son elevados, por lo que no brinda las garantías necesarias para que los contratos se realicen de mejor manera con plena veracidad.

Segundo entrevistado: Dr. Pablo Álvarez

No, porque son regímenes especiales que se ven regulados y dispuestos por autorización del presidente y la Contraloría si bien es un organismo independiente se allanan a cumplir con lo dispone la máxima autoridad, sin embargo, tendría que darse un control más riguroso a este tipo de contrataciones.

Tercer entrevistado: Dr. Patricio Valdivieso

No, existen varios recursos legales y administrativos que permiten escaparse de las responsabilidades, aun estando determinados, por lo que la función que realiza la Contraloría no es suficiente frente a las contrataciones bajo régimen especial que se da de manera directa sin un previo concurso.

Cuarto entrevistado: Dr. Franklin Eduardo Moya

No, siempre habrá que buscar más y mejores mecanismos para el control de los recursos públicos y que estos cuenten con la correcta función que son cubrir las necesidades de la

sociedad en general, ya que como se puede evidenciar el único control que realiza Contraloría no es suficiente, por lo que se deben optar por otras alternativas.

Quinto entrevistado: Dr. Juan Medina

Los procedimientos de control pueden ser idóneos, pero se realizan con fechas posteriores a los controles y eso es una de las principales deficiencias, aparte que el personal que se encuentra encargado de realizar los respectivos controles no lo hacen adecuadamente, ocasionando que todo el proceso tenga poca credibilidad.

Comentario personal: Personalmente puedo afirmar que los mecanismos que existen no han permitido que las contrataciones realizadas hayan cumplido con los parámetros de control que supuestamente la Contraloría General del Estado debe efectuar debido a que observamos que su estructura organizacional de la entidad se ve desacreditada en las acciones de supervisión que realiza ya que su ánimo únicamente se basa en lucrarse particularmente a costas de las contrataciones que se ejecutan, demostrando así que no es tanto la idoneidad de los mecanismos sino de la capacidad del personal para cumplir con lo dispuesto en la normas tanto de la LOSNCP como la ley de Ley Orgánica de la Contraloría y las normas de control interno que maneja dicha institución.

Tercera pregunta: ¿considera usted que en base a las contrataciones ejecutadas en el país bajo este régimen se garantiza la calidad del gasto público en su ejecución?

Primer entrevistado: Dr. Alex Ricardo Valarezo:

No, pues el gasto público de ejecución en proyectos e inversiones son elevados y no son justificados con la documentación respectiva, por ello es que se dan los casos de corrupción en nuestro país y esto se debe principalmente a que no existe un control adecuado por parte de la entidad encargada de hacerlo.

Segundo entrevistado: Dr. Pablo Álvarez

No, porque son de carácter emergente y en el caso los insumos médicos varios hospitales ejecutan contrataciones bajo este régimen sin garantizar la calidad del gasto público pues se observan muchas irregularidades que son pérdidas gigantescas para el Estado, lo que debe primar principalmente en estos casos, son los precios que los proveedores ofrecen y adecuarlos a las necesidades que se presentan, no comprar por así nomás como en una emergencia sanitaria donde los gastos son muchos.

Tercer entrevistado: Dr. Patricio Valdivieso

No, el problema real es el sistema que se viene aplicando, donde imperan las trampas y se ejecuta esta pérdida del gasto público, los principales responsables de aquello los funcionarios que están encargados de realizar las contrataciones, desde ahí parte todo ya que si no se cuenta con personas capaces con ánimo de servir es difícil que se dé un correcto uso de los fondos públicos de todos los ciudadanos.

Cuarto entrevistado: Dr. Franklin Eduardo Moya.

Solo ha servido para adjudicar en la mayoría de los casos contratos a dedo sin ninguna necesidad real para ellos, obras innecesarias que solo han servido para que los delincuentes de cuello blanco se beneficien del dinero público, por lo que sería bueno analizar a profundidad este tipo de contratos y optar por soluciones rápidas verificando si es necesario contar con la misma o no, ya que lo único que ha ocasionado es generar gastos innecesarios en la mayoría de casos.

Quinto entrevistado: Dr. Juan Medina

No, no existe ninguna garantía fidedigna que nos demuestre que la calidad del gasto público se haya hecho de la mejor manera en ninguna contratación hasta hoy en día. Más bien se ha demostrado que los precios son sumamente elevados y no son claramente justificados, por lo que presenta muchas falencias este tipo de contrataciones que han generado actos de corrupción.

Comentario personal: concuerdo sin ninguna excepción en cada respuesta de los entrevistados de tal manera que el gasto público no tiene ninguna garantía de cumplimiento en todas las obras, bienes o servicios que se han ejecutado en los últimos años pues como es el caso de las contrataciones de insumos médicos, para los hospitales de seguridad social principalmente que se acogen a este régimen por la importancia y necesidad que conllevan así como las construcciones de grandes obras como algunos colegios del milenio y la construcción de la Plataforma Gubernamental de Gestión Financiera que en los periodos de 2008 a 2017 se encontraban adjudicados únicamente a empresas chinas bajo la modalidad del Régimen especial.

Cuarta pregunta: ¿Cree usted que el Régimen Especial al ser un procedimiento más ágil, verdaderamente cumple con los principios de la contratación pública, haciendo hincapié en los principios de igualdad y transparencia pues al ser de carácter confidencial la motivación, esta puede ser inclusive con un solo proveedor?

Primer entrevistado: Dr. Alex Ricardo Valarezo:

Al mantener el carácter de confidencial los cuerpos normativos se verían transgredidos y es más propenso a que existan contrataciones con sobrepagos y a costos excesivamente altos que causarían pérdidas al Estado por lo que claramente el principio de transparencia no se cumple y al hacerlo con un solo proveedor mucho menos cumple el principio de igualdad, prohibiendo la posibilidad de participación a más proveedores.

Segundo entrevistado: Dr. Pablo Álvarez

No cumple con el objeto para lo cual fue creado el Régimen especial, si establece la posibilidad de seleccionar al proveedor y más aún si es de forma confidencial pues se es más propenso a que estos procesos tengan consecuencias jurídicas como lo es el peculado o el enriquecimiento ilícito.

Tercer entrevistado: Dr. Patricio Valdivieso

Lastimosamente el sistema es manipulable de ahí que urge reformas legales para transparentarlo ya que claramente no se cumple con el principio de igualdad al ser adjudicado a un solo proveedor directamente no se permite una participación justa, tampoco se cumple con el principio de transparencia debido a que es un contrato especial y se lo realiza en situaciones de emergencia no se presenta la documentación requerida que justifique la misma y así mismo el presupuesto.

Cuarto entrevistado: Dr. Franklin Eduardo Moya.

El régimen especial en nuestro país solamente ha servido para el robo y malversación de los fondos públicos. La mayoría de obras que se han realizado bajo el régimen especial son innecesarios, mal ejecutados sin ningún justificativo de carácter técnico por lo tanto no podemos decir que se cumple principalmente el principio de transparencia.

Quinto entrevistado: Dr. Juan Medina

No hay participación de varios proveedores, por lo que no es equitativo. Debería haber más participación de proveedores y tampoco es transparente, por eso suceden muchos casos de corrupción en nuestro país al no dar a conocer a la ciudadanía como es que se adjudican los contratos dan paso a que se cometan robos y desviación de fondos públicos perjudicando la economía del país en obras innecesarias e inconclusas.

Comentario personal: De manera congruente con lo que señalaron todos los entrevistados concuerdo con los mismos pues así sea ágil se debe velar en primera instancia por el interés general que es garantizar una contratación que cumpla con los criterios de eficiencia,

transparencia, calidad e igualdad, para que no existan todas estas artimañas que se dan antes, durante y luego de alguna contratación y así mismo permitir que los proveedores cuenten con las mismas condiciones y el trato justo para participar en estos procesos y puedan convenir con el Estado para que tanto la administración como el proveedor puedan satisfacer mutuamente sus necesidades de conformidad con la Constitución y demás leyes creadas para que no exista un desequilibrio en los fondos públicos y no pasemos por la situación que hoy en día estamos viviendo por el mal manejo de recursos que los últimos gobiernos de turnos no han dejado.

6.3. Estudios de Casos.

Caso Nro.1

Datos referenciales

Juicio Nro. 17294-2017-0003

Victima: Estado Ecuatoriano

Persona procesada: C.P, A.B, D.T, J.V, otros

Delito: PECULADO ART. 278 COIP

Juzgado: UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Antecedentes

“La fiscalía general del Estado, conoció la presente causa a través del Informe con Indicios de Responsabilidad Penal No. DASE-0074-2016, elaborado por la Contraloría General del Estado, como parte del examen especial a los procesos precontractual, contractual, de ejecución, supervisión y liquidación de los contratos 2014011- RGER-2014, 20140203 CCI-ZNO-2014 y REF-2015012, suscritos con la empresa J.V Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., y sus contratos accesorios, en la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, por el período comprendido entre el 01 de junio de 2013 y el 22 de abril de 2016; se analizó el contrato REF-2015012, en el que el Gerente de Refinación, en el proceso RE-009-EPP-LAB-2014, no justificó técnicamente la selección entre las empresas, , mediante resolución de 13 de agosto del 2013, se estableció un procedimiento para el régimen especial por un giro específico del negocio, XXXX ingeniería del Ecuador, Sesmo S.A. y J.V Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., adjudicándole a esta última, el contrato REF-2015012, sin

que la Comisión Técnica haya considerado que se encontraba inhabilitada para intervenir en el presente proceso, por cuanto elaboró la propuesta técnica-económica que sirvió de base para la elaboración del presupuesto referencial; y, que por el contrario la oferta que esta misma presentó era superior a la preestablecida en 3'725.294,98 USD, con igual tipo de actividades, unidades y cantidades. La Empresa J.V Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., no cumplió con el cronograma valorado, existiendo una diferencia por los rubros no ejecutados por 1'818.718,34 USD, lo que no fue ordenado ni multado en el proceso de pago, por el Administrador de EP PETROECUADOR y el Representante de W.P, a cargo de la fiscalización. El señor R.F, director del Proyecto de W.P, en oficio No. 40805-00445-00.0-EG-LTR-WPI-EPP-6736 de diciembre 9 de 2014, presento la evaluación técnica recomendando la contratación de la empresa J.V, SERVICIOS DE INGENIERIA MECANICA CIA LTDA. La comisión técnica acoge la recomendación W.P y recomendó al Gerente de Refinación se continúe con el proceso de negociación. En la misma fecha se realizó la negociación y el contratista ratificó el valor de su oferta incluyendo en la misma 400 mil dólares, por servicio de transferencia tecnológica y genero el informe correspondiente sin observaciones al contenido de las ofertas. El Ing. C.P, Gerente de Refinación en resolución ADJ-RE-009-EPP-LAB-2014, de diciembre 15 del 2014, acogió la recomendación de la Comisión Técnica y adjudicó a la empresa J.V SERVICIOS DE INGENIERIA MECANICA CIA LTDA. Para la recuperación de condensados de la refinería de Esmeraldas, en un plazo de ejecución de 730 días. El valor adjudicado fue de 27 millones 115 mil 944, 38 centavos de dólar. El presupuesto referencial fue de 23 millones 390 mil 640,40 centavos de dólar. Que fue fijado en base a la propuesta de la misma empresa J.V servicios de ingeniería mecánica S.A. Incremento de 3 millones 725 mil.294, 98 centavos de dólar lo que representa un incremento del 16%. El señor R. F director del proyecto W. P EN SU INFORME DE EVALUACIÓN NO DEMOSTRÓ EL ANALISIS DE LOS PRECIOS UNITARIOS DE LAS OFERTAS TAMPOCO JUSTIFICO ECONOMICA Y TECNICAMENTE SU EVALUACION SIN EMBARGO RECOMENDO LA ADJUDICACION SIN EL RESPLADO NECESARIO. Además, la propuesta técnica no se ajusta a una ingeniería de detalle para la ejecución del proyecto, considerando que la ingeniería de detalle es el paso inicial para ejecutar los trabajos. Tampoco se hace referencia a la ingeniería básica conceptual etapas previas para la elaboración de la ingeniería de detalle, consecuentemente al no existir la ingeniería de detalle, planos, memorias técnicas, y especificaciones técnicas al inicio del proceso de contratación se ocasiona que la lista de materiales y equipos sea estimada y /o global; PROCESO CONTRACTUAL- El Ingeniero C.P, Gerente de REFINACION, el 1 de abril del 2015, suscribió con el señor J.V, Representante Legal de J.V SERVICIOS DE INGENIERIA

MECANICA CIA LTDA. PROCESO DE EJECUCION Y SUPERVISIÓN, los pagos se realizaron en la Refinería de Esmeraldas, con aprobación de los Ingenieros C.P y D.T

Finalmente se resolvió una sentencia de diez años de cárcel por delito de peculado para W.P, C.P, J.V.

Análisis:

Del presente caso se puede verificar que la investigación comienza a raíz de un examen realizado por contraloría donde se encontró indicios de responsabilidad penal por el sobreprecio que en un inicio se conocía que la proforma presupuestaria se planteó por 23 millones de dólares pero que al momento que se adjudicó la obra se la hizo a la empresa que más elevada presentaba la tasa de oferta por más de 27 millones de dólares lo cual es un gasto que sobrepasa los recursos que maneja el Estado, otro punto relevante aquí es el papel que jugó la comisión técnica al momento de verificar las ofertas y los pliegos y de no indicar la inhabilidad en la que se encontraba la empresa a la que se adjudicó lo cual nos permite identificar que no cumplen con las funciones atribuidas por la ley y únicamente se allanan a las ordenes o disposiciones de las personas que se encuentran al mando de las contrataciones, principalmente por quienes deben velar por el cumplimiento de la normativa y que son los funcionarios públicos quienes a través de la modalidad bajo la que se contrató se demuestra también que nunca se estableció cuáles fueron los motivos o las líneas por las cuales se invitaron a estas tres empresas lo cual nos da un punto de partida para verificar así mismo porque se acogen a este procedimiento varios funcionarios teniendo los procedimientos del régimen común para ejecutar alguna obra.

Caso Nro.2

Datos referenciales

Juicio Nro. 17721-2018-00021G

Victima: Estado Ecuatoriano

Persona procesada: V. S, EV, P. LL, G. P, J. L, J.CH, M.B, T.A, C.B.

Delito: 278 PECULADO

Juzgado: SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Antecedentes:

Dentro del presente caso se desprende que la Contraloría General del Estado ha realizado un examen especial a los gastos y procesos de contratación efectuados por la Secretaría Nacional de Comunicación, en la ejecución, producción y montaje de los enlaces ciudadanos realizados por el proceso precontractual bajo el Régimen especial entre el 01 de junio de 2013 al 24 de mayo de 2017, y habiendo analizado “(...) el contrato de servicios técnicos especializados, suscrito el 21 de mayo del 2014 con el señor V.S”, y “(...) el convenio de pago suscrito el 19 de noviembre del 2013 entre J.L, Coordinador General Administrativo Financiero de la SECOM y E.V, Representante Legal de la empresa Sattré Comunicación Integral Cía. Ltda.”. El informe emitido por la Contraloría General del Estado, DNA4-0004-2018, arroja indicios de responsabilidad penal en los siguientes términos: El contrato para la prestación de Servicio de Producción y postproducción de Documentales, Cadenas y Reportajes del proceso de contratación pública No. RE-CCD-SECOM07-2014; Resolución No. SNC-SBNC-2014-026, de 24 de abril de 2014, suscrita por el Econ. P.Y, Subsecretario Nacional de Comunicación, mediante la cual autoriza el proceso precontractual bajo el régimen especial por invitación directa para la contratación de la empresa CORPOAZGO S.A. GOTA AZUL contrato para prestación de Servicios de Producción y postproducción de Documentales, Cadenas y Reportajes. El economista P.Y, Subsecretario Nacional de Comunicación, contrató al señor V.S, bajo la figura de servicios técnicos especializados en calidad de Técnico de Audiovisuales, para elaborar productos comunicacionales para ser utilizados en los enlaces ciudadanos, sin que se establezcan términos de referencia en los que se especifique el perfil del profesional, la metodología de trabajo, los productos entregables y un pago mensual acorde al servicio prestado del contrato; y, de los productos generados por este servicio, que fueron establecidos por y entregados al hermano del licenciado M.B, Subsecretario de Medios Institucionales, señor C.B, Gerente de la empresa Gota Azul, además, no se evidenció el uso por parte de la SECOM de los productos entregados por el señor V.S, ocasionando el pago de 12.000,00 USD más IVA, por productos que fueron entregados a la empresa Gota Azul que no era el proveedor y reportado el servicio a la SECOM para el pago” “Sin observar los principios y normas para regular los procedimientos de contratación, el licenciado M.B, Subsecretario de Innovación y Nuevos Medios, solicitó al Economista P.Y, Coordinador General de la Secretaría General de Comunicación, se realice una consultoría para el mejoramiento del enlace ciudadano, para lo cual, en convenio de pago suscrito con la empresa Sattré S.A. no se evidenció la solicitud formal del servicio, donde se justifique el alcance, objeto, necesidades y costos de la contratación por

parte del área requirente de la entidad; y, en la suscripción de las actas de entrega recepción e informes técnicos-económicos, se justificó que no justificaron su conformidad y legalidad previo al pago, por cuanto, la firma constante en los documentos, no corresponden a las firmas del licenciado M.B, Subsecretario de Medios Institucionales como responsable, desconociendo qué persona tenía las atribuciones para suscribir documentos institucionales, ocasionando que el pago de 52.000,00 USD no fundamente su legalidad y propiedad”. Mediante informe IRP. Nª DNA4-0004-2018, en el que se realiza un análisis de la gestión realizada entre el 1 de junio de 2013 y el 24 de mayo de 2017, determina que el Señor T.A, en calidad Secretario Nacional de Comunicación, inobservó lo establecido en los artículos 151 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 148 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, se dio paso a contrataciones con perfiles que no podían haberse contratado con empresas que estaban prohibidas contratar, y con no justificativos de los contratos se estaban realizando, causando un perjuicio al Estado aproximadamente 259.240 dólares”.

Análisis:

Del presente caso se desprende otra más de las contrataciones las cuales se someten al régimen especial de contratación donde vemos que se la realiza puntualmente para el área de comunicación tal y como lo señala en la LOSNCP art 2 #3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes; en la cual en el examen efectuado por contraloría que el proceso se realizó por una invitación directa para prestación de Servicios de Producción y postproducción de Documentales, Cadenas y Reportajes dentro de los técnicos de referencia que debían presentarse en las ofertas esta empresa no calificaba en el cumplimiento de los requisitos y aun así se convino el pago de 12.000,00 USD más IVA, por productos que fueron entregados a la empresa Gota Azul que no era el proveedor y reportado el servicio a la SECOM para el pago, de la misma manera se dispuso una consultoría para el mejoramiento del enlace ciudadano lo cual nunca se vio justificado de manera formal a través de un solicitud donde se justifique el alcance, objeto, necesidades y costos de la contratación por parte del área requirente de la entidad produciendo de esta manera el pago ya no de lo que en un principio se acordó sino de alrededor de 52.000,00 USD, produciendo de esta manera un gran perjuicio al Estado Ecuatoriano a pesar que en el presente caso el fiscal anuncio un dictamen abtententivo se ocasiono los daños y esto a su vez género que el país perdiera cerca de 259.240 dólares por contratos con empresas inhabilitadas para la ejecución de contratos esto porque por el lucro del

cual quieren beneficiarse cada funcionario que se encuentra en una de estas entidades tanto como contratista como contratante.

Caso Nro. 3

Datos referenciales

Juicio Nro. 09286-2020-01168

Victima: Estado Ecuatoriano

Persona procesada S.M, D.S, C.G, J.V, L.G, F.M

Delito: 278 PECULADO

Juzgado: UNIDAD JUDICIAL NORTE 2 PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS

Análisis de caso

El presente caso comienza conforme el presupuesto segundo del artículo 603 del código orgánico integral penal es el momento de relatar de forma Clara y sucinta los hechos por los cuales se ha iniciado la presente investigación instrucción fiscal relativos a los hechos su señoría el 03 de mayo del 2020 a través de Parte Policial No. 2020050304394891709 se pone a conocimiento de Fiscalía, que en los links <https://twitter.com/ahistoriaec/> y en <https://Anww.facebook.com/14682254586507>, existiría una denuncia ciudadana respecto a un posible sobreprecio en la adquisición de bolsas para embalar cadáveres en el Hospital General del Norte de Guayaquil Los Ceibos, en el cual presuntamente se estaría adquiriendo a un precio unitario de USD148 cada una, siendo que en el mercado el valor referencial estaría a USD12. Con estos antecedentes Fiscalía inicia la investigación el 3 de mayo de 2020 a fin de validar si efectivamente existe un proceso de compras públicas en el Hospital General del Norte de Guayaquil Los Ceibos respecto a la adquisición de bolsas de cadáveres con supuestos sobreprecios, y es así como de la página pública del SERCOP se obtiene la Resolución de Declaratoria de Emergencia NO. HGNGC-RE-2020-001 emitida por la Mgs S. M. L. en su calidad de Gerente General del Hospital del Norte de Guayaquil Los Ceibos, elaborado por Ing. D. G y revisado por Ing. C. G. Z e Ing. J. V. en cuya parte principal señala: “ART. 1. ACOGE el Estado de Emergencia Sanitaria debido a la declaratoria de brote de coronavirus COVID-19. ART. 2. AUTORIZA la adquisición de bienes y prestación o arrendamiento de servicios, relacionadas directamente para afrontar la emergencia sanitaria del COVID-19. ART. 3. DISPONE la duración de la emergencia por un plazo de 60 días, pudiendo extenderse”. Según

la Resolución Administrativa IESS-DG-AL-2020-032-RFDQ de 17 de marzo de 2020, el Doctor M. A. L, director general del IESS, emitió los lineamientos para las compras emergentes, entre los cuales se requirió la validación y autorización previa al inicio de los procesos de contratación. Con memorando IESS-HG-NGC-GG-2020-1021-M de 20 de marzo de 2020, S. M, remitió al Dr. E. E, director del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS, el informe de necesidad de adquisiciones para la emergencia sanitaria COVID-19 a fin de contar con las autorizaciones, validaciones y asignaciones de recursos para las compras pertinentes en razón de encontrarse con stocks mínimos “BOLSA PARA EMBALAJE DE CADÁVER, ADULTO”. Bajo ese marco jurídico a través de RESOLUCION DE ADJUDICACION Nro. HGNGC-RE-2020-001-00010 se da el PROCESO DE CONTRATACION: EN SITUACION DE EMERGENCIA /ADQUISICION DE INSUMOS DE ENFERMERIA PARA ABASTECIMIENTO EN EMERGENCIA SANITARIA COVID 19 EN EL HOSPITAL GENERAL DEL NORTE DE GUAYAQUIL LOS CEIBOS en el cual la Máxima autoridad del Hospital del norte de Guayaquil Los Ceibos, S. M, adjudica a la empresa SILVERTI MEDICAL GROUP S.A. el proceso contractual para adquirir 120.000 mascarillas N95 a un costo unitario de USD 4.50, 240.000 mascarillas quirúrgica elásticas tamaño estándar a un costo unitario de USD 0.45, 4.000 bolsas para embalaje de cadáver adulto a un costo unitario de USD 148.50 y 500.000 Guantes de nitrilo talla mediana para procedimientos de quimioterapia a un costo unitario de USD 0.46. Dentro de la investigación se llega a conocer que D. S, es quien coadyuvaba la ejecución de estos actos a través de L. R representante de la Empresa BIOIM, A. B, nexos entre SILVERTI, BIOIM y ECAP MEDIQ y J. S.L quien era su colaborador, siendo que quien directamente suscribía el contrato era S.O, como Representante de SILVERTI, donde se cuenta con la participación de servidores públicos que utilizando el cargo que mantenían en el Hospital General del Norte de Guayaquil Los Ceibos, abusaron de sus funciones disponiendo arbitrariamente de dinero del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social destinado para cubrir las necesidades y operatividad del Hospital General del Norte de Guayaquil Los Ceibos por la cantidad a un inicio de USD 872.000, favoreciendo a través del PROCESO DE CONTRATACION: BAJO LA MODALIDAD DE CONTRATACION EN SITUACION DE EMERGENCIA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL /ADQUISICION DE INSUMOS DE ENFERMERIA PARA ABASTECIMIENTO EN EMERGENCIA SANITARIA COVID 19. a la Empresa SILVERTI MEDICAL GROUP S.A dentro de los elementos que sustentan el dictamen acusatorio fiscalía presento el INFORME CON INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL sobre el proceso contractual para la “ADQUISICIÓN DE INSUMOS DE ENFERMERÍA PARA

ABASTECIMIENTO EN EMERGENCIA SANITARIA - COVID 19 EN EL HOSPITAL GENERAL DEL NORTE DE GUAYAQUIL LOS CEIBOS” donde se analiza la adquisición de 4000 bolsas para embalaje de cadáveres de adulto para solventar la emergencia declarada por el COVID 19, de fecha 19 de mayo de 2020 suscrita por el señor Contralor General del Estado Dr. P. C, que adjunta el análisis al proceso contractual: Del análisis de los Expertos de Contraloría, se conoce que se tiene como antecedentes del contrato, que el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social mediante Resolución Administrativa IESS-DG-DR-2018-008-RFDQ de 21 de noviembre de 2018, dispuso “ EMITIR LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES PARA LOS PROCEDIMIENTOS AMPARADOS BAJO LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA ”, con el objeto de disponer la “...delegación de facultades y atribuciones referentes a las autorizaciones de gasto y pago correspondientes a la gestión administrativa de cada área; así como también para los procedimientos de contratación pública, con la finalidad de que se cumplan bajo criterios de eficiencia, eficacia, transparencia, calidad y responsabilidad establecidos en la normativa legal vigente ...”; en la cual estableció autorizar el gasto de cada área, conforme al Plan Operativo Anual aprobado por la máxima autoridad; Conclusiones: En los meses de marzo a mayo 2020 cambia la dinámica de asignación de procesos en el departamento de compras se prioriza la adquisición de insumos médicos exclusivas para el COVID manejado de forma directa por la Sra. C.G. En la pandemia cambia la dinámica del proceso regular de entrega y distribución de fundas para cadáveres, se maneja la entrega directa desde gerencia y proveedores a las diferentes áreas críticas y morgue, ignorando el protocolo regular de ingreso de este insumo a bodega de patología, no se lleva un control de insumos entregados.

Finalmente se desprende la responsabilidad penal de la señora S.M que se encontraba con formulación de cargos por peculado y se la sentencio a 13 años de pena privativa de libertad contemplando de igual forma la reparación inmaterial al Estado con la publicación de disculpas públicas en un medio impreso de circulación nacional y la publicación de la sentencia en la pág. web del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Análisis:

Del presente caso se desprende algunas variables a analizar empezando por la funcionaria Gerente general del Hospital de los Ceibos que en el uso de sus facultades y atribuciones acogió una disposición presidencial en este caso un decreto para poder suplir una

contratación en base a la emergencia en la que estábamos atravesando en la cual vemos desde un inicio que la adjudicación se la da a un empresa en la cual D.S establecía una conexión con otras empresas sin que exista o se vele por todo el proceso que debe llevar la adjudicación de un contrato una vez que se solicitó la emisión en la delegación de los procedimientos que se amparan en la LOSNCP, de manera que así el director estableció que cada área gestione y administre cada contratación que sea necesaria bajo los criterios eficiencia, eficacia, transparencia, calidad y responsabilidad, de manera que autorizo el gasto de cada área conforme al Plan Anual de contrataciones (PAC) para poner a disposición los fondos y destinarlos para cubrir emergencia lo cual como ya se evidencia se contó con la participación de varios funcionarios públicos que abusaron del cargo donde se encontraban para disponer arbitrariamente de los fondo público del IESS dando una partida presupuestaria de 872.000 dólares, adquiriendo estos insumos a costos muy elevados como lo fueron las fundas de cadáveres en 148.50 dólares, aprovechándose de la situación emergente por la que transitábamos, a más de la inobservancia a la normativa de la contratación pública donde también se demuestra la falta de control que se supone debió realizar la Contraloría General del Estado pues dentro del objeto que maneja la ley interna están las auditorias donde deben verificar y evaluar las gestiones administrativas, financieras y operativas de las instituciones públicas que manejan los recursos públicos, cosa que en este caso no se realizó pues vemos la consecuencias jurídicas en las que termino este proceso de contratación donde desde el inicio de la contratación ya se generaron anomalías para beneficiarse tanto los servidores públicos como las empresas con las que se iba a realizar mencionadas contrataciones. De la misma forma dentro del proceso se demostró que existió falsificación de firmas para la validación de las proformas en beneficio a la adjudicación la empresa Silverti S.A, a pesar de que se suscribió el contrato con el respectivo informe de recepción no se llegó a cancelar el valor de estas contrataciones pues ya se dieron a conocer las irregularidades debido a las denuncias públicas no obstante que no se haya realizado el pago no significa que el actuar de las servidoras públicas sea justificable, al haber dispuesto de recursos públicos de manera arbitraria, además, en el proceso hubo la participación de otras personas que, sin ser funcionarios públicos, coadyuvaron para que se perfeccione el delito, actuando para beneficiar a una empresa particular.

6.4. Análisis Estadístico

La contratación pública en el Ecuador ha sido un tema que en el aspecto económico y social ha tenido gran impacto y los procesos realizados bajo el régimen especial de acuerdo al boletín de corte del mes de agosto del año 2017, que se registraba en el portal de compra públicas; <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop> durante el mismo período, a través de la

Publicación Posterior y la Contratación Interadministrativa se adjudicó el 70,5% del monto total bajo Régimen Especial, seguido de la compra de bienes y servicios únicos con un 11,1% y de contrataciones relacionadas con comunicación social (6,6%). De la misma forma para el año 2018 la dirección de estudios de contratación pública, en su boletín estadístico En el caso de Régimen Especial a marzo 2018, a través de la Contratación Interadministrativa se adjudicó el 50,2% del monto total, seguido de compras de bienes y servicios únicos con un 18,4%, y con un 15,4% las contrataciones de Publicación Especial, cada uno de las estadísticas aquí especificadas se dan en razón de las contrataciones dadas a los años 2017 y 2018.

7. Discusión

7.1 Verificación de los objetivos

En la presente investigación se planteó un objetivo general y un objetivo específico que a continuación los señalare:

7.1.1. Objetivo general.

“Identificar las principales falencias respecto de la vigilancia y supervisión que se generan en los procesos de contratación bajo el régimen especial evaluando los diversos procesos que se han dado en el Ecuador”

El presente objetivo general se verifica con el desarrollo de la Revisión de Literatura ubicado en el punto numero 4 dentro del marco conceptual que abarca las diversas temáticas que se desarrollan en el ámbito de la contratación pública mediante la modalidad del régimen especial lo cual para profundizar más sobre lo que estamos investigando hablamos de los tiempos en los que se remontan la contratación pública en el Ecuador, así como se define a un contrato común y las características que difieren de un contrato público o administrativo y las características que este conlleva como lo son los sujetos, la capacidad, voluntad y consentimiento, el objeto, la causa y el forma; de la misma manera ya nos vamos adentrando en la institución al frente de cada contratación realizada por el Estado como lo es el Servicio Nacional de Contratación Pública de Ecuador (SERCOP) así como las facultades y estableciendo la misión que tienen como institución esta entidad con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Dentro de la institución a la cual hacemos mención se encuentra operado por el Sistema Nacional De Contratación Publica en el cual se hace referencia a las distintas modalidades en la cual la Entidad puede ejecutar las distintas contrataciones, para entender todas los procedimientos y regímenes que existen nos hemos enmarcado en verificar si lo que la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública y en los principios que rigen a las contrataciones de manera que también se hizo una comparación con legislaciones extranjeras para que el estudio efectuado se haga con el respectivo análisis del caso dentro de los contratos que se dan bajo el régimen especial.

7.1.2. Objetivos específicos.

El primero de ellos es el siguiente:

- **Identificar las causas por las cuales este régimen da desconfianza en los procesos de contratación.**

De acuerdo a este objetivo la verificación se hace alusión en la encuesta una pregunta sobre el sí existe falencias e las contrataciones dadas por este régimen especial en lo cual frente a esta pregunta **¿Consideran que existen falencias en las contrataciones de Régimen Especial que el Estado realiza?** Los encuestado 29 de ellos dan una respuesta favorable al señalar que si existen falencias de carácter de carácter institucional sobre todo en el personal que labora dentro de la institución pues la participación misma que se da con los proveedores ya conlleva a seleccionar y adjudicar estos contratos con personas o empresas que les ofrecen ejecutar alguna obra o prestar algún servicio con sobrepagos donde los beneficiados también van a ser aquellos funcionarios que se encuentren a cargo de estas contrataciones incurriendo de esta manera en delitos de peculado, cohecho, tráfico de influencias entre otros delitos que en el Ecuador ya se ha hecho común escuchar día a día.

Dentro del marco teórico en el punto 4.10 donde se señala la contrataciones que se celebraran bajo el régimen especial y posterior a esto el procedimiento de como se ejecutarán estas contrataciones, al realizarlas bajo el régimen especial vemos que una de las peculiaridades que presenta este procedimiento es que se rige bajo criterios de selectividad en la cual el Presidente de la Republica dictaminara normativa específica de acuerdo a los lineamientos ya establecidos los cuales abarcan los estudios completos, incluidas especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, así como también se pueden efectuar mediante declaratoria de emergencia. Para la adquisición de fármacos y bienes estratégicos en salud verificando las condiciones de calidad, seguridad y eficacia. En lo que concierne a la seguridad interna y externa la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado mediante una resolución de manera motivada y demostrada deberá recoger la necesidad de acogerse al régimen especial, esto deberá contar con la aprobación del mandatario se podrá proceder a que se inicie este proceso inicial de acuerdo a los lineamientos que se debe seguir, en el marco de estas contrataciones la confidencialidad puntualmente el trámite se desarrollara de forma reservada

de tal manera que no se publicara en el portal de compras públicas. En los contratos de la comunicación social se realizará mediante de contratación directa y se revisara la petición de la unidad requerientes e invitación y la oferta efectuada previamente que se adjuntara a la misma y solicitará de estimar pertinente que se prosiga en el proceso. En la asesoría y patrocinio jurídico se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado y la máxima autoridad, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado. En las contrataciones de alguna obra artística literaria o científica en las contrataciones de esta sección, las garantías contractuales podrán ser otorgadas de forma personal, mediante pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista. En los Contratos Entre Entidades Públicas O Sus Subsidiarias una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información para el efecto en la invitación. Así mismo las celebradas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio esta modalidad de contratación estará a cargo del director general del Servicio Nacional de Contratación Pública.

- **Detallar los casos más figurados en el Ecuador como inconsistentes dentro de estos procesos de contratación.**

Como ya se analizó en la presente investigación nuestro país se ve involucrado en varios tramas de corrupción principalmente a través de las contrataciones que realiza y es evidente que la falta se ha venido dando de manera estructural pues a raíz de que los funcionarios mismo buscan beneficiarse y lucrarse en cada contrato los encargados del manejo y administración de recursos muchas de las veces buscan aliarse a estas fechorías para así no quedarse sin ser partícipes de estas perversidades donde los afectados somos todos los ecuatorianos, en el primer caso, se evidencia una contratación con altos sobrepuestos con empresas que a pesar de estar inhabilitadas para contratar, son las que aparecen como primeras al momento de adjudicarse una obras con valores incrementados en millones de dólares en los cuales a través de los exámenes realizados por contraloría se logró determinar estos sobrepuestos ejecutados por los funcionarios que se encontraban al frente de esas contrataciones. En el segundo caso tomamos como referencia un proceso de contratación de actividades comunicacionales que igualmente se realizó bajo el régimen especial contratando con empresas que en sus ofertas carecían de un cumplimiento estricto a los requisitos que estipula la ley y que a más de adjudicárseles a estas empresas los contratos las proveedoras de estos medios tecnológicos terminaron siendo otras, así mismo a parte de estas contrataciones también se dio una adicional referente a un consultoría

en la cual nunca se fijó un objeto para dicha contratación y aun así se llevó a cabo terminando en que todos estos contratos sumaron un precio desajustado a lo que en un inicio ya se determinó en la partida presupuestaria. Y en el tercer caso se hace referencia a la contratación que se dio por la situación emergente que pasamos por la pandemia de la SARS COV-2 en donde por denuncia de la ciudadanía la fiscalía actuó y comunicó a contraloría para que realice las acciones en función de sus facultades llevándose por delante inclusive a demás funcionarios públicos que talvez no tenían la voluntad de cometer estos actos se vieron involucrados por la omisión de diligencias que deben realizar para una adecuada gestión y administración que en este caso se daba en el hospital, y por las circunstancias por las que atravesamos las mascarilla, los guantes y las fundas para cadáveres eran insumos médicos que urgentemente se necesitaba por la alta demanda que existía en ese entonces, sin embargo los costos en los que se adquirió, represento un exagerado precio con empresas fantasmas y que igualmente se encontraban inhabilitadas para contratar de tal manera que el presente objetivo fue verificado y constatado con el estudio de casos.

- **Elaborar una posible resolución para que haya más credibilidad y transparencia en esta clase de procesos de contratación.**

Este objetivo se pudo evidenciar en una de las preguntas de la encuesta en donde se preguntó de si es necesario una resolución acerca de las contrataciones que existen dentro del régimen especial, estableciendo parámetros puntuales para acogerse a este procedimiento para que exista más credibilidad y transparencia en estos procesos de contratación y exista menos desconfianza hacia los funcionarios cuando se acogen a este procedimiento y realizan una contratación que se encuentra dentro del presente Régimen Especial .

7.2 Fundamentación jurídica de la resolución.

La propuesta de la resolución que se plantea se fundamenta en la Constitución de la República del Ecuador en su art 82 determina que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” así mismo el artículo 288 de la misma Constitución, dispone que: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”; dentro del marco legal orgánico se contemplara que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que: “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.”; de la misma forma dentro del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que son objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, entre otros, los siguientes: “1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional; 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna (...); 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado (...) 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”; también de conformidad con lo determinado en el artículo 10 de la LOSNCP-, el SERCOP, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo sus atribuciones, entre otras: “(...) 1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP; (...) 9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley; (...) 11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados; (...)”; así mismo es importante señalar que en cumplimiento con el principio de seguridad jurídica y garantizando la aplicación de los principios que rigen a la contratación pública, es indispensable que el SERCOP, conforme sus facultades, emita una normativa de carácter general, respecto a los contratos de fiscalización, con el fin de evitar la discrecionalidad por parte de los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública;

Con los resultados del estudio de campo realizados en la presente investigación queda por constatado que la resolución se la debe plantear en el control que ejerce el Servicio Nacional de Contratación Pública y la Contraloría General del Estado enfocada en el informe que esta institución emite para acogerse al Régimen Especial de contratación pública por tal motivo al preguntar Está usted de acuerdo en que se debería realizar una reforma acerca de las contrataciones que existen dentro del régimen especial el 97% de las personas respondieron afirmativamente lo que nos permitió establecer en que aspecto se debe elaborar la resolución para que al momento de emitir el informe de pertinencia con la aceptación favorable para acogerse a este procedimiento se verifique que el informe cuente con todo los requisitos previsto en la ley para dicha admisión al procedimiento.

Es por tal situación que se ha visto conveniente que se emita una resolución donde se encargue a determinado departamento la obligación de verificar y comprobar que la información proporcionada para que dicho informe sea revisado por una comisión técnica y logística formada por la asamblea nacional previo inicio a la fase precontractual del régimen especial.

8. Conclusiones

De acuerdo a la investigación efectuada dentro del presente trabajo de integración curricular denominado “La inadecuada vigilancia y supervisión que brinda el Servicio Nacional de Compras Públicas en los Procesos de Contratación bajo el Régimen Especial” de lo cual podemos educir las siguientes conclusiones:

1. Con la expedición de la Constitución de Montecristi en 2008 el accionar dentro de la Contratación Pública se ve determinada en los criterios que se debe cumplir para gestionar la adecuada distribución de los recursos públicos en las necesidades de la sociedad, no obstante en los procesos de régimen especial el SERCOP por contratos declarados en situaciones de emergencia o que por reserva se manejan de forma confidencial los criterios de transparencia e igualdad dentro de una ejecución contractual no se cumple con la norma suprema y demás leyes dispuesta a suplir con esta disposición.
2. Los órganos a cargo del control y supervisión si bien son algunos partiendo del principal ente en los procesos de contratación que es el SERCOP, tienen atribuciones y facultades para informar a la Contraloría General Del Estado si se conoce de alguna irregularidad o infracción en los casos del Régimen Especial como se da por disposición del Presidente de la Republica estos filtros se pasan por alto y son aprobados para su posterior ejecución sin verificar de la forma como la ley y su reglamento dispone.
3. Al existir los organismos y actores creados para verificar si se cumple con la regulación jurídica dada para las contrataciones la aplicación de las disposiciones de cada uno de estos como son las resoluciones, y circulares influyen en que se tergiverse la interpretación de las normas al momento de su aplicación al realizarse una contratación en el que se adquiere un servicio o se adjudica alguna obra.
4. En la fase precontractual la vigilancia ejecutada en el Régimen Especial de Contratación Pública dependiendo de la contratación que se realice, el proveedor que se selecciona en algunos de estos casos se adjudica de forma directa con la invitación de un solo proveedor sin que se garantice que haya un proceso de selección transparente y con las condiciones legales y técnicas que los interesados deben tener para participar en estos procesos.
5. Evidentemente en los contratos públicos realizados bajo el Régimen Especial existe una ineficiente aplicación de la ley y su reglamento al originarse bajo disposiciones del

Ejecutivo pues el comité dentro de las distintas entidades es designado mediante decreto presidencial y aquí lo ministros, funcionarios, y sus delegados acogen las decisiones que el mandatario disponga en lo cual se carece de una efectiva eficiencia por parte de las autoridades al frente de estos procesos de contratación.

9. Recomendaciones

1. Si bien este régimen especial se prevé por la agilidad y simplicidad al momento de ejecutar alguna contratación hay que tener en cuenta que se debe fortalecer los principios de igualdad, oportunidad y concurrencia, pues al ser lineamientos de obligatorio cumplimiento en estos procesos son casi nulos al momento de acceder a contratar bajo este Régimen.
2. Un seguimiento exhaustivo y minucioso en la obra, servicio o bien que vaya a ejecutarse mediante una proforma o cronograma de los distintos gastos en los que se haya incurrido para su realización, verificado por el SERCOP y la Contraloría General del Estado para así evitar que posteriormente se desemboque en que se realizó alguna contratación con sobreprecios.
3. Otra recomendación se enfoca en el esquema de control que los funcionarios por parte del SERCOP deben efectuar en los procesos de contratación, pues se da por la falta de capacitación e instrucción sobre las funciones y atribuciones que deben corregir para que las anomalías e irregularidades sean denunciadas y verificadas a tiempo y así no perder tiempo y recursos que pueden favorecer para alguna otra necesidad.
4. En cuanto a la actuación del SERCOP en los procesos de contratación bajo el régimen especial se debe buscar propender que las circulares emitidas por este ente rector de existir correlación apegada a la Ley pues vemos que luego cuando ya existen procesos administrativos en marcha se da una contradicción de normas y conlleva a que estas oposiciones entre unas normas con otras el sistema operativo de justicia resuelva en base a una interpretación más amplia para dar un juicio de valor en estos casos.
5. Una recomendación no menos importante también debe ser enfocada en el control que efectúa la Contraloría General del Estado que como organismo de inspección y vigilancia en los procesos de contratación pues se debe presentar una reestructuración y formación principalmente en las auditorías internas y externas, garantizando su independencia en las acciones de control sin caer en presiones que en estos casos se dan esencialmente por parte de quien se encuentra en el poder ejecutivo.

9.1. Modelo resolutivo



Servicio Nacional de
Contratación Pública

RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2022-0200

LA DIRECTORA GENERAL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que: el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”;

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la constitución (...)”;

Que, el artículo 227 de la citada Norma Suprema, señala que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”;

Que, el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”;

Que, el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, prescribe: “El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones”;

Que, el artículo 130 del Código Orgánico Administrativo, en relación con la competencia normativa de carácter administrativo, señala que: “Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública. La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley”;

Que, en cumplimiento con el principio de seguridad jurídica y garantizando la aplicación de los principios que rigen a la contratación pública, es indispensable que el SERCOP, conforme sus facultades, emita una normativa de carácter general, respecto a los contratos de fiscalización, con el fin de evitar la discrecionalidad por parte de los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 69, de 9 de junio de 2021, el presidente de la República designó a María Sara Jijón Calderón, como directora general del Servicio Nacional de Contratación Pública; y,

En ejercicio de las atribuciones conferidas en los números 8 y 9 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el número 6 del artículo 8 del RGLOSNC, P,

RESUELVE:

EXPEDIR RESOLUCIÓN PARA LA VERIFICACIÓN Y SUPERVICION DEL CUMPLIMIENTO A LA NORMATIVA EN EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIONES

Artículo 1.- Encárguese al Departamento de Gestión Normativa verificar de manera obligatoria que se encuentre completa la información contenida en el formulario único de la oferta respecto a la declaración de beneficiario final presentada tanto por los oferentes como por el adjudicatario en los procedimientos de Régimen especial.

Artículo 2.- Disponer a la Secretaría General expedir el modelo de “ORDEN DE COMPRA”, aplicable al procedimiento de régimen especial, para que las entidades contratantes cuenten con los módulos y pautas a seguir dentro del presente procedimiento.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA. - La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, DM. A los 24 días del mes de septiembre de 2022

Comuníquese y publíquese. -

María Sara Jijón Calderón,

DIRECTORA GENERAL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Certifico que la presente Resolución fue aprobada y firmada el día 24 de septiembre de 2022.

Tannia Sabina Parra Miño

**DIRECTORA DE GESTIÓN DOCUMENTAL Y ARCHIVO SERVICIO NACIONAL
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

10. Bibliografía

- Pérez, A. (2008). Manual De Contratos Del Estado. (Corporación De Estudios Y Publicaciones.
- Pérez, E. (2006). Derecho Administrativo. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López, A. (2013). Prácticas Anticompetitivas En La Contratación Del Sector Público.
- Aguirre, R. (2009) El Derecho Administrativo dentro del equilibrio Jurídico Social.
- López, D. Pérez, A. Aguilar, J. (2011) Manual de contratación publica
- Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental, (vol.1, p. 341)
- Ossorio, M. (1974). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.
- GOMEZ, Sanchis Daniel, “Contratos Administrativos”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo: El Poder Modificadorio de la Administración en los Contratos Administrativos”, Segunda Edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- JARAMILLO, Ordoñez Hernán, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, Loja – Ecuador, 1999.
- Piazzo, C. E. (2010). Transparencia en la contratación administrativa.
- Rojas, E. (s.f.). Derecho Administrativo. Edilex S.A.
- Nueva Enciclopedia Planeta (Vol. quinto). (1987). Quito, Ecuador: Planeta.
- Núñez, C. V. (2009). Fundamentos de la contratación pública. Quito, Ecuador.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (s.f.). Obtenido de www.secop.gob.ec

Normativa legal

- Constitución De La República Del Ecuador. (2008). Ediciones Legales S.A.
- Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Compras Públicas. (2008). Lexxis
- Ley Orgánica De Servicio Público. (2010). Registro Oficial.
- Código Orgánico Administrativo (2017). Lexxis.


11. Anexos

ANEXO 1

Formato de las encuestas

Encuesta dirigida a Profesionales del derecho

Estimado(a) Sr(a); por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“LA INADECUADA VIGILANCIA Y SUPERVISION QUE BRINDA EL SERVICIO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACION BAJO EL REGIMEN ESPECIAL”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación a la presente **ENCUESTA**, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

nataly.armijos@unl.edu.ec [Cambiar de cuenta](#) 

***Obligatorio**

1. Considera usted que La Ley orgánica del Sistema Nacional de contratación pública es clara al precisar en su art 2 que contrataciones se realizaran bajo el Régimen Especial *

si

No

Por qué *

Tu respuesta

2. Conoce para que fin se prevé un régimen especial en los procesos de contratación el Servicio Nacional de Compras Publicas *

Si

No

Por qué *

Tu respuesta

3. ¿Considera usted que existen falencias en las contrataciones de Régimen Especial que el Estado realiza? *

- Si
- No

Por qué? *

Tu respuesta _____

4. ¿Considera usted que, a través del Régimen Especial de contratación pública existe más posibilidades de desviar los fondos públicos? *

- Si
- No

¿Por qué? *

Tu respuesta _____

5. ¿Considera usted, que la Contraloría General del Estado en coordinación con otras instituciones encargadas de fiscalizar y supervisar este tipo de procedimiento deberían realizar un control más minucioso en las contrataciones del Régimen especial? *

- Si
- No

¿Por qué? *

Tu respuesta _____

6. ¿Está usted de acuerdo en que se debería realizar una posible resolución acerca de las contrataciones que existen dentro del régimen especial, estableciendo parámetros puntuales para acogerse a este procedimiento?

- Si
- No

¿PORQUE? *

Texto de respuesta corta _____

ANEXO 2

Formato de las entrevistas

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO.**

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a), me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: “: **LA INADECUADA VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN QUE BRINDA EL SERVICIO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN ESPECIAL**”; solicito a usted de la manera más comedida sirvase dar contestación al siguiente cuestionario de ENTREVISTA, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

1. **Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantiza la transparencia en la contratación pública, principalmente en los contratos realizados bajo el Régimen Especial.**

2. **¿Cree usted que los mecanismos creados para el control y supervisión que realiza la Contraloría General del Estado frente a las contrataciones del régimen especial son los más idóneos al ser específicamente reglamentadas por presidente de la República?**

3. **¿Considera usted que en base a las contrataciones ejecutadas en el país bajo este régimen se garantiza la calidad del gasto público en su ejecución?**

4. **¿Cree usted que el Régimen especial al ser un procedimiento más ágil, verdaderamente cumple con los principios de la contratación pública, haciendo hincapié en los principios de igualdad y transparencia pues al ser de carácter confidencial la motivación, esta puede ser inclusive con un solo proveedor?**

|
Gracias por su colaboración.

ANEXO 3 Certificado De Traducción Del Abstract

Loja, 06 de enero de 2023

CERTIFICACIÓN DE TRADUCCIÓN

Doctora.

Erika Lucía González Carrión, Ph.D.

Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación de la Universidad Nacional de Loja

CERTIFICO:

En mi calidad de traductora del idioma Inglés, con capacidades que pueden ser probadas a través de las traducciones realizadas para revistas de alto impacto como: Comunicar(Q1): <https://bit.ly/3v0JggL>, así como a través de la Certificación de conocimiento del Inglés, nivel B2, que la traducción del Resumen (Abstract) del Trabajo de Titulación denominado: “La inadecuada vigilancia y supervisión que brinda el Servicio Nacional de Compras Públicas en los Procesos de Contratación bajo el Régimen Especial” de la autoría de la egresada: Nataly Gabriela Armijos Armijos, con CI: 1150040069 es correcta y completa, según las normas internacionales de traducción de textos.

Es cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando a los interesados, Nataly Gabriela Armijos Armijos, hacer uso legal del presente, según estime conveniente.

Atentamente,



Dra. Erika González Carrión. Ph.D.

Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación
Universidad Nacional de Loja