



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"LA DISCRECIONALIDAD QUE EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LE OTORGA A LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LAS ENTIDADES GUBERNAMENTALES QUE SE RIGEN AL ÁMBITO DE ESTA LEY, PERMITE DIRECCIONAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA Y CONTRATAR DE MANERA DIRECTA VULNERANDO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LEGALIDAD, TRATO JUSTO Y TRANSPARENCIA"

Tesis previa a la obtención
del Título de Abogada

AUTORA:

Nancy Andrea Loaiza Celi

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN


Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICO:

Haber revisado el trabajo de investigación de tesis para la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, realizado por la postulante Nancy Andrea Loaiza Celi, sobre el tema "LA DISCRECIONALIDAD QUE EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LE OTORGA A LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LAS ENTIDADES GUBERNAMENTALES QUE SE RIGEN AL ÁMBITO DE ESTA LEY, PERMITE DIRECCIONAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA Y CONTRATAR DE MANERA DIRECTA VULNERANDO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LEGALIDAD, TRATO JUSTO Y TRANSPARENCIA" el mismo que cumple con las exigencias académicas y reglamentarias para este tipo de trabajo, por lo que autorizo su presentación.

Loja, Enero del 2016.


.....
Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

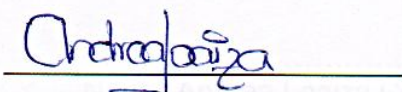
AUTORIA

Yo, Nancy Andrea Loaiza Celi declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Tesis en el Repositorio Institucional -Biblioteca Virtual.

Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

Firma:



Cédula: 1104429921

Fecha: Loja, Enero del 2016

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

Yo, Nancy Andrea Loaiza Celi, declaro ser autora de la tesis titulada: "LA DISCRECIONALIDAD QUE EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LE OTORGA A LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LAS ENTIDADES GUBERNAMENTALES QUE SE RIGEN AL ÁMBITO DE ESTA LEY, PERMITE DIRECCIONAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA Y CONTRATAR DE MANERA DIRECTA VULNERANDO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LEGALIDAD, TRATO JUSTO Y TRANSPARENCIA" Como requisito para optar el Grado de: Abogada, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 08 días del mes de Diciembre del dos mil dieciséis, firma la Autora:

Firma: 
Autor: Nancy Andrea Loaiza Celi
Cédula: 1104429921
Dirección: Loja, Barrio La Pradera, Calles: Caloba y Arabiscos
Correo Electrónico: loaiza_1_73@hotmail.com
Teléfono: 0990709093

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.	PRESIDENTE
Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc.	VOCAL
Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.	VOCAL

DEDICATORIA:

El presente trabajo de investigación previo a la obtención del Título de Abogada en Jurisprudencia lo dedico con mucho cariño a mis queridos padres Lic. Mg. Luis Loaiza y Lic. Nancy Celi, a mis hermanos Ing. Santiago Loaiza, Ing. Yuliana Loaiza, a los motores de mi vida mis sobrinos, Milka, Emily, Alejandro, Gustavo y Eduardo quienes me supieron brindar su apoyo incondicional, lo cual me sirvió para realizar el cumplimiento de las metas académicas, que me he propuesto alcanzar en la vida.

Con mucho amor para el ángel que tengo en el cielo Nicolás.

ANDREA LOAIZA

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia en el presente trabajo de investigación, mi sincera muestra de gratitud a la Universidad Nacional de Loja y a la Carrera de Derecho, por permitirme ser parte de la misma y por brindarme la posibilidad para alcanzar los títulos académicos que me he propuesto. De la misma manera, no quiero dejar de lado el apoyo brindado por el Dr. Mg. Augusto Astudillo, quien con su paciencia y su calidad de docente universitario dirigió mi trabajo de tesis; a él también mis más sinceros agradecimientos.

LA AUTORA

1. TITULO

"LA DISCRECIONALIDAD QUE EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LE OTORGA A LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LAS ENTIDADES GUBERNAMENTALES QUE SE RIGEN AL ÁMBITO DE ESTA LEY, PERMITE DIRECCIONAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA Y CONTRATAR DE MANERA DIRECTA VULNERANDO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LEGALIDAD, TRATO JUSTO Y TRANSPARENCIA"

2. RESUMEN.

La presente investigación tiene acierto e importancia porque trata de un problema jurídico. Así mismo, como egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja estoy en la obligación de contribuir y aportar para hacer de nuestra sociedad más justa, equitativa y valedera en el campo jurídico, evitando que día a día este inmersa en la injusticia y el abandono.

En el artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP determina sobre la situaciones de emergencia, lo siguiente: "Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva". por lo que corresponde a la autoridad de la entidad pública que pretenda realizar este tipo de contratos, establecer mediante resolución debidamente motivada y fundamentada las condiciones por las cuales se ha de realizar el contrato, para superar las situaciones de emergencia que requieran de una acción rápida y prioritaria. La declaratoria de emergencia, implica una mayor responsabilidad para las autoridades de entidades públicas pues superada la emergencia deberán responder por sus actos u omisiones.

Para la contratación en situaciones de emergencia, se debe tomar en cuenta los procedimientos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP, que tal como se encuentran determinados permite que se realicen estas contrataciones de manera directa, lo que atenta a los principios de contratación pública ecuatoriana, por lo que, es necesario realizar una reforma a la LOSNCP.

Es por este motivo que me he propuesto como principal objetivo el plantear que la normativa que rige al sistema nacional de contratación pública, sea reformada en la parte pertinente al procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia con la finalidad de garantizar que éste tipo de procesos se ,dé respetando los principios de la contratación pública, de manera primordial los de trato justo, igualdad, legalidad y transparencia.

Así mismo, el proceso investigativo me permitirá adentrarme en el tema planteado, conocer tanto en forma teórica como práctica los aspectos relacionados con el problema objeto de estudio, para finalmente lograr los objetivos que me he trazado. Estoy segura de que con el presente trabajo investigativo de carácter científico jurídico contribuiré para que otros estudiantes cuenten con una guía para futuras investigaciones.

ABSTRACT

The present investigation has success and importance because it's a legal problem. Likewise, as a graduate of the career of law of the National University of Loja I am obliged to contribute and contribute to make our society more just, equitable and valid in the legal field, avoiding that day by day this steeped in injustice and abandonment.

On the item 6 numeral 31 of the LOSNCP determines on the s ituciones of emergency e ncia, the next: "are those generated by serious events such as accident " t , earthquakes, floods, droughts, severe shock internal imminent aggression n external war international, disaster natural , and other that come of force or case fortuitor , to level national , sector or institutional. "A situation emergency is concrete, immediate unexpected, tested and objective". by the that corresponds to the authority of the entity public that intends to carry out East type of contracts, set by resolution duly motivated and based the conditions by the which is has of make contract, for overcome the situations of emergency require of action fast and priority. The declaration of emergency, implies a greater responsibility for the authorities of public entities as overcome the emergency must reply by its acts u omissions.

For the recruitment in situations of emergency is must take in has procedures certain in the item 57 of the LOSNCP , as are certain to allow

that these contracts are made directly, what attentive to the Ecuadorian Government procurement

Likewise, the investigative process will allow me to go into the issue raised, know both theoretically and practical aspects related to the problem object of study, to finally achieve the objectives me I've drawn. I am sure that with this investigative scientific legal work will contribute to ensure other students with a guide for future research.

3. INTRODUCCIÓN.

Ante una necesidad imperante de transparentar la contratación pública en el Ecuador, se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador (LOSNCPE) en el mes de agosto del 2008, que rige desde entonces al sistema de contratación pública ecuatoriano, el cual además se sustenta en el Reglamento General a la Ley (RGLOSNCPE), algunos decretos ejecutivos expedidos por el Presidente de la República, y las resoluciones externas emitidas por el INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública) y el mismo que tiene competencia legal para actuar de esa manera y actualmente denominado SERCOP.

Si bien esta ley ha solucionado en su mayoría los problemas que existían en el sistema de contratación pública anterior, con el tiempo se ha podido evidenciar que con la normativa que se encuentra en vigencia todavía persisten algunos de los problemas, por lo que la falta de aplicación y respeto a las normas constitucionales y legales, ha sumergido a nuestro país en un proceso de transición que no termina en ciertos tipos de contratación. Son evidentes y constantes las inquietudes y dudas que invaden a algunos proveedores del estado sobre la legalidad de los procedimientos de contratación pública, entre los cuales destacan las contrataciones en situaciones de emergencia, ya que desde la vigencia de la Ley, el Instituto Nacional de

Contratación Pública (INCOP) ha detectado irregularidades en gran cantidad de compras realizadas a través de su portal por varias entidades públicas, basada en resoluciones de emergencia injustificadas; obviamente debido a que las contrataciones por

declaratorias de emergencia son "directas", con lo cual se obvian procesos de contratación y se corre el peligro de que sean utilizadas para eludir la norma y contratar a dedo buscando el beneficio propio del funcionario público que actúa en el proceso y el de familiares y amigos, dejando en desigualdad de oportunidades a los proveedores nacionales. Ante ésta realidad social nos preguntamos: ¿podemos afirmar que la actual normativa vigente de contratación pública, brinda garantías a los proveedores para acceder a procesos de contratación pública con un trato justo e igualitario en oportunidades y condiciones, en los casos de contrataciones en situaciones de emergencia?, ¿probablemente la legislación vigente adolece de vacíos jurídicos en cuanto al procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia, los que son aprovechados para el interés particular y beneficio personal de algunos funcionarios del Estado?, ¿la intervención de los organismos de control del Estado es oportuna y eficaz para garantizar que los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia se realicen de forma legal y transparente? Del análisis realizado a las inquietudes y real situación de la sociedad

actual frente al procedimiento establecido para la contratación en situaciones de emergencia, de todo lo analizado se ha podido determinar que existe un problema jurídico que requiere especial interés, como lo es la necesidad de reformar el Art. 57 de la LOSNCP, para garantizar los principios de igualdad, legalidad, trato justo y transparencia en las Contrataciones en situaciones de emergencia.

El desarrollo de esta tesis, se encuentra estructurada de la siguiente manera: En primer lugar concretaré el acopio teórico comprendiendo: a) un marco teórico conceptual; Un marco Jurídico; un marco doctrinario: En segundo lugar se sistematizará la investigación de campo o el acopio empírico de la siguiente forma: a) Presentación y análisis del resultado de las encuestas. En tercer lugar contare con la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de; a) indicadores de la verificación de los objetivos y contrastación de las hipótesis. b) La deducción de conclusiones y; c) El planteamiento de recomendaciones o sugerencias entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

4. REVISION DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. CONCEPTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano dispone que “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹

Es decir, la institución jurídica del contrato, no es una figura exclusiva del Derecho Privado, pues, se aparta frecuentemente del estricto ámbito del Código Civil y da paso hacia otros campos para extenderse también a la esfera del Derecho Público.

El contrato típico de Derecho Público es el Contrato Administrativo, vale decir, el celebrado entre la Administración Pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho Público.

Constituye éstos últimos, el objeto de nuestro estudio, y a ellos nos vamos a dedicar:

¹ CABANELLAS GUILLERMO. “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”; BUENOS AIRES-ARGENTINA; 2003

El tratadista Roberto Dromi, conceptúa al contrato administrativo como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de la cual una está en ejercicio de la función administrativa”.²

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

Para Jeze, Gastón en su libro “Servicios Públicos y contratos Administrativos” establece que “Son contratos administrativos los realizados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí”³

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de

² CASSAGNE JUAN. “DERECHO ADMINISTRATIVO”; SÉPTIMA EDICIÓN

³ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra” . (Art. 6, numeral 5, de LOSNCP).

Para mi opinión los contratos públicos, son el acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través de la cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio, incluido actualmente los de consultoría, y para entender mejor, definiré a cada uno de ellos.

Los contratos de ejecución de obras, “son aquellos mediante los cuales la administración conviene con un contratista la construcción o el mantenimiento de un inmueble de interés público”

Los contratos de adquisición de bienes, son aquellos que tienen “por objeto la adquisición por parte de la administración de los bienes muebles que requiera para un servicio”⁴

Los contratos de prestación de servicios, se refieren a que “la entidad contratante conviene con un contratista en la prestación de un servicio

⁴ EDICIÓN; LEXIS NEXIS ABELEDO PERROT; BUENOS AIRES; 2005

requerido para la satisfacción de una necesidad institucional.”⁵

Los contratos de consultoría, versan en esencia “a la prestación de servicios de profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto, identificar, auditar, planificar, elaborar, o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación.

Es necesario señalar que instituciones, entidades, empresas públicas pueden aplicar este tipo de contratos:

- “1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades

⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS. “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO”; 2DA

señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

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

norma.”⁶

Son entonces los Contratos Administrativos, en general, aquellos en que intervienen

la Administración Pública en cualquiera de sus esferas, además, para que el contrato sea administrativo deben tener por objeto la satisfacción directa de una necesidad pública. Por lo que son elementos característicos del Contrato Administrativo, por un lado, el interés general como causa del mismo, el servicio público como el objeto, la forma como requisito esencial, la desigualdad de las partes, la jurisdicción especial y la especialidad legal.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública nos concede un glosario de definiciones para efectos de su comprensión, es así que en el Art. 6 Nral. 5 concibe a la contratación pública como “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”², estos procedimientos permiten

⁶ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

mantener el desarrollo económico estatal, pues como Herman Jaramillo señala la finalidad de la contratación pública es “diferenciar los actos precontractuales en razón de la cuantía de salarios mínimos vitales generales para la formalización de contratos; establecer las formas de convocatoria para la prestación de propuestas y ofertas; mejorar técnicamente las condiciones de las propuestas para la ejecución de obras; adquisición de bienes o prestación de servicios, y, evitar actos dolosos que pueden cometerse entre las partes contratantes.¹⁹” Pues en base lo que se busca es satisfacer las necesidades apremiantes de la colectividad a través de la prestación de servicios de bajo costo pero con calidad que les permita a la ciudadanía vivir con dignidad y al Estado no se le genere perjuicios económicos por la deficiente prestación de los mismos.

4.1.2. CONCEPTOS GENERALES DE SITUACION DE EMERGENCIA

Etimológicamente la palabra emergencia, proviene del latín emergens y que a su vez tiene dos acepciones “1. Acción y efecto de emerger” y “2. Suceso accidente que sobreviene.”⁷.

Para el autor argentino Germán Bidart Campos en su obra Manual de la Constitución, sostiene que las emergencias son “situaciones anormales o caos críticos, que previsibles o no, resultan

⁷ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica y se hace valer la doctrina del Estado de necesidad.”

A su vez, en el Diccionario Jurídico Elemental del autor Guillermo Cabanellas indica que la palabra emergencia “(...) significa ocurrencia o accidente, y el hecho de brotar o salir agua; sin embargo, por evidente anglicismo se le atribuyen los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción (...)”⁸

Así, además de ser locuciones oficiales estado de emergencia y ley de emergencia, se habla de medida de emergencia para referirse a las disposiciones provisionales en casos apremiantes para el bien público o la seguridad general”, es decir, que la emergencia son eventos adversos de similares características a los desastres, con la diferencia que, la comunidad afectada está en la capacidad de controlarlas por sus propios medios.

Ahora, respecto de la conceptualización de la palabra estado, el Diccionario Actual de la Lengua Española, que menciona que estado

⁸ PARRAGUEZ R., LUIS. “APUNTES AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”; LIBRO CUARTO TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES; UTPL; LOJA-ECUADOR; 1999

proviene del latín status, que equivale al “Conjunto de circunstancias que concurren en un asunto determinado” En ese sentido, el estado de emergencia de acuerdo a la fuente citada es la “Situación de alteración del orden público producida por una catástrofe u otra causa grave, considerada en algunas legislaciones latinoamericanas, en que pueden tomarse medidas de gobierno de carácter excepcional”.

La característica principal de la situación de emergencia, tal como descrita en el artículo citado consiste en que sea imprevista, es decir, imposible de pronosticar por una persona de experiencia y conocimiento en el campo correspondiente. Así, los eventos de crisis originados en la falta de planificación, negligencia, imprevisión o inexperiencia a mi criterio no podrían catalogarse como emergencias. Tanto los sucesos naturales como los derivados de la actividad humana, se constituyen en amenazas existentes en su entorno, adicionalmente a esta vulnerabilidad se suma el uso inapropiado del espacio y su conducta a menudo transgresora, de allí el riesgo resulta una constante y los desastres una consecuencia lógica.

Es importante reconocer que en nuestro país existen numerosos organismos dedicados a cumplir acciones de apoyo y ayuda en los desastres, a más de que desarrollan actividades en las diferentes fases y etapas de estos eventos adversos; no trabajar en el tema de prevención de los desastres, ni mucho menos trabajan en determinar si la

emergencia es tal como se la quiere hacer parecer, por lo cual es necesario que las instituciones conozcan y manejen definiciones claras y operativas y no se gasten los recursos económicos en la contratación de obras y servicios que no son probadas ni necesarias.

a) Accidentes.- La palabra accidente según la Real Academia de la Lengua Española, define como tal a “cualquier suceso que es provocado por una acción violenta y repentina ocasionada por un agente externo involuntario, da lugar a una lesión corporal. La amplitud de los términos de esta definición obliga a tener presente que los diferentes tipos de accidentes se hallan condicionados por múltiples fenómenos de carácter imprevisible e incontrolable”⁷. Definición que me permito complementar con la emitida por el autor argentino Manuel Ossorio que en el Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales, conceptualiza este término como aquel “suceso eventual que altera el orden regular de las cosas o del que resulta daño para las personas o cosas,”⁸ personalmente estimo que accidente es un suceso imprevisto que causa conmoción donde se presente y si lo aplicamos dentro del campo de la contratación pública debería constatarlo y evaluárselo para que pueda ser considerado como emergente pues se trata de sucesos o acontecimientos eventuales.⁹

⁹ DISPOSICIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR. 2011

b) Inundaciones.- Inundación es un término que proviene de inundar del latín inundare, vocablo que hace referencia a “cubrir el agua los terrenos y a veces las poblaciones.”¹⁰ Conceptualizando este fenómeno debo indicar que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es “la ocupación por parte del agua de zonas que habitualmente están libres de ésta, bien por desbordamiento de ríos y ramblas por lluvias torrenciales o deshielo, o mares por subida de las mareas por encima del nivel habitual o por avalanchas causadas por maremotos”.¹⁰ Al igual que los otros fenómenos, irrumpe en la sociedad causando daños no sólo dañan a la propiedad si no que amenazan la vida de humanos y animales de un momento a otro. Las inundaciones se producen cuando, al no poder absorber el suelo y la vegetación toda el agua, ésta fluye sin que los ríos sean capaces de canalizarla ni los estanques naturales o pantanos artificiales creados por medio de presas puedan retener al agua.

c) Sequía.- Muy contrario a la inundación, la sequía es otro fenómeno que está dentro las causas por las cuales se puede declarar el estado de emergencia en un Estado, a la sequía se la define como “una anomalía transitoria en la que la disponibilidad de agua se sitúa por debajo de los requerimientos estadísticos de un área geográfica dada”¹¹. El término sequía se aplica a un periodo de tiempo en el que la escasez de lluvia produce un desequilibrio hidrológico grave. Por lo tanto causa efectos graves en la sociedad en general que afectan al normal desarrollo

¹⁰ CASSAGNE JUAN. “DERECHO ADMINISTRATIVO”; SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA; ABELEDO-PERROT; BUENOS AIRES; 2002

es estas. La sequía hace referencia al estado de las sociedades carentes de agua, es decir, a un tiempo seco de larga duración.

d) Terremoto.- El término terremoto de acuerdo al Diccionario Espasa proviene del latín *terraemotus* que equivale a “sismo; suceso que trastoca una situación (...).”¹¹

La Enciclopedia Virtual Wikipedia respecto de terremoto menciona “también llamado seísmo o sismo o temblor de tierra es una sacudida del terreno que se produce debido al choque de las placas tectónicas y a la liberación de energía en el curso de una reorganización brusca de materiales de la corteza terrestre al superar el estado de equilibrio mecánico”⁴⁵, es decir que terremoto, es el movimiento de la tierra es generado desde el centro de la misma y por lo tanto tampoco es predecible su acontecimiento y pueden ir desde vibraciones que oscilan desde leves, es decir, las que apenas son apreciables hasta las que alcanzan características catastrófico y con desenlaces desfavorables para los seres que habitan en el ambiente.

e) Grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional.- La confrontación armada de unas naciones contra otras o al interior de una misma nación puede ser una fuente considerable de desastres, al respecto del estado de emergencia por estas situaciones me permito, citar el comentario del autor Manuel Ossorio que a esta circunstancias las define como la “situación que produce cuando hechos graves -o que se suponen tales- quiebran la normalidad del país y ponen

¹¹ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

en peligro las instituciones constitucionales o de facto. Frente al estado de emergencia se han buscado múltiples remedios que apoyándose en un estado de necesidad más o menos discutible, vienen a reforzar las facultades del Poder ejecutivo a costa de los otros dos poderes, (...). Generalmente la situación de emergencia se declara so pretexto de defender las instituciones constitucionales, como sucede con la pretendida justificación de los frecuentes “golpes de Estado”. Pero no deja de ser paradójico que para defender la Constitución, se empiece por vulnerarla”¹²

Criterio

que me permito complementar con el razonamiento del tratadista Segundo Linares que vincula al estado de emergencia con la subsistencia del Estado y al respecto señala “(...) ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden internacional y hasta la vida del Estado, como las que caracteriza a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un descaecimiento de las garantías de la libertad individual.”¹³

Personalmente considero que la desavenencia o el rompimiento de la paz entre dos o más países; así como también lucha armada entre dos o más

¹² JARAMILLO, HERMAN. “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; TERCERA EDICIÓN; DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA; LOJA; 1992

¹³ LARREA H., JUAN. “ENCICLOPEDIA JURÍDICA ECUATORIANA”; 11 TOMO; EDITORIAL FUNDACIÓN LATINOAMERICANA ANDRÉS BELLO; PPL IMPRESORES; QUITO-ECUADOR; 2006.

naciones, a mi parecer es un concepto antijurídico, pues el empleo de la fuerza no puede ser procedimiento de solución de los conflictos internacionales ni al interior de los países ya que no ofrece la mínima garantía de justicia para sus habitantes, en estos casos el estado de emergencia puede ser decretado precisamente a fin de garantizar la democracia en el país y adicionalmente para proteger los derechos personalísimos de los/las ciudadanos/as.

f) Catástrofes naturales.- Las catástrofes naturales, hacen referencia a las enormes pérdidas humanas y materiales ocasionadas por eventos o fenómenos como los terremotos, inundaciones, deslizamientos de tierra, deforestación, contaminación ambiental y otros, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua indica que las catástrofes naturales “son causados por las actividades humanas, que alteran la normalidad del medio ambiente”, criterio con el que comparto en su plenitud, no obstante, no necesariamente las catástrofes únicamente se deban a circunstancias propias de mano del hombre sino que vienen junto con los eventos naturales ponen en peligro la existencia de los seres vivos en la tierra.

En definitiva, todo tipo de fenómenos o catástrofes afectan innegablemente a un Estado, complican su comunicación, no permite que se efectúen las actividades cotidianas de la sociedad y produce muchas veces efectos irreparables que deben subsanarse de inmediato. Es ahí donde se busca la necesidad urgente de que cuando se susciten estos acontecimientos es imposible no contratar la adquisición de bienes y

servicios para suplir estas necesidades, pero éstas deben ser debidamente comprobadas y fundamentadas, para así la conveniencia o no de favorecer la contratación de empresas extranjeras que podrían valerse de estas situaciones para perjudicar al erario nacional, o en su defecto se supere en indebida forma una situación que con el tiempo puede llegar a ser más lamentable.

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.- EL Código Civil en el Art. 30, define a la fuerza mayor o caso fortuito como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Por cuanto los contratos por emergencia tienen como objetivo primordial la atención inmediata ya previniendo o superando emergencias que provengan de estas circunstancias.

De acuerdo al Diccionario Jurídico de Cabanellas la fuerza mayor hace referencia a "Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse, y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito. Aparece como obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación" definición que es complementada al señalar que "La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito."¹⁴

¹⁴ LÓPEZ WILLAM. (2010): TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Teoría, PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA, TOMO 1, EDITORIAL JURÍDICA DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR

Son elementos necesarios para que concurra la fuerza mayor o caso fortuito:

- i. Imprevisibilidad, es decir, lo que no ha podido preverse, será siempre una cuestión de hecho librada de la decisión de los jueces, en la fuerza mayor la previsibilidad se encuentra ausente.
- ii. Irresistibilidad, el hecho imposible de ser evitado.
- iii. Actualidad, el hecho debe ser actual y producir los efectos inmediatos o a mediano y largo plazo.

En consecuencia, una vez suscitada la fuerza mayor, la entidad contratante en el área de sus competencias debe atender la emergencia producida en tiempos inmediatos, lo que no da lugar a que se inicie un proceso común establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La fuerza mayor o el caso fortuito se ha vulnerado en la administración pública, pues se le ha generalizado a tal punto que se ha intentado contratar un sinnúmero de proyectos bajo la norma de excepción, aduciendo factores de financiamiento de los proyectos, de temporalidad o plazos para su ejecución, cuando solamente se puede considerar como fuerza mayor y que debe ser atendido en forma inmediata por ejemplo la erupción de un volcán, un deslave, que impide la transportación de las personas, cosas; epidemias, destrucción de los medios de subsistencia, etc.

4.1.3. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.-

El término administración pública, etimológicamente proviene del latín “ad- ministrate, que significa servir, o de ad-manus trahere que elude o hace referencia a la idea de manejar o gestionar algo”, en ese sentido, en términos generales el termino administración implica una serie de procesos tendientes a planificar, organizar, dirigir, controlar, modernizar y coordinar algo o a alguien a fin de cumplir con los objetivos que persigue el servir a la sociedad como funcionario público. El jurista ecuatoriano Herman Jaramillo en su Manual de Derecho Administrativo menciona que administración pública “es la acción planificada del gobierno, encaminada en forma ordenada, técnica y jurídica, a satisfacer servicios relacionados con la salud, la vivienda, la alimentación, la educación, la vialidad, el transporte, la protección o promover el bienestar común y dar soluciones frente a los reclamos y necesidades formuladas por las personas y los pueblos”, esta definición hace referencia estrictamente al cumplimiento de los intereses o servicios generales de la sociedad por intermedio de una administración estatal.¹⁵

El autor argentino Guillermo Cabanellas, considera a la administración pública como “El Poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal,

¹⁵ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones”¹⁶. Así mismo, la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana cita al autor Juan Larrea Holguín y establece que dicha administración se refiere a los “Actos de gobierno; cuando ejecutan las autoridades y organismos de Estado para conseguir el bien común. Por lo tanto, se distingue una administración de la función legislativa, otra de la ejecutiva y de la judicial. Con todo, se reserva el término Administración Pública especialmente a la acción de las autoridades ejecutivas. El gobierno se refiere directamente a las potestades públicas con relación a las personas, mientras que la administración se aplica inmediatamente a los bienes, en vista del servicio a las personas.”¹⁷

En nuestro país, tenemos los cinco poderes públicos, siendo la Función Ejecutiva a través de la Presidencia de la República y sus ministerios la que vela porque se dé satisfacción a las necesidades básicas de los ciudadanos, siendo en el caso ecuatoriano el sistema nacional de contratación pública un medio para optimizar los procesos de selección de los bienes y servicios que puedan coadyuvar a la consecución del bienestar general de la población, pues, en todo lo referente con negocios jurídicos en los cuales intervenga el Estado, entran en el campo de dicha contratación.

En este sentido, tomando en consideración las definiciones antes expuestas, se puede considerar que la administración pública, es la

¹⁶ FORSTHOFF; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

¹⁷ PARRAGUEZ R., LUIS. “APUNTES AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”; LIBRO CUARTO TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES; UTPL; LOJA-ECUADOR; 1999

organización integrada y encabezada por una persona con un poder de decisión, mismo que con medios económicos y materiales a su disposición, son aplicados en favor de la satisfacción de las principales necesidades ciudadanas y para el logro de un fin que es el bienestar general.

En todo Estado es de vital importancia que su estructura y organización depende de la existencia de una administración pública y de esta forma tratar de satisfacer las más elementales necesidades de los habitantes de ese Estado. Al respecto, el jurista ecuatoriano William López Arévalo en su obra titulada Tratado de Contratación Pública, manifiesta que “Se entiende por Estado a la organización política y jurídica de un pueblo en un determinado territorio y bajo un poder de mando según la razón”. En base a ello personalmente considero que efectivamente el Estado es una organización completa de carácter político-social y jurídico y que a través de su funcionamiento ejerce dominio, mandato y administración hacia toda la sociedad que lo conforma, consecuentemente al Estado le corresponde la administración pública. El objeto de la administración es prestar servicios permanentes, regulares, continuos, iguales, eficientes y eficaces para satisfacer las necesidades e intereses generales. Al ser la administración pública ejecutora de prestación de bienes y servicios tiene los siguientes fines según lo describe el autor Herman Jaramillo:

- “a) El desarrollo económico, social y cultural de sus habitantes mediante la prestación eficiente de servicios; y,
- b) El bienestar común de la colectividad, mediante la aplicación de la justicia”¹⁸

Personalmente estimo que la administración pública sirve para los intereses generales de la sociedad, para lograr el bienestar general y promover el progreso económico y social del Estado, ya que dentro de la administración pública es donde se organiza, coordina y ejecuta las políticas encaminadas a lograr un desarrollo para la sociedad en su conjunto.

4.1.4. EL ACTO ADMINISTRATIVO.-

El concepto de Acto Administrativo se origina en la revolución francesa, en la que nace el Estado moderno que involucra las tres funciones clásicas, con el claro propósito de evitar que los actos de la Función Ejecutiva sean conocidos por la Función Judicial; lo que a criterio de Agustín Gordillo ha propiciado que muchas veces esas decisiones se expidan únicamente para favorecer al poder y someter al individuo; arbitrariedades administrativas que no controladas oportunamente, constituyen ambiente propicio para actos reñidos con la moral y el derecho.

¹⁸ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

Existen dos conceptos de Acto Administrativo: toda actividad que realicen órganos administrativos. sustancial u objetivo, indica que acto administrativo es toda actuación del Estado realizada por cualquiera de sus órganos.

Hoy, varios autores defienden el criterio objetivo, entendiendo en consecuencia que acto administrativo no solo es la actividad de los órganos administrativos, sino también la actividad administrativa de los órganos legislativos y judiciales, e incluso las actividades de los particulares que se encuentran investidos de potestades públicas, como los concesionarios de obras o servicios públicos que pueden recaudar tarifas por cuenta del concedente (Estado, lato sensu).

Pero la actividad administrativa se convierte en acto administrativo, en el momento que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, quedando así excluidos los actos preparatorios, tales como informes. Ahora bien, el acto administrativo será eficaz solo una vez cumplida la notificación.

Para mayor claridad, cabe citar la noción de Acto Administrativo de Juan Francisco Linares, para quien "Acto Administrativo es la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata".¹⁹

¹⁹ PARRAGUEZ R., LUIS. "APUNTES AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO"; LIBRO CUARTO TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES; UTPL; LOJA-ECUADOR; 1999

- Declaración, es una exteriorización intelectual.
- Unilateral, que excluye a los contratos que involucran un acuerdo de voluntades.
- Realizada en ejercicio de la función administrativa (lato sensu); esto es, no solo por órganos de la función ejecutiva, sino también por la función legislativa, judicial, electoral, de control, etc. Que produce efectos, por lo que no basta la voluntad del agente, es necesario que se materialice lo dispuesto en el acto.
- Esos efectos tienen relevancia jurídica.
- Son individuales, aunque los destinatarios sean varias personas; quedando por tanto excluidos los reglamentos que son de efecto erga omnes.
- Lo hacen de forma inmediata, es decir, tienen ejecutoria propia, no supeditada a ratificación o acto posterior.

Noción que ha sido acogida por nuestra legislación, puesto que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 65 define al Acto Administrativo como “Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

No así por la legislación chilena, la que define al Acto Administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas

en el ejercicio de una potestad pública [...]”²⁰ ; acogiéndose así al criterio subjetivo, al considerar como actos administrativos únicamente a los emitidos por el Presidente de la República, los Ministros de Estado y demás autoridades administrativas.

Por ser conexo, vale la pena recordar que la actividad administrativa tiene varias manifestaciones como son:

a. Reglamentos administrativos, que son actos normativos unilaterales y de efectos generales.

b. Contratos administrativos, que son actos bilaterales o plurilaterales y que solo atañen a los otorgantes. O como indica Casagne, “[...]”²¹ responden a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual. En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa.

c. Actos jurídicos, que son decisiones de la administración que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o de un deber de forma directa d. inmediata. Son actos administrativos propiamente dichos, ya que los demás son actos de simple administración.

²⁰ CABANELLAS GUILLERMO. “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”; BUENOS AIRES-ARGENTINA; 2003

²¹ CABANELLAS GUILLERMO. “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”; BUENOS AIRES-ARGENTINA; 2003

d. Actos no jurídicos, conocidos también como actos preparatorios, interlocutorios, procedimentales, iniciales o de mero trámite; son decisiones de la administración que no pretenden producir efecto jurídico alguno y se emiten para iniciar un trámite o hacer posible la existencia de un acto principal.

e. Hechos jurídicos, son las “actuaciones de la administración que producen un efecto jurídico”; sin embargo para ser reconocido como tal debe estar previsto de alguna manera en la norma jurídica.

f. Hechos no jurídicos, actuaciones de la administración que no producen efecto jurídico directo.

Por otro lado los gobiernos autónomos descentralizados tienen la potestad de emitir “resoluciones”, las que a criterio de José Suing “versan sobre temas particulares o específicos, se aprueban en un solo debate y surten efecto desde su notificación al interesado”.

Sin embargo todos éstos “están sometidos a los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión”.

Voluntad:

Que a criterio de Agustín Gordillo puede hallarse aquejada de ciertos vicios, a saber a. Vicios de índole objetiva.

- En el origen de la voluntad, al proceder de un usurpador o de un funcionario de hecho.

- En la preparación de la voluntad, por incumplir pasos, requisitos o formalidades que deben cumplirse antes de exteriorizar la voluntad administrativa.

- En la propia enunciación de la voluntad. b. Vicios de índole subjetiva.

- Desviación de poder, que no es más que el abuso de las facultades legales para consumir arbitrariedades; sea procurando un beneficio personal; con la finalidad de favorecer a un tercero; o con la finalidad de beneficiar a la comunidad.

- Arbitrariedad, es decir lo que se origina al margen de la normativa, - Error, siempre que verse sobre un aspecto esencial del acto, causará su nulidad. Es error esencial aquel que si la autoridad lo hubiere conocido, se habría abstenido de dictarlo; o lo habría hecho con un contenido esencialmente diverso.

- Dolo, que es el manifiesto afán de irrogar injuria, e involucra la nulidad del acto.

Sin embargo, coincido con ciertos autores que señalan que en los actos administrativos no se dan tales vicios, porque lo más importante en ellos no es la voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de

los hechos a la normativa, como única condición de legitimidad .

Objeto:

Es el fin que persigue el acto y que también puede verse afectado por ciertos vicios que son generalmente causa de nulidad:

- Por estar prohibido por la normativa.
- Por ser violatorio de las facultades regladas.
- Por ser impreciso u oscuro.
- Por imposibilidad del hecho.
- Por ser irrazonable.
- Por ser inmoral.
- Por violar precedentes al respecto.

Forma:

“Así como en el procedimiento o trámite administrativo existe el principio de informalismo a favor del administrado, en materia de acto administrativo cabe postular que las reglas son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano y como tales deben ser aplicadas e interpretadas”.

El informalismo del que se habla a favor del administrado se lo conoce también como “indubio pro actione” lo que el doctor Marco Morales Tobar define como “la superación de obstáculos de índole formal,

privilegiando el tratamiento de cuestiones de fondo”.²²

Así como también “existen ciertos actos administrativos que por su importancia adoptan una presentación más formal que debe llenar ciertos requisitos, como por ejemplo revestir un formato determinado (Decreto Ejecutivo, Acuerdo Ministerial, etc.) y pueden publicarse en el Registro Oficial”.

La administración no debe actuar: ente, ya que está obligada a motivar.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no indica explícitamente cuales son los requisitos que debe contener un Acto Administrativo para su plena validez; sin embargo de la lectura del texto de la norma se deduce que el mismo debe reunir, so pena de nulidad, cuando menos los siguientes requisitos:

- a. Competencia del órgano o autoridad que lo emana.
- b. Seguir un proceso pre establecido.
- c. Objeto posible y que no constituya delito.
- d. Notificación al administrado.
- e. No ser contrario a la constitución y la ley.

Por otro lado la doctrina dice que el Acto Administrativo debe reunir las siguientes formalidades:

- a. Procedimiento previo al acto.
- b. Motivación, fundamentación fáctica y jurídica con que la administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. No

²² CÓDIGO CIVIL. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR; 2011

basta con hacer un relato de los hechos, es necesario justificar el acto y establecer la pertinencia o conexión del hecho con una norma que lo prevea o secunde, so pena de nulidad.

c. Notificación o publicidad, que torna eficaz al acto.

d. Forma escrita, aunque hoy se utilizan las herramientas o registros electrónicos; en todo caso, debe quedar constancia del acto. e. Lugar y fecha de emisión.

f. Órgano o autoridad de la que emana el acto.

g. Parte dispositiva o resolutive; esto es lo que el acto resuelve, decide o certifica, constituye el objeto mismo del acto.

h. Firma, al respecto hay quienes sostienen que su omisión no constituye un vicio de forma, si no que más bien podría considerarse como la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto. Al respecto Hutchinson sostiene que “si un decreto o una resolución no están firmados, significa que no hay decreto o resolución. Hay un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Podría verse en ello un proyecto de acto, a lo sumo”.²³ Ahora bien, hoy bajo el concepto de administración electrónica y “cero papeles”, se tienen como válidas las firmas electrónicas, incluso los correos electrónicos sin firma, cuya aptitud o idoneidad son a mi juicio cuestionables.

i. Publicidad, sin ella el acto existe pero no crea derechos ni deberes para el destinatario. Por lo que vale la pena diferenciar la publicación de la

²³ DISPOSICIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR. 2011

notificación respecto de todos.

- Transcripción íntegra del acto.
- Recursos, plazos y efectos.
- Vista de las actuaciones.
- Plazo para la notificación válida.
- No puede añadir nada al acto notificado.
- Escrita (obviamente cuando así se hubieren expedido). Otras formas de instrumentación:
 - Oral, de corta vigencia.
 - Mediante signos convencionales, por ejemplo un semáforo en rojo.
 - Medios telemáticos, por medio de fax o correo electrónico.
 - Actos tácitos, cuando uno posterior contradice a uno anterior, se entiende que lo revoca tácitamente.
 - Silencio Administrativo en positivo, como ocurre en nuestro sistema: ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considera que la petición ha sido aceptada, entonces el silencio se tiene como un acto administrativo; sin embargo estaríamos frente a un acto carente de motivación.

“El silencio, pues, no es nada en sí; materialmente es inactividad, vacío en el obrar; pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada. Esta significación puede ser positiva o negativa”. Un ejemplo de la concepción del “silencio administrativo negativo”, es la legislación chilena, al manifestar que “se entenderá

rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal”.

Respecto al silencio administrativo en materia de contratación pública, la Procuraduría General del Estado ha señalado que “no se puede considerar al contratista como administrado a fin de beneficiarse del silencio, por cuanto al haberse celebrado un contrato administrativo, las relaciones entre las partes se rigen por lo estipulado en el contrato”.

Y son elementos accidentales, accesorios o eventuales: la condición, el modo y el término, que “aunque no afectan su existencia, si conciernen a su eficacia, estos pertenecen al cuándo y al cómo de la producción de los efectos jurídicos del acto”.²⁴

4.1.5. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La contratación administrativa se caracteriza por conformarse por una serie de principios jurídicos que permiten que tanto entidades contratantes como particulares se encuentren en un ámbito en donde sus derechos y obligaciones puedan ser respetados.

Por la definición de principio, Guillermo Cabanellas señala que “es el primer instante del ser, de la existencia (...) razón, fundamento, origen, causa primera de algo”, es decir, es la parte primitiva de algo. Los

²⁴ DROMI, ROBERTO; “DERECHO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS”; CAPÍTULO IX; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 2001

principios son reglas que inspiran toda regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Entre estos principios la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los determina en el artículo cuatro y éstos son: “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” concatenadamente la Constitución de la República del Ecuador dentro en el artículo 288 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.”

³⁸En base a los artículos citados, los principios básicos recogidos por nuestra legislación son los mencionados de manera general por la doctrina; es decir, igualdad, concurrencia, transparencia y legalidad y a los mismos se les ha otorgado un rango constitucional.

El tratadista Roberto Dromi señala que la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia son los principios jurídicos o propios que hacen a la esencia y existencia de la contratación.

En ese sentido me permito definir cada uno de estos principios:

Principios de legalidad.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública recoge el principio de legalidad que a mi criterio es un principio general que se halla en todo en el ámbito de todo el Derecho Público.

“Tal principio -denominado de legalidad- se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico”²⁵ al identificar el fundamento legal que ampara la contratación, también podremos conocer cuál es el procedimiento a adoptarse en las contrataciones que realice la administración pública.

El autor Julio Fernández Bulté define a la legalidad como “una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría”. El principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución de la República, en su Art. 226, cuando señala 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

²⁵ DROMI, ROBERTO; “DERECHO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS”; CAPÍTULO IX; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 2001

competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (...) ” .Respecto de este principio el tratadista Jorge Zabala Egas señala “Es el principio que fundamenta el estado de Derecho y es de mayúscula importancia para el Derecho Público, en especial para el derecho Administrativo, pues, se traduce en el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. Esto es. Toda actuación de la administración Pública debe estar justificada por norma jurídica previa”⁴² conforme al principio de legalidad, la administración pública y todos quienes actúen en ejercicio de una potestad de dicha administración, no podrán actuar por autoridad propia, sino ejecutando el contenido de la ley, siendo ésta entonces un límite externo a la actividad administrativa, dentro de cuyo marco, la administración es libre; este principio es innato del Derecho Público, dentro del cual, como todos conocemos, se debe hacer única y exclusivamente lo que establece la Ley.²⁶

- Trato Justo.- Este principio está enfocado en función de que todos tenemos las mismos deberes y oportunidades, se encuentra relacionado con el principio de igualdad pues en base a éstos se debe mantener los procesos de contratación siendo esto una consecuencia de la subjetividad que tienen algunos procesos de contratación lo cual se puede deformar en perjuicio y discrimen en contra de otros intereses en el proceso de contratación.

- Igualdad.- Este es uno de los principios que se destaca por contar con

²⁶ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

base constitucional, pues así lo encontramos, de manera general en Art. 66 Nral. 4 de la Constitución de la República, el mismo que al referirse a los derechos que el Estado reconoce y garantiza a las personas, cita el derecho a la igualdad formal, material y prohíbe la discriminación. Partiendo desde lo señalado en la Carta Magna, podemos manifestar que el principio de igualdad exige, en materia de contratación pública, que todos los oferentes participen en igualdad de condiciones en cualquiera de los procedimientos precontractuales que la administración pública realice, ya sea para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. Enrique Rojas Franco al referirse al principio de igualdad señala que tiene “una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista.. (...)”

En base a este principio los contratistas tienen igualdad de posibilidades en la participación para la contratación. La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, lo que implica que la entidad contratante al preparar, las bases, pliegos de condiciones o términos de referencia no tiene que incluir condiciones o

consideraciones que limita o ponga a determinados oferentes en condiciones de superioridad o preferencia; y, que todos los oferentes estén en posibilidad de acceder y conocer esas condiciones.

- Principio de exigencia tecnológica.- Con este principio se inicia un proceso de transformación en el quehacer de la administración pública, cambio que trae consigo efectos positivos o negativos para el país va de la mano con la tecnología de la información, ya que a través de un sistema informático oficial denominado portal de compras públicas que es donde se sostiene la Contratación Pública en el Ecuador. El Instituto Nacional de Contratación Pública es el organismo de derecho público, técnico y autónomo, rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, obligado al cumplimiento de este principio, cuya atribución precisamente es la incorporación y modernización de las herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados.²⁷

Por lo tanto, en cumplimiento del principio de vigencia tecnológica el Instituto Nacional de Contratación Pública se encuentra en la obligación de “desarrollar e implementar los programas que permitan la óptima

²⁷ DROMI, ROBERTO; “DERECHO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS”; CAPÍTULO IX; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 2001

aplicación del portal y las herramientas informáticas, en base a las funcionalidades requeridas por los procedimientos de contratación, y asegurar la interconexión con sistemas informáticos de entidades de control del Sistema Nacional de Contratación Pública, la actualidad del sistema y un desempeño de alto rendimiento”

- Libre concurrencia.- El principio jurídico de libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación e implica la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, a mayor cantidad de oferentes es mayor la posibilidad de que la administración obtenga un buen precio.

El objetivo principal por el cual se hace necesaria la existencia de este principio es, como ya lo hemos manifestado, lograr que el Estado consiga la mejor inversión de los recursos públicos, lo cual concuerda con lo señalado por Juan Carlos Cassagne quien señala que con este principio de libre concurrencia “se persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficiencia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista”²⁸

²⁸ GHERSI, CARLOS A. “CONTRATOS PROBLEMÁTICA MODERNA”; EDICIONES JURÍDICAS; CUYO, GARIBALDI MENDOZA

Precisamente, el Estado para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, está obligado como ya mencioné previamente, a regirse a los procedimientos que para el caso de que se trate, se encuentran estipulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, procedimientos que, si bien tienen limitantes que permiten asegurar la correcta inversión de los capitales públicos, también permiten que la mayor cantidad de oferentes o proveedores participen en tal o cual procedimiento, lo que, en última instancia le permitirá a la administración pública, seleccionar de una manera adecuada al que mejores condiciones le ofrezca, cumpliendo con todos los parámetros legales, técnicos y económicos.

- Transparencia.- Este principio a decir del autor Guillermo Cabanellas en el Diccionario Jurídico Elemental de Derecho Usual considera a la transparencia como la “Percepción de los propósitos o intenciones ajenas, aún sin declararlas al interesado; ya por sus actos, por sus expresiones descuidadas o torpes o por sus antecedentes.⁴⁶” En ese sentido, la transparencia, como principio rector de la contratación pública abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control a la vez que este principio permite a la ciudadanía fiscalizar y controlar las actuaciones del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación, de hecho este derecho ciudadano se encuentra respaldado por la Función de Transparencia y Control Social,

por medio de la cual, según la norma constitucional se promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; por tanto fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegiendo el ejercicio y cumplimiento de los derechos y prevendrá y combatirá la corrupción.²⁹

Este control social del que nos habla nuestra Constitución puede ser aplicado, cuando los principios de publicidad y transparencia se hacen presentes dentro de un procedimiento precontractual de los que se establecen en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues es por intermedio de la publicidad cualquier ciudadano puede ejercer el control social, ingresando al portal compras públicas e investigando cómo cada entidad contratante invierte sus recursos públicos y si es que aplica o no los procedimientos previstos en la Ley.

- Publicidad.- Para Emilio Betti, el principio de publicidad lo relaciona con el derecho de información, al respecto señala que “constituye una manifestación del deber de buena fe. La buena fe podría caracterizarse como un criterio de conducta que se fundamenta sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte”, la publicidad como principio general del

²⁹ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001

procedimiento administrativo, se presenta para asegurar la concurrencia de oferentes y el manejo transparente que se le debe dar a todo el trámite de la contratación, de tal forma que toda la ciudadanía puede tener acceso a la información que se genere de las contrataciones pues tenemos el derecho a estar informada de la manera como el Estado gasta nuestros ingresos. “La publicidad tiene como fin inducir al futuro contratante en la necesidad y conveniencia de efectuar el contrato, y a ofrecer un mejor servicio que la empresa competidora, tiende a explicar al posible contratante, sobre todas y cada una de las características del contrato a realizar”. Este principio regulador de la contratación pública, se exterioriza con la obligación de las entidades públicas tienen la obligación de publicar en el portal www.compraspublicas.gov.ec, entre otros, el procedimiento precontractual y contractual. A mi parecer la consecuencia de la publicidad, es que el mayor número de proveedores interesados al tener conocimiento del requerimiento de una entidad contratante pueden participar y así el Estado, puede tener mayor número de ofertas. De igual forma, al ser público los procedimientos de contratación la ciudadanía puede contar con conocimiento de las actuaciones de la administración pública.

- Equidad y Eficiencia.- Estos principios de una manera sencilla implican que básicamente durante la etapa de contratación se debe dar un trato igualitario a los oferentes; es decir, deben ser invitados con los mismas bases, documentos precontractuales o pliegos, deben contar con la misma

información, deben tener el mismo tiempo para preparar y presentar sus propuestas, sus ofertas deben ser evaluadas bajo los mismos parámetros. Resulta favorable para los procesos contractuales que se tomen en cuenta estos principios pues de esta forma se evita que se reste credibilidad al proceso de contratación, aunque la aplicación de estos principios aún queda a la subjetividad de la persona que lleve adelante el proceso de contratación, lo cual conllevaría a que se prepare a los funcionarios llamados a velar por el cumplimiento de estos principios a fin de que se constituyan en garantes del desarrollo del país.

El autor Ramón Parada citando al tratadista Beniot expresa “Todos estos mecanismos se fundan en la idea de situar en competencia a los candidatos a contratistas, pero, para que los resultados sean buenos, es necesario que las condiciones de una competencia real se cumplan. No es suficiente, en efecto, organizar una competencia, es necesario que los candidatos quieran batirse a competir (...) se puede pensar, por ello, que un sistema que deja aparecer netamente las responsabilidades personales de las autoridades administrativas sería preferible a estos camuflajes procedimentales: un buen jefe de servicio, oficialmente libre –pero también moralmente responsable- de su elección, economizaría más dinero a la colectividad que el más perfecto de los procedimientos, pues estos últimos no son a menudo otra cosa que confortables, pero dispendiosas,

soluciones a la facilidad”³⁰

Lo anteriormente citado, a mi criterio reviste de gran relevancia ya que resultaría insuficiente reglar en debida forma los procedimientos contractuales, si las personas llamadas a aplicarlos los llevan adelante sin ningún escrúpulo a lo mejor con un alto grado de desconocimiento o simplemente carece de ética con el consecuente perjuicio principalmente al Estado.

- Principio de Participación Nacional.- La participación nacional se hace efectiva, en la posibilidad que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contracción Pública le concede a aquel o aquellos proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional. El carácter de nacional hace referencia a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente nacional en los porcentajes que sectorialmente se definan por parte del Ministerio de Industrias y Competitividad, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley. La Participación Nacional a más de ser uno de los principales principios de la Contratación Pública, forma parte de los fundamentos que sirvieron para la estructuración y promulgación de la Ley. Este principio pretende conseguir que los proveedores que participen en un proceso de

³⁰ JARAMILLO, HERMAN. “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; TERCERA EDICIÓN; DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA; LOJA; 1992

contratación incluyan en su oferta técnica la mayor parte de componentes nacionales, como son materia prima, materiales, maquinaria, mano de obra, tecnología, entre otros. Al momento que este principio se efectivice totalmente se cumplirá uno de los objetivos propuestos por el Sistema Nacional de Contratación Pública que es el de convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.-

4.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La contratación pública tiene su origen en el naciente Estado ecuatoriano de 1830, no obstante su avance paulatino se desarrolló con la primera Ley de Licitaciones de 1964, sin embargo, es en 1990 donde se hace mención disponer de un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las dudas y vacíos de leyes anteriores, esta fue la denominada Ley de Contratación Pública, la misma que fue reformada en el 2003 y derogada en agosto de 2008, para ser sustituida por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de dos mil ocho, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora.

El Presidente de la República expidió el Reglamento General de la LOSNCP mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, de 8 de agosto de 2008, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial 588 de 12

de mayo de 2009.

Por disposición de la Ley y el Reglamento General, se dispone que el INCOP sea el Órgano Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública con capacidad normativa para ejercer sus atribuciones; instancia que propone un cambio de concepto de corte radical, en cuanto al régimen de compras públicas.

Este sistema trae consigo nuevas reformas como es el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, los principios, normas, mecanismos, hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización, temas que si bien dan un avance, pero no es lo suficiente, ya que existen incongruencias, tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente, que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes, y que se profundice en su tratamiento, análisis, en su búsqueda de su mejoramiento.³¹

³¹ JARAMILLO, HERMAN. "MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO"; TERCERA EDICIÓN; DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA; LOJA; 1992

4.2.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Antes de la expedición de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el régimen jurídico que regulaba la Contratación Pública constaba en varios cuerpos normativos a saber:

- La Ley de Contratación Pública, que regulaba la compra de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obra. - La Ley de Consultoría, que regulaba la contratación de servicios de consultoría.

- Procedimientos de contratación establecidos en las Leyes Especiales, para objetos de contratación específicos (Ejemplo. Seguros), para actividades de carácter especial o estratégico (seguridad interna y externa, seguridad social, industria hidrocarburífera). - La derogada Ley de Contratación Pública porque contemplaba procesos de contratación diseñados específicamente para ejecución de obras, mas no para la compra de bienes, ni la contratación de servicios, lo cual complicaba los procesos y se requería de mucho tiempo para realizar la contratación en principios simples y concurrentes. - Las leyes anteriores establecían que cada entidad contratante actuara según reglamento interno de contratación, sin normativa ni criterios comunes a todas las entidades públicas. -Estas normativas internas permitían que cada

entidad administre un registro de proveedores, sin requisitos homologados ni normas de control que garanticen el derecho a todos los ecuatorianos a ser proveedores del Estado y sus instituciones. - La planificación no era obligatoria en la contratación Pública ; lo que derivaba en el uso intensivo de procedimientos de contratación directa aplicados a compras, lo cual concebido en la lógica de planificación anua, era objeto de procesos más reglados y con mayor concurrencia, otra consecuencia de la falta de planificación consistía en que, los proveedores no podían planificar su estrategia de provisión y toda acción tenía que improvisarse, sin procedimientos explícitos ni normativa reguladora, no se podía, por lo tanto, evaluar los procedimientos ni aplicar veedurías. - Por lo expuesto la Contratación Pública en el Ecuador se ejecutó en una forma obsoleta y rudimentaria y se mantuvo al margen de las innovaciones normativas y tecnológicas de otros países, incluidos varios de la región latinoamericana. A la problemática descrita se añade que el uso de las herramientas informáticas en los procesos de contratación era prácticamente inexistente. - Hasta Agosto del 2008, el Ecuador no ha generado indicador alguno respecto a las compras públicas, debido a la falta de un sistema de procedimientos reguladores para las entidades contratantes. Por lo tanto, con la nueva LOSNCP, se pretende obtener estos cambios y lograr una eficiente y adecuada contratación.

4.2.3. IMPORTANCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hablar de contratación pública es hablar, entre muchas otras cosas, de la relevancia que reviste el rol del Estado como una gran corporación en la contratación de bienes, servicios y obras, que ameritan de la inversión de recursos públicos, para lograr que los fines de ese Estado (Administración Pública) se cumplan a cabalidad, de lo que se deduce entonces que, la contratación pública es de gran importancia económica y social prácticamente en todas las sociedades del mundo contemporáneo. La relevancia aludida de la contratación pública es tal, que hoy se habla, incluso, de una tendencia internacional hacia la construcción de un Derecho común de la contratación pública, cuestión que se ha venido dando al menos en acuerdos internacionales suscritos entre diferentes países de Latinoamérica y el mundo.

Ahora bien, vale decir que, la contratación pública es un vehículo o mecanismo para generar confianza, transparencia y seguridad jurídica, en fin, para agregar valor a lo público, en forma de reducción de costos de transacción y creación de capital social; o, por el contrario, puede generar o propiciar corrupción, tramitomanía e ineficiencia, es decir, pérdida de legitimidad de las instituciones y, por tanto, desprestigio del Estado, lo cual supone que la eficiencia en la prestación de los servicios, ejecución de obras o adquisición de bienes, depende en un gran porcentaje, de cómo el Gobierno de un país invierta sus recursos

públicos y además, cómo esa inversión sea recuperada con el uso de esos bienes, aprovechamiento de las obras en la infraestructura estatal o a su vez, beneficio de los servicios que le sean prestados para lograr un adelanto en la economía social. Es importante que en el ámbito de la contratación pública, los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, puedan servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas.³²

De otro lado, considero que la contratación pública en la actualidad, reviste gran importancia, pues con los nuevos procedimientos y con la creación del portal de compras públicas, se permite encaminar al Estado, a la tan aclamada “globalización”, pues como todos sabemos, la tendencia mundial consiste actualmente en utilizar la tecnología para la satisfacción de las demandas sociales. Este criterio es coincidente con lo analizado en la obra jurídica “Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública” de autoría de los doctores

Nelson López Jácome y Libia Ribas Ordóñez, quienes respecto del tema manifiestan lo siguiente:

³² JARAMILLO, HERMAN. “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; TERCERA EDICIÓN; DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA; LOJA; 1992

“El uso de procedimientos electrónicos para fortalecer las adquisiciones gubernamentales es uno de los ejes de la transformación contemporánea del Estado por su impacto en la eficiencia y eficacia del sector público, en la reorganización de las instituciones, en la productividad y competitividad de los negocios y en la confianza de los ciudadanos. Muchos países del mundo han desarrollado con mayor o menor éxito, procesos de gobierno electrónico, bajo variados modelos.

Las adquisiciones del gobierno por mecanismos electrónicos se basan en el uso de tecnologías de información especialmente el Internet por parte de los gobiernos para conducir sus relaciones con los proveedores y contratistas en la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el sector público.”

Claro está entonces, que la nueva tendencia a nivel nacional e internacional se refleja en el denominado “gobierno electrónico” que no es otra cosa que el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación, por parte de las entidades gubernamentales para transformar las relaciones con los ciudadanos, entre entidades de gobierno y empresas privadas o particulares; con la aparición del gobierno electrónico se busca mejorar la calidad de los servicios gubernamentales brindados a los ciudadanos, promover la interacción con los particulares, sean éstos personas naturales o empresas privadas (personas jurídicas), fortalecer la participación ciudadana a través del acceso a la información

y así mismo, otorgar servicios gubernamentales eficientes y eficaces. Refiriéndonos al gobierno electrónico usado actualmente para la aplicación de los procedimientos precontractuales dentro de la contratación pública, como una pieza fundamental en el nuevo rol que cumple el Estado, me parece importante explicar los objetivos que persigue el gobierno electrónico, que según los autores ya citados anteriormente son tres:

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

Efectividad.- El gobierno electrónico simplifica, estandariza e integra procesos. Sobre esta base, se orienta a reducir los costos administrativos y los plazos de los procesos de contratación. Paralelamente, al incrementar la competencia y bajar los costos para los proponentes, estimula reducciones importantes en los precios de los bienes y servicios.

Desarrollo Equilibrado.- El gobierno electrónico debe permitir que las adquisiciones del gobierno estimulen la participación en el mercado y con

ello la competitividad y la productividad, incremente la capacidad de protección contra el monopolio, faciliten el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (que tienen menos restricciones de entrada al mercado del sector público) y estimulen la economía regional y local.”⁵¹

La expedición de la nueva ley de contratación pública, desde mi punto de vista, ha estimulado la participación nacional en los procedimientos que el Estado realiza para la satisfacción de las necesidades sociales y cumplimiento de sus objetivos, pues entre otros temas, se crea un sistema de Contratación Pública que articula y armoniza a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; esto reviste gran importancia, pues la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas deriva en la aparición de la discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes, éstas ahora están obligadas a planificar, a través de la elaboración del Plan Anual de Compras, sus adquisiciones, sus obras o los servicios que en determinado momento pretenden obtener, y consecuentemente, usar racionalmente el presupuesto que anualmente se les otorga para estos fines.

Es por esto, importante la contratación pública, pues a través de ella se promueve la promoción de la producción nacional, logrando que los

recursos estatales destinados a esa contratación, permitan el fomento y la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza; dependiendo de los procedimientos que se utilicen previa a la suscripción del respectivo contrato, la contratación pública implica ahorro de recursos y facilita las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

Para concluir me permito citar textualmente el siguiente texto:

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

En ese orden de ideas, en términos generales bien podemos decir que por contratación administrativa se designa la contratación que realiza la Administración a través de las diversas instancias públicas, la cual requiere una especial consideración y tratamiento por el ordenamiento jurídico en virtud de que en ella está comprometida la hacienda pública (fondos públicos) y el interés público de los bienes y servicios que se desean adquirir.”

4.2.4. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

a) Los Sujetos

El Estado y las instituciones públicas tienen la facultad de contratar con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, con quienes desee vincularse. Por tanto, pueden ser sujeto de la contratación pública, los poderes del Estado, así como los órganos públicos que tengan personería jurídica. La otra parte puede estar representada por las personas físicas o jurídicas del sector privado o público.³³

b) La capacidad y habilidad

Se refiere a la capacidad legal que deben tener las partes para contratar, y por regla general una persona es capaz cuando tiene la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, según el artículo 1462 de la Codificación al Código Civil establece que toda persona es legalmente capaz, excepto los que la ley declare incapaces; entendemos que la capacidad habilita a las personas a la libre contratación desde luego con sujeción a la ley.

³³ LARREA H., JUAN. "ENCICLOPEDIA JURÍDICA ECUATORIANA"; 11 TOMO; EDITORIAL FUNDACIÓN LATINOAMERICANA ANDRÉS BELLO; PPL IMPRESORES; QUITO-ECUADOR; 2006.

El Art. 60 de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 113 de su Reglamento, manifiesta que son capaces para contratar los ministros y máximas autoridades administrativas de las Entidades Contratantes, los mismos que pueden delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad y a los organismos adscritos a ella u otras instituciones del Estado en caso que la entidad contratante no tenga oficinas permanentes en el lugar donde deba realizarse el contrato.

La otra parte, es decir, los contratistas, sea persona natural o jurídica, debe ser legalmente capaz, de acuerdo a lo establecido en el Art.1462 del Código Civil, el que manifiesta: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, y cumplir con las demás condiciones establecidas en la Ley.

La habilidad se manifiesta acorde a la capacidad legal de los individuos, que permite su cabal desempeño, no obstante, hay personas que son capaces pero no cuentan con la habilitación para acceder a realizar actos y contratos, estos son calificados como inhábiles generales y especiales quienes no pueden intervenir en actividades contractuales.

Por ejemplo, son inhábiles generales para contratar con el Estado, entidades del sector público como el Presidente, Vicepresidente de la República, ministros, prefecto, alcaldes; e inhábiles especiales los

consejeros provinciales, los concejales municipales, entre otros, sí estas personas llegaren a contratar serán declarados nulos, a través del juez competente, además trae consecuencias como la terminación del contrato con las respectivas indemnización al contratista, sanciones administrativas y penales de las que son responsables solidarios los funcionarios que hubieren incurrido en dicha terminación por el dolo que recae en su ejecución.

En caso que las personas inhábiles contraten con el Estado o entidades del sector público, será nulo, empero la nulidad debe ser declarada por el Juez competente. Además esto permite que la entidad contratante pueda dar por terminado el contrato en forma anticipada y unilateral, sin realizar ninguna clase de indemnización al contratista y sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles a que dieran lugar.

Por otra parte, el Art. 65 de la LOSNCP expresa que se anula un contrato por las siguientes causas:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;
2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, 3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.”⁵² Esta nulidad de contrato puede ser demandada por el Procurador General del Estado, sin

perjuicio civil, penal o administrativa del empleado o funcionario que hubiere causado la nulidad.

c) El consentimiento

El consentimiento o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, es un requisito esencial para la existencia de un contrato, cuya inobservancia invalida al mismo, pues deviene su nulidad. Es decir el consentimiento no debe estar viciado de error, fuerza o dolo, puesto que pueden invalidar el contrato, según lo establece el artículo 1467 de la Codificación al Código Civil.

El consentimiento implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes.

d) El objeto

El objeto del contrato, es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa, querida o convenida por las partes.

Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo, según la noción de Bercaitz.

El objeto en los contratos públicos deben ser cierto, lícito y determinado, ya que no puede contrariar al Derecho Positivo, ni guardar

incongruencia con la función administrativa de los órganos estatales o apartarse de la finalidad pública que le es innata.

Es decir, el objeto constituye requisito esencial de toda declaración de voluntad, y para que tenga validez jurídica debe ser lícito y no estar viciado de nulidad absoluta.

e) La causa

Es la situación de hecho que han considerado las partes y que las determina a contratar para satisfacerlas, en otras palabras es el porqué del contrato. Además debo manifestar que la causa debe ser lícita y real (no simulada).

Según el Código Civil la causa se define como “el motivo que induce al acto o al contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”³⁴ son aplicadas también en los contratos públicos.

Por lo tanto, en la contratación pública, cualquier clase de contrato que realicen las autoridades, la causa, debe ser legítima, verdadera y efectiva, de manera que responda a las necesidades del pueblo o de

³⁴ LARREA H., JUAN. “ENCICLOPEDIA JURÍDICA ECUATORIANA”; 11 TOMO; EDITORIAL FUNDACIÓN LATINOAMERICANA ANDRÉS BELLO; PPL IMPRESORES; QUITO-ECUADOR; 2006.

la entidad pública que realizó el contrato.

f) Formalidades

Las formalidades dentro de la contratación pública, se puede entender, como aquellos requisitos que deben observar antes y después de la celebración del contrato como la de los proveedores que deben estar inscritos previamente en el Registro Único de Proveedores para participar en la contratación pública, o para la formalización del contrato, se debe presentar garantías de fiel cumplimiento.

La Ley ha establecido la obligación de hacer concurrir determinados requisitos o

formalidades para la validez de un acto o contrato, en salvaguarda de los intereses generales, ya que constituyen regla de orden público, que no puede ser renunciadas por las partes, por lo que su cumplimiento es obligatorio cuando la Ley así lo exige y su omisión se castiga con la nulidad absoluta.

Finalmente debo manifestar que para realizar un contrato público, nuestra legislación exige los siguientes requisitos:

a) La competencia del órgano de contratación b) La capacidad del

adjudicatario

c) La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones.

d) Las formalidades.³⁵

4.2.5. ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP)

El INCOP es un organismo de Derecho Público, de carácter técnico y autónomo, con personería jurídica y autonomía administrativa técnica y operativa y jurisdicción nacional. Es el administrador del SNCP, además ejecuta las políticas del mencionado sistema, para lo cual la ley le ha reconocido facultad normativa.

Está dirigido por el Director Ejecutivo, que es designado por el Presidente de la República. Su sede será en la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

³⁵ LÓPEZ WILLAM. (2010): TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Teoría, PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA, TOMO 1, EDITORIAL JURÍDICA DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR

El INCOP según establece la LOSNCP y el Reglamento es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual se le han conferido las siguientes atribuciones:

“1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema

Nacional de Contratación Pública;

2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;

3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;

4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;

5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;

7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
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;
12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre

resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;

16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,

17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.”³⁶

El Reglamento, en su artículo 6, le confiere al INCOP, las siguientes atribuciones:

1) Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del SNCP; 2) Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;

3) Supervisar de oficio o petición de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del SNCP, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación direccionales, entre otros;

4) Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las Entidades Contratantes; y de ser el caso generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.

³⁶ LÓPEZ WILLAM. (2010): TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Teoría, PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA, TOMO 1, EDITORIAL JURÍDICA DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR

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

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su Reglamento General, Reglamento de Determinación de Responsabilidades señalan como facultad de la Contraloría General del Estado, de realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen.

Es evidente que la Contraloría en cualquier momento puede efectuar el control, tanto a la obligación de las entidades de contar con los estudios completos, para dar inicio al trámite precontractual, verificar la legalidad de los mismos, como efectuar el control a la ejecución de los contratos públicos.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Es el organismo encargado de promover e incentivar los derechos

relativos a la participación ciudadana, el control social en los asuntos de interés público y designar a las autoridades que le correspondan.

Entre los principales deberes y atribuciones del Consejo en relación a los contratos públicos esta: formación ciudadana, en valores, transparencia y lucha contra la corrupción; público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social, para lo cual el Instituto Nacional de Contratación Pública y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ya han realizado varios convenios con el fin de intercambiar información relacionada con el sistema nacional de contratación³⁷

Procuraduría General del Estado

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

³⁷ J OSSORIO, MANUEL. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES" HELIASTA S.R.L.; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 1996

Como podemos observar existen varios organismos que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual cada organismo tiene atribuciones distintas que cumplir en cuanto a los contratos públicos.

Herramientas del Sistema

De acuerdo a las disposiciones de los artículos 6, 97 ,98 y 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento respectivamente, el Instituto Nacional de Contratación Pública, deberá llevar obligatoriamente cuatro registros:

1) El Registro Único de Proveedores (RUP)

El artículo 6, numeral 29, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo define así: Es la base de datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las entidades contratantes.

En términos generales, el RUP contiene precios de bienes y servicios que la Administración Pública compra y contrata regularmente, haciéndolos fácilmente identificables, para lo cual los cataloga electrónicamente.

El Registro de Contratos

El INCOP tiene la obligación de llevar un Registro Público Electrónico de los

Contratos tramitados conforme a las normas de la LOSNCP.

Este Registro se complementa con la información que la Entidad debe ingresar al Portal COMPRASPÚBLICAS relacionada con los contratos suscritos y los diversos actos derivados de los mismos, como: sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un término máximo de cinco días luego de producido el hecho, entre otros.

El Registro de Incumplimientos

Es el Registro Público y Electrónico que contiene la nómina de todos los contratistas que han incumplido sus obligaciones contractuales o se han negado a suscribir los contratos adjudicados, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco y tres años respectivamente.

De acuerdo al artículo 147 del Reglamento de la LOSNCP, las entidades contratantes están obligadas a remitir al INCOP la nómina de todos los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, en el término máximo de

cinco días luego de producido el hecho.

El Registro de Entidades Contratantes

Todas las Entidades Contratantes para poder utilizar las herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben registrarse en el portal de COMPRASPÚBLICAS.

El INCOP se encargará de verificar la validez de la autorización del representante legal de la Entidad Contratante y luego de confirmar su validez entregará el permiso de accesibilidad para operar en el portal de COMPRASPÚBLICAS, bajo los mecanismos de accesibilidad controlada mediante la entrega de usuarios y contraseñas.

Es decir, a través de las distintas clases de registros, se permite verificar qué proveedores pueden contratar, qué entidades públicas requieren contratar, qué tipo de contratos se han realizado, ya que, el Estado como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener de los particulares las mejores condiciones en su contratación, las más económicas, las más eficientes, las que cumplan con los requerimientos y especificaciones técnicas y la que ofrezcan las mayores garantías de seriedad para su realización.³⁸

³⁸ J OSSORIO, MANUEL. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES" HELIASTA S.R.L.; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 1996

4.3. MARCO JURIDICO.

4.3.1. DE LAS FASES O ETAPAS DE LOS CONTRATOS

Generalidades

La celebración de un Contrato Público implica la realización de una serie de acciones previas a su suscripción y posteriores al mismo, como son: la planeación, la determinación del proceso de selección y la forma misma del acto contractual, por eso, el proceso de contratación, es el producto de una sucesión de etapas que deben ser desarrolladas con toda la responsabilidad e importancia, ya que todos están íntimamente relacionados y deben ser evacuadas en estricta observancia de normas legales, conforme me permitiré analizar más adelante.³⁹

La obra pública no debe ser producto del capricho y de la improvisación, sino fruto de la previsión derivada de una mediata y cuidadosa planeación que determine fundamentalmente sus fines, objetivos y metas, sus procedimientos, estrategias, en coordinación con el interés público y las necesidades de la comunidad, así como sus características y tiempos de ejecución.

En definitiva, las fases o etapas que comprenden el proceso de

³⁹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO-ECUADOR

contratación son las siguientes y en alguna de ellas existen incongruencias, que me permite analizar acorde vaya realizando el estudio respectivo.

4.3.2. La fase o etapa preparatoria

“Es la fase interna del proceso de contratación, en la cual, el órgano de Contratación va configurando su voluntad para contratar.”

La fase preparatoria es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas, acciones acordes a la visión para el logro de los resultados. Su producto es un plan que contiene películas, programas, cronogramas, presupuestos.

Es importante ya que permite la base y el soporte fundamental del contrato y del trámite, pues permite que el contrato se ajuste a las necesidades del Ente Estatal y convierte al contrato en instrumento para el cumplimiento de la misión de la Entidad. En esta etapa se requiere información detallada, correcta, concreta, confiable, la misma que podrá ser útil indistintamente a varios contratos.

En términos generales, en la etapa preparatoria se debe hacer o cumplir los siguientes requisitos:

Estudios previos

Registro en el Sistema Nacional de Contratación Pública

Elaboración y aprobación de pliegos

Determinar y obtener los permisos, requisitos, licencias y autorizaciones requeridos para proceder de ser necesario.

Determinar el impacto social ambiental si hay lugar

Consulta sobre impuestos Análisis de mercado Elaboración de presupuestos

Determinación del Sistema de Precios

Selección de la forma de Pago

Estimación de los costos por ajustes e imprevistos Verificación y certificación presupuestal. Programación de la contratación

Programación del desarrollo del contrato⁴⁰

4.3.3. LA FASE O ETAPA PRECONTRACTUAL

Willam López, en su libro Tratado de Contratación Pública conceptualiza como “fase externa del proceso de contratación, ya que al procedimiento administrativo preliminar desplegado por el ente estatal, se integra el accionar del futuro contratista a través de sus diversas actividades.

Esta etapa constituye la realización del proceso de selección con base en los pliegos de condiciones, en lo que se ha establecido el objeto del contrato, las condiciones del contrato a realizar y los criterios objetivos

⁴⁰ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO-ECUADOR

para la escogencia del contratista.

El desarrollo de esta fase empieza con: Convocatoria

Las aclaraciones y modificaciones a los pliegos

Las ofertas

La adjudicación

Las notificaciones

Terminación del procedimiento precontractual

Justamente en este último punto, sobre la terminación del procedimiento precontractual, es que observo incongruencias que me permito analizar:

Según la doctrina y la Ley establecen que el procedimiento precontractual termina por dos causas:

Declaratoria de desierto:

Manifestando que, en la fase precontractual, la entidad contratante, puede declarar desierto un proceso, antes de adjudicar un contrato, por 4 razones, que se encuentran establecidas en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como son:

- “1. Por no haberse presentado oferta alguna;
2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;
3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario,

siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,

4. 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.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

Como podemos evidenciar, no se deja la posibilidad, que pueda ser declarado desierto por otras razones.

Sin embargo ha existido otras razones, por la que se puede declarar desierto, como por ejemplo cuando la red informática se caiga o se congestione la misma que trae consigo momentos de incertidumbre para las partes contratantes, y que en la institución donde yo trabajado ha ocurrido, siendo necesario realizar un estudio más profundo acerca de esto, para determinar la posibilidad de poder incrementar, más razones por lo que se puede declarar desierto un contrato.

Además existe una incongruencia con referencia a lo que dice en el numeral 3, del artículo 33 de la LOSNCP: “Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente”, con lo que estipula el artículo 114 del

Reglamento, en el que establece que adjudicatario fallido se lo conceptualiza al que no se presente dentro del término establecido previsto, sin perjuicio de las sanción administrativa aplicable, la entidad contratante lo declarará adjudicatario fallido y llamará al oferente que ocupó el segundo lugar en

orden de prelación para que suscriba el contrato. Es decir en la casuales que establece el artículo 33 esta que no se celebre el contrato por causas imputables al adjudicatario, con lo que estipula el artículo 114 del Reglamento, que dice que se lo considerará adjudicatario fallido a la persona que no suscriba el contrato, dentro del término legal.

Por lo que considero que debe existir una reforma, con la finalidad de clarificar, que se puede declarar desierto, también cuando el adjudicatario no suscribe el contrato, incluso sería importante establecer como causal que la máxima autoridad puede declarar desierto, una vez concluido el período de la puja o de la negociación, de ser el caso, ya que esto se encuentra estipulado en el artículo 48 del Reglamento, en cuanto se refiere a la Adjudicación, y que para mi criterio sería fundamental que vaya como causal.

Cancelación del procedimiento

En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a

ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

Es decir, la LOSNCP, permite también cancelar un procedimiento, entre la convocatoria y 24 horas antes de la presentación de ofertas, mediante resolución motivada por parte de la máxima autoridad o su delgado.⁴¹

4.3.4. LA FASE O ETAPA CONTRACTUAL

Es la fase en la cual surgen las obligaciones de las partes contratantes, porque aquí converge el acuerdo de voluntades que se eleve a escrito y se formaliza conforme a ley.

Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscribe, así, la concurrencia de la voluntad tanto del contratante como del contratista da origen a los derechos y deberes que se plasman en el texto contractual y que les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual.

El desarrollo de la etapa contractual empieza de la siguiente manera:

⁴¹ REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO~ECUADOR. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1999): DICCIONARIO JURÍDICO

- a) Plazo para la suscripción del contrato
- b) Verificación de la aptitud legal del contratista
- c) Verificación de los documentos que integran el contrato d) Las garantías
- e) La celebración o formalización del contrato
- f) La administración del contrato, la supervisión la fiscalización

La fase o etapa de ejecución

Es la etapa en la que debe cumplirse el objeto del contrato conforme a las cláusulas del mismo.

El desarrollo de la etapa de ejecución es de la siguiente manera:

- a) El plazo, suspensiones y prórrogas
- b) Las acciones del administrador, supervisor y fiscalizador c) El pago y el anticipo
- d) Retención indebida de pagos e) El acta de inicio
- f) El libro de obra
- g) La cesión y subcontratación h) El reajuste de precios
- i) Las multas
- j) Los contratos modificatorios
- k) Los contratos complementarios
- l) Las ordenes de cambio m) Las ordenes de trabajo
- n) Las recepciones y liquidaciones del contrato o) La terminación del contrato

4.3.5. LA FASE O ETAPA POS CONTRACTUAL

Corresponde al período en el cual se evalúan finalmente los resultados de la ejecución del contrato y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.

Constituye el conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versan sobre temas accesorios de la contratación misma.

El desarrollo de esta etapa es de la siguiente manera:

- a) De las responsabilidades
- b) Los reclamos y controversias c) El recurso de reposición
- d) La solución de controversias e) Los organismos de Control
- f) Adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos g) Mantenimiento de la obra.

Es decir, las etapas o fases de la contratación pública son de vital importancia, porque nos permite conocer paso a paso lo que las entidades públicas deben hacer para cumplir a cabalidad con la Ley y su Reglamento, la Constitución y lograr cumplir con la finalidad última de la Administración Pública, satisfacer las necesidades nacionales e institucionales.

4.3.6. EL ESTADO FRENTE A UNA DECLARATORIA DE EMERGENCIA.

El papel primordial del Estado a través de sus diferentes instituciones es el de proporcionar un marco de ley y orden en el que su población pueda vivir de manera segura y administrar todos los aspectos que considere de su responsabilidad. Al respecto cabe mencionar que la responsabilidad del Estado no solo se queda en posibilitar las garantías de la Constitución a través de normas secundarias, sino también es responsable por cualquier violación a derechos de particulares, nuestra Carta magna es muy precisa en señalar que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, son responsables por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, en ese sentido, el Estado se convierte en responsable por la mala y deficiente prestación de un servicio público aunque sea prestado por un tercero al que se le dio la concesión del servicio.⁴²

Además, quien responde es directamente el Estado, siendo indiferente la persona que causó el perjuicio, por lo que la víctima puede, en el caso de concesiones, accionar en contra del concesionario e incluso en contra del órgano estatal. Sin perjuicio del derecho del Estado de repetir contra el servidor público o particular que está previsto en el inciso

⁴² REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO~ECUADOR. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1999): DICCIONARIO JURÍDICO

tercero del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, establece que “El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”⁵⁷. Por estas consideraciones es por lo que se hace necesaria una reforma jurídica al marco legal de regula la contratación del Estado con empresas extranjeras pues a más de la prioridad que se debe conceder a bienes y servicios nacionales junto con la omisión de requisitos como el de domicilio y el de garantías deja la puerta abierta a que estas empresas extranjeras no den cumplimiento a los requerimientos de la entidad contratante.

Ahí el papel de la Contraloría General del Estado, es importante en el sentido que de acuerdo a lo que establece el Art. 211 de la Constitución de la República, es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean

transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley, por lo que se podría incluir entre sus atribuciones el hacer u control previo a las empresas concesionarias de servicios públicos a fin de evitar abusos a los usuarios del servicio y así poder determinar incluso posibles responsabilidades administrativas, civiles o penales.

4.3.7. LA SITUACION DE EMERGENCA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.-

En nuestra Constitución, el artículo 164 faculta al Presidente de la República “decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”; además se citan los principios para dictarlo a saber: necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Se especifica que el decreto será motivado y contendrá los derechos y medidas a aplicar, estas están contenidas en el artículo 165 de la Constitución, su duración será de 60 días con renovación de 30 días adicionales y que tendrá que ser comunicado a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y organismos internacionales de acuerdo al artículo 166 de la norma suprema.

Cabe recalcar que un estado de excepción no es similar a una situación

de emergencia, esto lo trataremos en el siguiente capítulo sobre las diferencias de estado de excepción y estado de emergencia.

Otro artículo que resulta vinculante para la contratación pública en el Ecuador es el artículo 233 de la Constitución, donde se especifica las responsabilidades de los servidores públicos por los actos realizados en ejercicio de sus funciones o por sus omisiones, se cita: “serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Lestarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles

Además está el artículo 288, donde se ordenan los principios con los cuales tendrá que operar la contratación pública, estos son: “eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social”, incluye la obligatoriedad de preferencia de los productos y servicios ecuatorianos, con especial énfasis los que vengan de la economía popular y solidaria, de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. Esto se mantiene y amplía en la LOSNCP, en el artículo 4, al establecer principios como: “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.⁴³

⁴³ ESPASA, LEX, EDITOR. ESPASA CALPE S.A, MADRID-ESPAÑA

El artículo 164 de la Constitución faculta al Presidente de la República “decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”.

Es importante citar esta norma ya que a menudo se la confunde con la declaración por emergencia en el sector público, si bien es cierto las causales de la constitución y las enumeradas en el artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP son similares, su forma e implicaciones no lo son, ya que en el Decreto de Emergencia se establece que el Presidente tendrá las siguientes facultades o atribuciones:

“Art. 165. Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad

De correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.
2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los

correspondientes a salud y educación.

3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.
4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.
5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.
6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.
7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.
8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.”⁴⁴

Como se pudo observar en el artículo 165, no se enumera en ninguno de los casos la facultad o procedimiento de contratar de forma directa.

Un estado de excepción, de acuerdo al artículo 65 de nuestra Constitución, puede ser dictado exclusivamente por la Presidenta o el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo. Cabe aclarar este tipo de declaración no contempla contrataciones en el sector público de

⁴⁴ PÉREZ, EFRAÍN. “DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II”; PRIMERA EDICIÓN; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO; 2006. EZE GASTON, SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

obras, bienes o servicios.

Para una contratación por situación de emergencia, de acuerdo al artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública, se la realiza mediante una resolución motivada por un ministro o la máxima autoridad de la entidad que está declarando la emergencia para contratar de forma abreviada obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría.

Todo esto nos lleva a claramente a destacar la diferencia que existe entre un estado de excepción y una contratación por situación de emergencia, en el primero que está reservado para el Presidente de la República; mientras que en el segundo, la máxima autoridad de cada institución puede hacerla de forma fundamentada pero exclusivamente para situaciones de contratación con mecanismos abreviados.

Tal vez el error pudo haberse generado en el Ecuador a raíz de la anterior Constitución de 1998, en la cual en el artículo 180 de la misma, se facultaba al Presidente a decretar el estado de emergencia en todo el territorio nacional o parte de este, con casi las mismas particularidades y facultades que otorga al Presidente la Constitución de 2008 en el artículo 164, es decir posiblemente existe una confusión en la terminología.

4.3.8. LAS CONTRATACIONES DE EMERGENCIA DE ACUERDO A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

(LOSNCP).- El proceso de contratación, adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios en base al análisis constitucional, se encuentra contemplado la LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, del 4 de agosto del 2008, la misma que derogó a la Codificación a la Ley de Contratación Pública; así como en el Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCP), promulgada mediante Decreto Ejecutivo Nro. 177 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588, del 12 de mayo del 2009. Al respecto, la indicada ley en su Art. 1 respecto del objeto y ámbito de la misma indica que “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos

o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su

capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”⁴⁵

En lo que respecta a las contrataciones que se hacen cuando existe la declaratoria de emergencia en un sector sobre el que tiene competencia tal o cual institución del Estado, lo encontramos descrito en el Art. 6 Nral. 31 de la LOSNCP que indica “situaciones de emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”⁵⁹ De lo indicado se observa que está clara y específicamente determinadas las situaciones en las que un quehacer del Estado se lo puede considerar en estado de emergencia.

Respecto al procedimiento que se debe seguir para contratar bajo la

⁴⁵ PARRAGUEZ R., LUIS. “APUNTES AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”; LIBRO CUARTO TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES; UTPL; LOJA-ECUADOR; 1999.

modalidad de emergencia, el Art. 57 del LOSNCP indica que “Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del Art. 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha Resolución se publicará en el portal COMPRASPÚBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscritos el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el portal www.compraspublicas.gob.ec, un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.”⁴⁶

⁴⁶ PÉREZ, ANTONIO Y PÉREZ EFRAÍN. “MANUAL DE CONTRATO”; EDITORIAL CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR; 2006

Las contrataciones en situación de emergencia permiten a las entidades, realizar una contratación de manera directa, es decir, evitando contratar por medio de la diferentes modalidades que establece la LOSNCP, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad que estableció la situación de emergencia, y así poder contratar la realización de obras, bienes, servicios y consultoría, que se requieran de manera estricta para superar una situación de emergencia. La máxima autoridad, que es la persona que ejerce la representación legal de la institución, debe emitir la resolución en la que se declara en emergencia algún sector sobre el que tiene administración. Esta declaratoria debe ser publicada en el portal web COMPRAS PÚBLICAS (www.compraspublicas.gob.ec). Este portal en la actualidad es el instrumento por el que se realiza la contratación de bienes o servicio para el sector público.

4.3.9. REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.-

El objetivo de este cuerpo normativo de acuerdo al Art. 1 es “el desarrollo y aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante la Ley, que crea el Sistema Nacional de Contratación Pública, SNCP, de aplicación obligatoria por las entidades previstas en el Art. 1 de la Ley”. En lo referente a las contrataciones en los casos de emergencia el Art. 71 de este cuerpo legal establece que se aplicará a lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSNCP que previamente fue

analizado.

El contenido del Reglamento de aplicación a la LOSNCP es muy específico desarrollando las diferentes formas de contratación, por lo que es evidente que en el presente caso esta normativa resulta también insuficiente en tratar o regular situaciones como son aquellas de emergencia, y más aún cuando estas situaciones pueden derivar en casos de contratación con graves perjuicios para el Estado cuando se la hace con empresas extranjeras que no tienen el suficiente respaldo técnico o económico para efectuar trabajos en nuestro país.

4.3.10. LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Hemos creído importante citar a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dado que esta entidad es la encargada de velar el buen uso de los recursos públicos, y controlar los actos de corrupción a petición o de oficio de todas las entidades que comprenden el sector público. Es decir toda entidad o empresa donde el Estado Ecuatoriano tenga puesto el dinero de los contribuyentes, en el caso de la legislación actual de contratación pública encontramos referentes dos artículos que los citamos textualmente: “Art. 76. Obligación de remitir información. Las instituciones del Estado y sus servidores, así como los personeros representantes de las personas jurídicas de derecho privado sometidas al

control de la Contraloría General del Estado, en los términos previstos en la presente Ley, están obligadas a proporcionar a ésta, exclusivamente para fines del examen de auditoría, información sobre las operaciones o transacciones cuando les sean requeridas por escrito.” “Art. 80. Obligación de informar de otras instituciones de control. Los organismos de control previstos en la Constitución Política de la República, dentro del ámbito de sus competencias, de conformidad con las leyes correspondientes, a través de sus máximas autoridades, informarán a la Contraloría General del Estado, los actos derivados de los informes de inspección, supervisión y control, para precautelar los intereses del Estado y sus instituciones.”

Se citaron estos dos artículos porque aún existe la obligación legal de las instituciones del Estado, sus servidores o quienes las representen de informar a la Contraloría General del Estado sobre los actos y contrataciones que se realicen en materia de contratación pública, presunción del cometimiento de infracciones. La Contraloría General del Estado también puede y debe hacer un control de oficio después de las contrataciones, de acuerdo al artículo 15 de la LOSNCP, que dice: “Art. 15. Atribuciones de los Organismos de Control. Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar

a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.”⁴⁷

Es decir existe obligación legal de remitir información a las entidades de control, pero como se verá más adelante, en la práctica estas obligaciones legales no se aplican, ya que estas no tienen una sanción expresa en caso de incumplirlas, dificultando así la investigación de las entidades de control a los actos de contratación pública realizadas en el Sector Público, e inclusive limitando el acceso a información pública por parte de la ciudadanía.

4.3.11. PROCEDIMIENTO PARA LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

Este mecanismo es totalmente diferente y único a todos los demás establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, José Dromi citado en el libro Derecho Administrativo de Efraín Pérez (2008, p.724), define a la contratación en situación de emergencia o contratación directa como el “procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes”.

⁴⁷ MARCIAL PONS; DUODÉCIMA EDICIÓN; 2000

Para que esta proceda, en el Ecuador tienen que cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 6, numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (explicadas ya en el capítulo primero de este trabajo de titulación), estas situaciones que deben suceder al momento de querer contratar por emergencia bienes o servicios incluidos los de consultoría, citando textualmente son “aquellas generadas por acontecimientos graves tales como: accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional.”; es decir que, siguiendo la redacción de tiempo gramatical en la norma mencionada, la situación debe generarse previamente a la contratación.

Así mismo las condiciones para que se pueda considerar como emergente una situación, citando textualmente son: “concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”, igual contenidas en el artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP.

De verificarse estas condiciones en una de las situaciones que se enumeraron en los párrafos anteriores, la máxima autoridad de la institución del sector público que se encuentre en alguna de ellas deberá emitir una resolución motivada que declara la emergencia, de acuerdo con los artículos 57 y 6 #31 de la LOSNCP, y el artículo 288 de la

Constitución, donde claramente se justificará la contratación por esta vía enumerando los motivos reales y legales.

Será obligatorio publicar en el Portal de Compras Públicas la resolución de contratación por emergencia y posteriormente el contrato con el oferente que se haya escogido, siendo este el primer paso del proceso de contratación en situación de emergencia.

Posterior a esta declaración y la publicidad de la misma a través de la publicación en el Portal de Compras Públicas, la entidad procede a través de la máxima autoridad o sus delegados a contratar a proveedores nacionales calificados en el Instituto Nacional de Compras Públicas con su respectivo Registro Único de Proveedores (RUP). En el caso de proveedores de origen extranjero sin requisitos previos de domiciliación (RUP) ni de presentación de garantías, pero que serán necesarios al formalizar el contrato.

Para la forma de elección de los proveedores que ayudarán a subsanar la emergencia generada no existe reglas claras, es así que ni la LOSNCP define el procedimiento para elegir las ofertas y proveedores en situaciones de emergencia, ni el Reglamento, y tampoco una resolución que emitió el INCOP signada con número 045-2010, de 09 de Julio de 2010, ya que se limita a dar instrucciones de la forma de publicar una emergencia a través del Portal de Compras Públicas, y a señalar las

mismas condiciones de las situaciones de emergencias contenidas en artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP.

Al no existir reglas claras del procedimiento para la elección de los proveedores y sus ofertas, se tiene un vacío legal bastante grande, dejando al funcionario delegado o la máxima autoridad a su buen criterio y libre discrecionalidad la elección del proveedor o proveedores que se contratarán para superar la emergencia. Si bien existe un reglamento para el control de la discrecionalidad, este solo rige para las instituciones del poder ejecutivo y es bastante pobre en su contenido.

La LOSNCP dispone en su artículo cuarto que toda contratación que se genere por esta ley o derivada de esta ley estará a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional: Pero estos principios en la práctica pueden verse seriamente comprometidos o inclusive ignorados, dado el pretexto de la emergencia, la urgencia del caso que puede ser real o no en la práctica, y sobre todo la discrecionalidad del funcionario que elige a los proveedores, pudiendo existir muchas veces sobre precios en estas contrataciones sin que sea fácil demostrarlo.

Además, aunque la LOSNCP en el artículo 57 imponga como obligación la publicación en el Portal de Compras Públicas de todo lo actuado por la

entidad una vez superada la emergencia, ni la misma LOSNCP, ni su reglamento y tampoco la resolución 045-2010 del INCOP que regula las contrataciones en situaciones de emergencia imponen una sanción a los responsables o la máxima autoridad por la no publicación, lo que limita seriamente el control ciudadano y de las entidades de control, como es el caso de la Contraloría que tiene que pedir información sobre las contrataciones en situaciones de emergencia, enterarse a cuenta gotas de lo que ha pasado, y si puede, sancionar a alguien en caso de corrupción; pese a que existe la obligación de remitir toda la información pertinente cuando Contraloría lo solicite. Es por eso que en casos donde haya existido corrupción, muchas veces es muy difícil demostrarla por la falta de información de los procesos de contratación pública, cuestión que la abordaremos más a profundidad el capítulo cuarto de este trabajo de titulación.⁴⁸

Regresando al tema, luego de la selección de proveedores a discreción de la máxima autoridad o de los funcionarios delegados para ello, se los convoca y se les adjudica la obra, bien o servicio incluido el de consultoría. En el mecanismo de contratación por emergencia no hay restricciones legales por los montos de contratación, a diferencia de los mecanismos de contratación normales, ya que el interés es subsanar la situación de emergencia generada.

⁴⁸ DISPOSICIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR. 2011

Es decir para contratar en una situación de emergencia los pasos podemos sintetizarlos así:

1. Se genera la situación de emergencia.
2. La máxima autoridad o el delegado encargado emite una resolución motivada que declare la emergencia para justificar la contratación.
3. Se publica la resolución en el Portal de Compras Públicas con la fecha de inicio para fines de control.
4. Se crean los pliegos propios para la situación de emergencia.
5. Se llama a un proveedor o varios proveedores para que oferten sus obras, bienes o servicios de forma inmediata para subsanar la emergencia.
6. La entidad selecciona y procede a contratar al proveedor o proveedores de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario encargado o la máxima autoridad de la entidad. Aunque la ley permite discrecionalidad en la selección y contratación de proveedores, los funcionarios públicos no deben caer en arbitrariedad e irrespeto a los principios de la contratación pública.
7. Se realiza el contrato por emergencia y la ejecución del mismo de forma inmediata. En cuanto a las garantías, la LOSNCP en su capítulo tercero establece que será obligatoria la presentación de garantías técnicas y económicas.
8. Una vez superada la emergencia y para finalizar el proceso de

contratación pública, se tendrá que hacer un informe administrativo y publicarlo en el Portal de Compras Públicas, que de acuerdo a la Resolución 045-2010 del INCOP, contendrá:

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

4.3.12. ANALISIS DE CASOS A TRAVES DE LOS EXAMENES REALIZADOS POR LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

La falta de una “climatización adecuada” para varias áreas de la sucursal

del Banco Ecuatoriano de la Vivienda (BEV) en Guayaquil fue el principal argumento que planteó la gerencia general para declarar “en emergencia” la contratación de la reparación y mantenimiento de los aires acondicionados.

Sin precisar los motivos, la resolución GG-42-2009-BEV de junio del 2009 indica que dichos equipos se averiaron el 29 de mayo de ese año.

Esto causó, entre otras incomodidades, el reclamo ciudadano por el “paupérrimo servicio que se está prestando” (se quejaban del calor) y un “calentamiento de las computadoras” que amenazaba con dañarlas.

En base a esa declaratoria, la gerencia regional de la institución adjudicó directamente el contrato al ingeniero Gustavo Borbor Pita. Su monto fue de alrededor de \$ 13.500, indican las comunicaciones enviadas al Instituto Nacional de Compras Públicas (Incop).

El BEV consta en la lista de 63 instituciones públicas que incumplieron la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al emitir 97 resoluciones de declaratorias de emergencia con el propósito de efectuar contrataciones directas, según una auditoría efectuada por la Contraloría General del Estado.

El examen –que fue aprobado por el contralor Carlos Pólit en

febrero pasado– cubrió 165 resoluciones publicadas por 84 entidades en el portal del Incop, entre agosto del 2008 y noviembre del 2009.

La investigación no abarcó los procesos precontractuales y contractuales que se derivaron de tales resoluciones. Según la Contraloría, la contratación de la central de aire acondicionado para el BEV no podía considerarse como una situación de emergencia, tal como la describe el artículo 6 de la Ley de Contratación vigente.

“Situaciones de emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”, indica la norma.

En sus descargos, según el informe, la gerencia señaló: “La declaratoria de contratación emergente en efecto respondió a lo que se conoce como caso fortuito, definido según el estudio del maestro Planiol (Marcel Planiol, jurista francés) en razón del “efecto”; es decir, lo que recayó sobre la prestación de la cosa, por lo tanto se trata del caso; o sea, un suceso o acontecimiento eventual que no pudo ser previsto; y si fue previsto, no

pudo evitarse...”⁴⁹.

Pero los auditores insistieron en que la resolución no refería las causas de las averías de los aires y que al contratar a través de la emergencia su mantenimiento se concluía que no se había hecho oportunamente.

Además del BEV, en la nómina de entidades que inobservaron la ley constan, entre otras, el Consejo Nacional Electoral (CNE) y sus delegaciones de Cotopaxi y Loja; el Cuerpo de Ingenieros del Ejército (CIE); la Fiscalía Distrital del Guayas, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda; Petroecuador, seis empresas de agua potable y alcantarillado y de energía eléctrica; tres gobernaciones; siete prefecturas; 26 concejos cantonales; y diferentes unidades ejecutoras de obras.

La Contraloría determinó que la mayoría de instituciones alegaron que las autoridades se acogieron a las emergencias en base a hechos que no habían ocurrido todavía y que las contrataciones que realizaron pudieron haber sido incluidas en sus planificaciones anuales.

Así, por ejemplo, la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro (Agrocalidad) declaró un estado de emergencia agropecuaria por el uso del plaguicida Mancozeb y sus mezclas.

Su propósito, según la resolución 012 del 2 de marzo del 2009, era

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR; 2011

contratar estudios para determinar su efecto en la salud humana, vegetal y animal. El órgano de control indicó que “no era posible la contratación bajo régimen de emergencia para prevenir potenciales riesgos... al no existir una causal generadora de emergencia, esta no fue imprevista...”.

Asimismo, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército resolvió dos emergencias para la construcción de los destacamentos Palmar y Cantagallo; y Puerto Rodríguez y Cabo Minacho, en zonas fronterizas.

En ambos casos, la institución alegó que, por las condiciones de peligrosidad de la zona y los altos costos de la logística, pocos contratistas habían aceptado el trabajo. De ahí que le asignaron las obras, directamente, a empresas que ofrecían “mano de obra calificada y la experiencia necesaria”.

La Contraloría consideró que esas justificaciones no se apegaban a la norma. Mientras que la Unidad de Ejecución Especializada de la Subsecretaría de Seguridad Ciudadana emitió diez resoluciones para declarar en emergencia la adquisición de bienes y servicios para el proceso de modernización de la Policía.

Una de ellas fue para la contratación de “servicios de capacitación del personal policial en conducción vehicular, conducción evasiva-defensiva y conducción de motocicletas”.

Como causal para emitir esas disposiciones, la entidad argumentó que la desatención de los gobiernos anteriores al de Rafael Correa ha causado que la Policía se halle en un estado crítico que le impide cumplir adecuadamente con su función de combatir la delincuencia.

Para la Contraloría, sin embargo, todas las carencias de la Policía no surgieron “de pronto”, “al punto que se habla de la existencia de un Plan de Seguridad Ciudadana, que contendría una planificación de acciones por adoptarse con relación a la situación adoptada...”.

Voceros del órgano de control explican que las autoridades confunden el significado de emergencia con el de urgencia. En el primer caso, las contrataciones se efectúan para salvaguardar personas o bienes de alguna catástrofe ya ocurrida. Lo segundo se refiere a bienes o servicios que se requieren en el menor tiempo posible.

En el informe, los auditores recomendaron sanciones administrativas contra los responsables. Las multas van de una a veinte remuneraciones.⁵⁰

⁵⁰ FERNÁNDEZ B., JULIO. “TEORÍA DEL ESTADO Y DEL DERECHO. TEORÍA DEL DERECHO”; EDITORIAL FÉLIX VARELA; LA HABANA; 2002

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MATERIALES UTILIZADOS.

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo se requirió, como es lógico, material de escritorio, hojas de papel bond, carpetas, esferográficos, grapadoras, perforadoras, marcadores, anillados; también la computadora con todos sus complementos de funcionamiento.

Materiales documentales y electrónicos: libros, revistas jurídicas, copias, Leyes, Reglamentos, y, la Constitución de la República del Ecuador e internet.

Todos los materiales descritos, me permitieron la recopilación de la información jurídica y doctrinaria obtenida, también se realizó a través de consultas en Internet, manuales, tratados, etc., lo que permitió, realizar un minucioso análisis de los diferentes aspectos descritos

5.2. TALENTO HUMANO

Director de tesis: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

Encuestados: 30 Abogados en libre ejercicio.

Autor de la tesis: Andrea Loayza

5.3. MÉTODOS

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se utilizó simultáneamente algunos métodos, entre los que se destacan: Analítico - Sintético, Inductivo - Deductivo, comparativo y sistemático para la indagación, ejecución y presentación de resultados; el método deductivo para propiciar un análisis integral de los temas teóricos-jurídicos; partiendo de una dimensión jurídica, para llegar a las particularidades del derecho positivo; y como contraparte se utilizó el método inductivo, para estudiar los títulos y capítulos de los códigos y más instrumentos jurídicos; Los métodos Analíticos _ Sintético, comparativo y sistemático, constituyeron de mucha ayuda, principalmente para ir analizando y construyendo los diferentes apartados de la investigación.

La metodología de la investigación, articulo varias fuentes bibliográficas para poder dar forma al documento final; de manera que se estructuró los marcos conceptual, doctrinal y jurídico, analizando los contenidos teóricos jurídicos, la doctrina referente a la propiedad y sus características y a las diferentes clases de prescripción y otros similares, a fin de obtener la información requerida sobre el tema de investigación.

Seguidamente, se desarrolló la investigación de campo, operativizada mediante 30 encuestas, para obtener las percepciones de abogados

en libre ejercicio profesional, información que fue de mucha ayuda para el cumplimiento de los objetivos y la hipótesis planteada. Obviamente para la instrumentación de ésta información se utilizó fichas mnemotécnicas y bibliográficas como herramientas que facilitaron el manejo de la información.

El método comparativo, permitió hacer la comparación entre principios doctrinarios, constitucionales y jurídicos, más el trabajo de campo, conformando así el compendio de la propuesta jurídica de la presente investigación, que centro el análisis en la contratación de emergencia contenida el art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, analizando esta figura jurídica con detenimiento y determinando la necesidad de reformarla.

5.4. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Las herramientas de la ciencia de la investigación, son los instrumentos básicos del presente trabajo, es en este contexto, que se aplicó las técnicas de la encuestas, como procedimientos o recursos fundamentales de la recolección de información, sobre los hechos y acepciones jurídicas que se pretende conocer. A la vez, que la revisión de la literatura, brindo los argumentos suficientes para construir la propuesta.

Las técnicas mencionadas se instrumentaron mediante el cuestionario, fichas bibliográficas, reportes de campo, escalas de valores; elementos que constituyen los medios de verificación de la investigación. Finalmente, realizada la interpretación de los datos de campo mediante tablas y gráficos estadísticos, se procede a verificar el cumplimiento de objetivos, la contratación de hipótesis y a redactar conclusiones, recomendaciones y la propuesta alternativa de reforma jurídica.

6. RESULTADOS.

6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

Los resultados son producto de la investigación de campo, que estuvo sustentada, en la encuesta que se aplicó a 30 profesionales en libre ejercicio; las preguntas planteadas guardan coherencia con los objetivos e hipótesis del problema de estudio; en este sentido, una vez que fueron contestadas por los interrogados, se procedió a realizar la tabulación de los datos, y la interpretación respectiva. Seguidamente se procede a realizar el análisis y la interpretación de dichos resultados, compulsando las versiones de los encuestados y entrevistados, con las referencias jurídicas y el aporte crítico y reflexivo del investigador.

PREGUNTA NUMERO 1

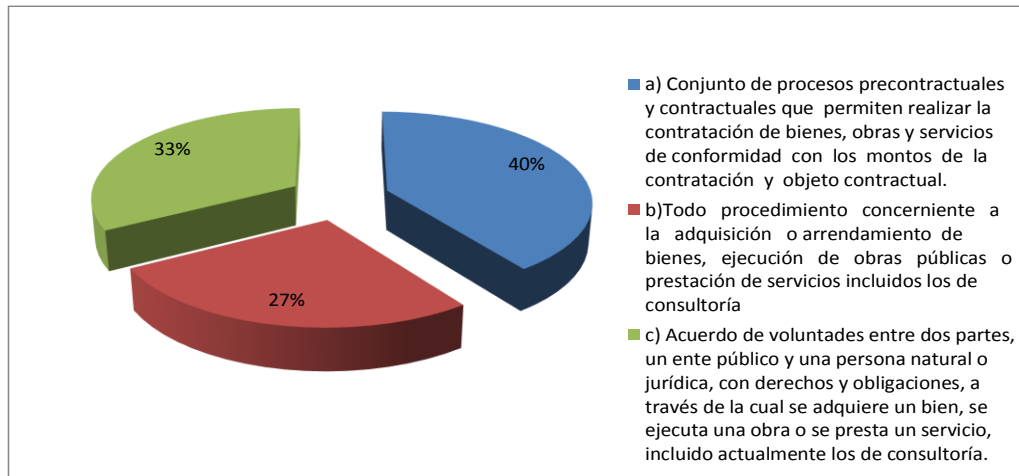
1. ¿Cómo la considera usted a la contratación pública ecuatoriana?

CUADRO N° 1

Indicadores	F	%
a) Conjunto de procesos precontractuales y contractuales que permiten realizar la contratación de bienes, obras y servicios de conformidad con los montos de la contratación y objeto contractual.	12	40
b) Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría	8	27
c) Acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través de la cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio, incluido actualmente los de consultoría.	10	33
Total	30	100

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N° 1



INTERPRETACION.-

Como se puede apreciar en el gráfico número 1, de los treinta encuestados, 12 que representan el 40% del total, se inclinan por la opción a); ocho que son el 27% se inclinan por la opción b); y, 10 que son el 33% del total se inclinan por la opción c.

ANALISIS.-

De los resultados obtenidos en esta interrogante, la mayoría de los encuestados se inclinan por la opción a) que define a la contratación pública como el conjunto de procesos precontractuales y contractuales que; permiten realizar la contratación de bienes, obras y servicios de conformidad con los montos de contratación y objeto de contratación, que es la definición correcta que se encuentra inmersa en la ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

PREGUNTA NUMERO 2

¿Cree usted que son suficientes los requisitos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP, para poder realizar el procedimiento de contratación pública de emergencia, que en su parte pertinente dice: *“Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.*

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

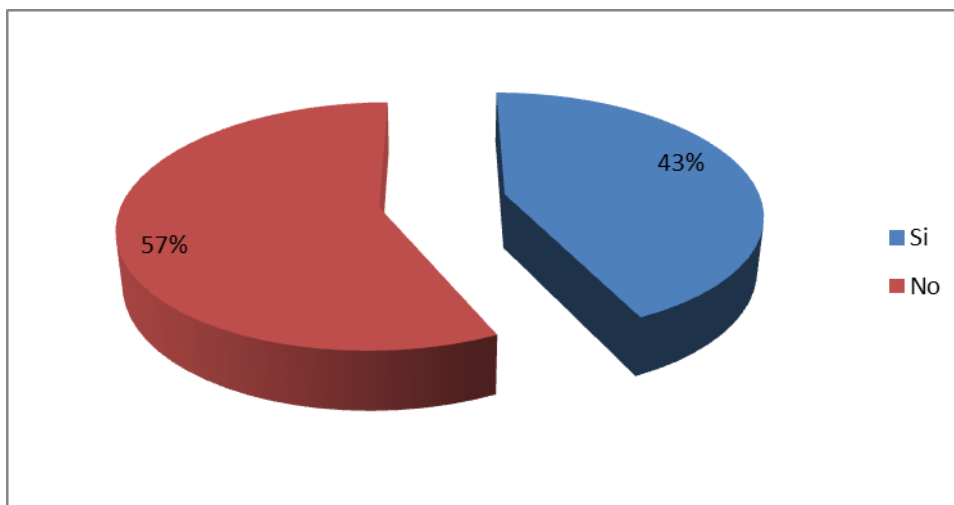
En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos?

CUADRO N^o 2

Indicadores	F	%
Si	13	43%
No	17	57%
Total	30	100%

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N° 2



INTERPRETACION.-

De acuerdo a los resultados obtenidos en esta pregunta, conforme se puede apreciar en el grafico número dos, de los treinta encuestados, trece que equivalen al 43% manifiestan que si son suficientes los requisitos determinados por el art. 57 de la LOSNCP, para la realización de las contrataciones por emergencia, mientras que, diecisiete de los encuestados, que equivalen al 57%, manifiestan que no son suficientes estos requisitos.

ANALISIS.-

El 43% que manifiesta que si son suficientes los requisitos determinados por el art. 57 de la LOSNCP, para la realización de las contrataciones por emergencia, argumentan que, en una situación de emergencia es necesario realizar las adquisiciones de una manera ágil y oportuna, porque los tramites normales no permitirían realizar estas contrataciones de manera rápida que permita controlar y atender la emergencia.

El 57%, que manifiestan que no son suficientes los requisitos determinados por

el art. 57 de la LOSNCP, para la realización de las contrataciones por emergencia, argumentan que, al permitir realizar la contratación de forma directa, estas se realizan a dedo, sin existir control en la adquisición de los bienes obras y servicios.

PREGUNTA NUMERO 3

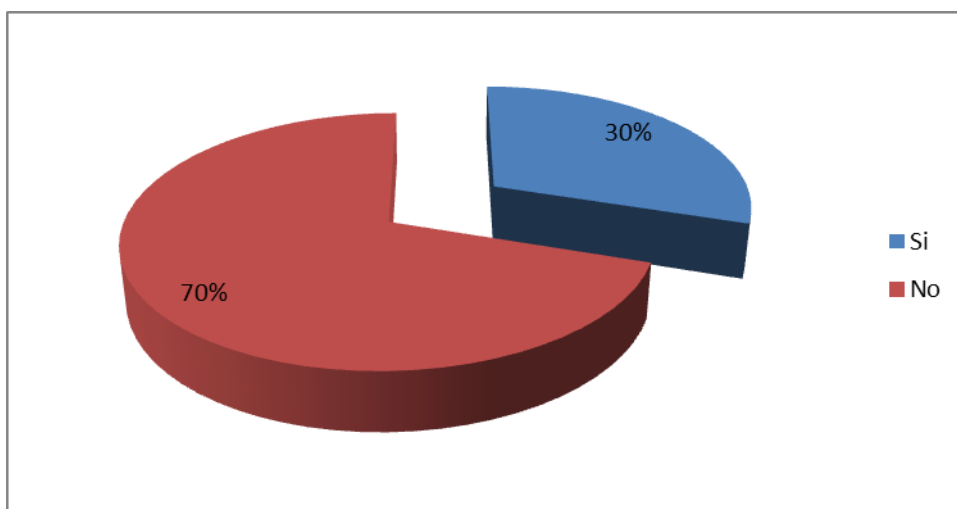
¿Cree usted que el procedimiento de contratación pública de emergencia determinado en el artículo 57 de la LOSNCP es bien aplicado por parte de las instituciones públicas sujetas al ámbito de esta ley?

CUADRO N°3

Indicadores	F	%
Si	9	30%
No	21	70%
Total	30	100%

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N° 3



INTERPRETACION.-

Como se puede apreciar en el grafico número 3, de los treinta encuestados, nueve que equivalen al 30% manifiestan que, si está siendo bien aplicado el procedimiento de contratación de emergencia estipulado en el 57 de la LOSNCP, por parte de las entidades contratantes. Por otro lado, 21 de los encuestados que son el 70%, dicen que no está siendo bien aplicado el procedimiento de contratación de emergencia de acuerdo a la ley de contratación pública.

ANÁLISIS.-

El 30% que se inclinan que si está siendo bien aplicado el procedimiento de contratación de emergencia estipulado en el 57 de la LOSNCP, por parte de las entidades contratantes, argumentan que el procedimiento se encuentra establecido en la ley y su reglamento, por lo que, debe cumplirse con los requisitos establecidos en la ley.

El 70%, que dicen que no está siendo bien aplicado el procedimiento de contratación de emergencia de acuerdo a la ley de contratación pública, argumentan que muchas de las veces se declara la emergencia en algunas instituciones solo con la finalidad de eludir procedimientos y poder dar a dedo los contratos.

PREGUNTA NUMERO 4

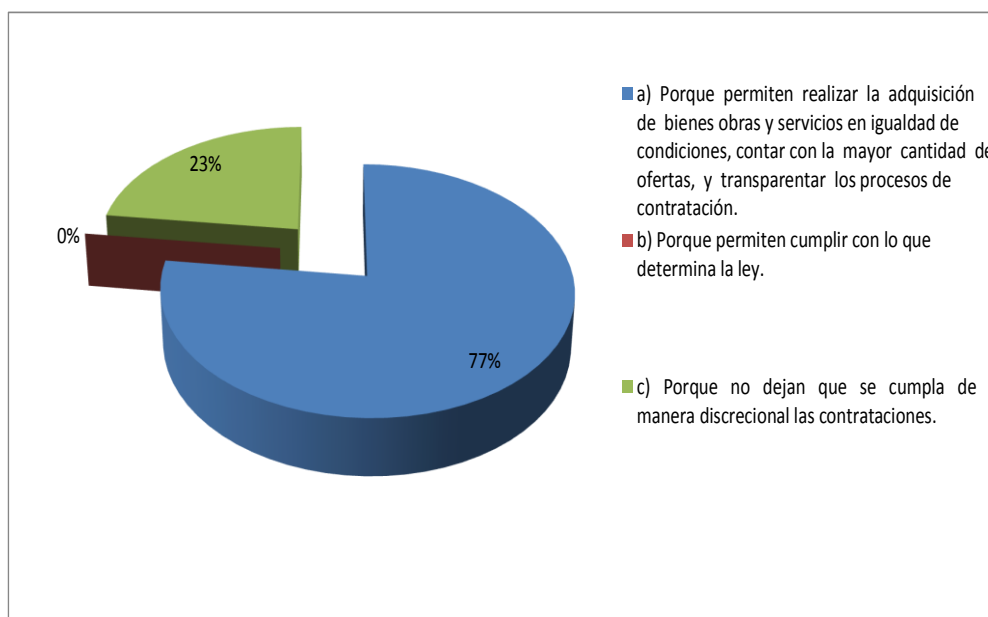
Por qué cree usted que son importantes los principios de la contratación pública, como los de publicidad, legalidad, trato justo, concurrencia, en los procedimientos de contratación pública determinados en la LOSNP.

CUADRO N° 4

Indicadores	F	%
a) Porque permiten realizar la adquisición de bienes obras y servicios en igualdad de condiciones, contar con la mayor cantidad de ofertas, y transparentar los procesos de contratación.	23	77%
b) Porque permiten cumplir con lo que determina la ley.	0	0%
c) Porque no dejan que se cumpla de manera discrecional las contrataciones.	7	23%
Total	30	100%

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N° 4



INTERPRETACION.-

Como podemos apreciar, en el grafico número 4, de los treinta de los encuestados, 23 que equivale al 77% se inclinan por la opción a), mientras que, ninguno de los encuestados se pronunció por la opción b); en cambio 7 de los encuestados que son el 23% se decidieron por la opción c).

ANALISIS.-

De los resultados obtenidos en esta interrogante, se puede analizar que, los encuestados coinciden en su mayoría que los principios de la contratación pública permiten realizar las adquisiciones de bienes, obras y servicios en igualdad de condiciones, contar con la mayor cantidad de ofertas y transparentar los procesos de contratación. En efecto, es necesario que se cumplan con estos principios en la contratación pública, caso contrario, se dejaría paso a la discrecionalidad y a la monopolización y concentración de los contratos en pocas manos.

PREGUNTA NUMERO 5

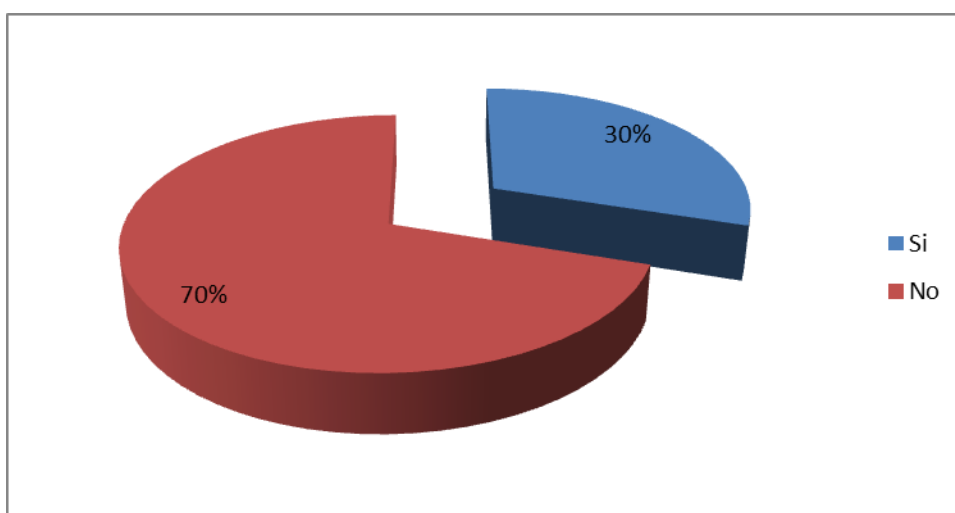
Cree usted que en las contrataciones de emergencia establecidas en el artículo 57 de la LOOSNCP, se cumplen con los principios de la contratación pública, como el de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo.

CUADRO N° 5

Indicadores	F	%
Si	9	30
No	21	70
Total	30	100

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N° 5



INTERPRETACION.-

De acuerdo a lo que se identifica en el grafico número 5, de los treinta encuestados, nueve que equivalen al 30%, manifiestan que si se cumplen los principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo, en las contrataciones de emergencia establecidas en el artículo 57 de la LOOSNCP, mientras que, veintiuno de los encuestados que equivalen al 70% manifiestan que no se cumplen con este principio.

ANALISIS.-

El 30%, que manifiestan que si se cumplen los principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo, en los contrataciones de emergencia establecidas en el artículo 57 de la LOOSNCP, argumentan que al declararse el estado de emergencia, contemplado en la ley, lo que prevalece es la vida de los seres humanos y la protección de los bienes que puedan afectarse por una situación de emergencia, por lo que, estas contrataciones deben realizarse de manera directa.

El 70% que manifiestan que no se cumplen con estos principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo, en los contrataciones de emergencia establecidas en el artículo 57 de la LOOSNCP, argumentan que, al permitir que se realicen las contrataciones de manera directa, sin el cumplimiento de ningún otro requisito que el de estar registrado en el RUP, no se puede aplicar el trato justo porque se elige al proveedor a dedo, dejando sin opciones a otros proveedores.

PREGUNTA NUMERO 6

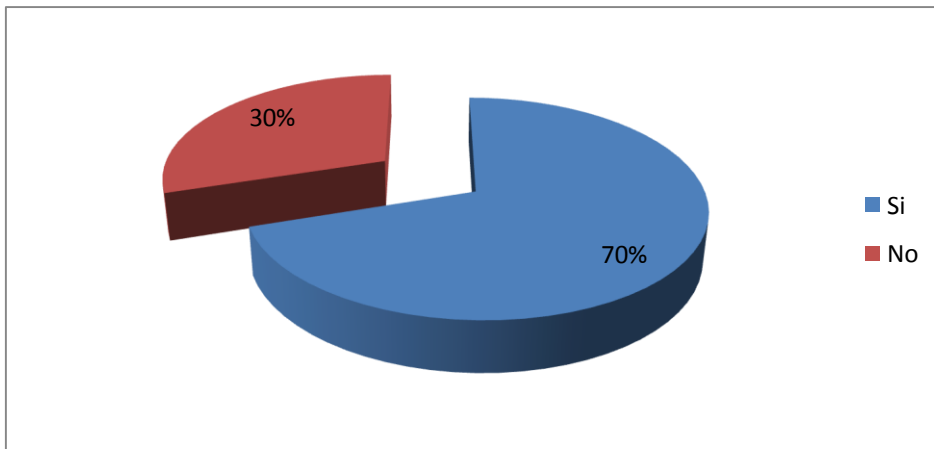
Cree usted necesario que se reforme el art. 57 de la LOSNCP determinando requisitos que permitan cumplir con los principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo.

CUADRO N° 6

Indicadores	F	%
Si	21	70%
No	9	30%
Total	30	100%

Fuente: Población Encuestada.
Autora: Nancy Andrea Loaiza Celi

GRAFICO N^o 6



INTERPRETACION.-

Conforme se aprecia en el grafico número 5, de los treinta encuestados, veintiuno, que equivalen al 30% del total manifiestan que, si es necesario que se reforme el art. 57 de la LOSNCP determinando requisitos que permitan cumplir con los principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo. Por otro lado, nueve de los encuestados, que equivalen al 30% , manifiestan que, no es necesario que se reforme el art. 57 de la LOSNP.

7.- DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Al inicio de mi investigación me propuse alcanzar objetivos, mismos que fueron verificados; es necesario entonces, que describa en este informe final de mi investigación lo siguiente:

Me propuse como objetivo general: “Realizar un análisis crítico, jurídico y doctrinario a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador y su Reglamento para tratar de determinar el marco jurídico que regula las contrataciones en situaciones de emergencia”.

Este objetivo fue verificado por cuanto en la revisión de la literatura realice un estudio de carácter doctrinario y analítico sobre la contratación pública ecuatoriana, los principios de la contratación pública, análisis de la ley y el Reglamento de Contratación Pública, Análisis del Procedimiento de contrataciones de emergencia; de igual forma, se consideró algunos aspectos de carácter jurídico y social amparándome en diferentes criterios y análisis de la información recolectada sobre este problema.

Me propuse como objetivos específicos los siguientes:

“Determinar si el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del

Sistema Nacional contratación pública para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública establecidos en el art. 4 del mencionado cuerpo legal”

Este objetivo fue verificado a través del análisis doctrinario en la revisión de la literatura de la investigación, cuando se trata del análisis constitucional y legal de las contrataciones en situaciones de emergencia. De igual manera, se comprobó este objetivo mediante la aplicación de la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta pregunta de la encuesta respectivamente.

“Analizar si los Órganos de Control Gubernamental del Estado, con la publicación de la de la LOSNCP, tienen competencia para en su parte precontractual observar los procedimientos de contratación pública en especial los promulgados por emergencia”.

Este objetivo fue verificado en base al desarrollo del marco jurídico de la revisión de literatura, de esta investigación, en la parte que trata de los organismos de control.

“Determinar si el procedimiento establecido para contrataciones en situaciones emergencia, garantiza los principios de igualdad, trato justo, transparencia y legalidad entre proveedores”

Este objetivo fue verificado en base al desarrollo del marco jurídico de la revisión de literatura, de esta investigación, en la parte que trata del análisis constitucional y legal de las contrataciones en situaciones de emergencia, de la misma manera, se lo pudo verificar a través de los resultados obtenidos en las preguntas número dos, tres, cuatro, y cinco de la encuesta.

“Realizar una propuesta jurídica de reforma tendiente a regular adecuadamente el procedimiento para contrataciones públicas en situaciones de emergencia”.

Este objetivo fue verificado mediante a la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma y a la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta dando como resultado el pronunciamiento mayoritario a favor de esta iniciativa.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Es necesario que al haber finalizado mi trabajo investigativo proceda a comprobar la hipótesis planteada, comprendida en los siguientes términos: “La Falta de una normativa jurídica adecuada y clara en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para las contrataciones en situaciones de emergencia, conlleva a una irregular e irresponsable aplicación de este procedimiento a

beneficio de intereses particulares”, lo que queda comprobado en base a la fundamentación teórica doctrinaria de la investigación y a los resultados positivos obtenidos mediante todas las preguntas de las encuestas.

8. CONCLUSIONES.

Una vez ejecutado este estudio lo más amplio posible, y específico a la vez, sobre el procedimiento para la contratación de emergencia determinado en el art. 57 de la LOSNCP y el incumplimiento con la aplicación de este procedimiento de los principios de la contratación pública de transparencia, trato justo, igualdad y legalidad, fundamentado en los principios doctrinarios, constitucionales y jurídicos que influyen sobre esta materia; y, después de haber realizado la investigación de campo, de la cual, se han obtenido las percepciones y criterios vertidos por la población encuestada, se llega a las siguientes conclusiones:

- La Contratación pública ecuatoriana es un conjunto de procedimientos precontractuales y contractuales que permiten realizar la adquisición de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría de conformidad con los montos y objetos de contratación.
- Los principios de la contratación pública ecuatoriana de transparencia, trato justo, igualdad y legalidad permiten que las adquisiciones de bienes obras y servicios, se realicen en igualdad de condiciones, contar con la mayor cantidad de ofertas, y transparentar los procesos de contratación, evitando la discrecionalidad por parte de las entidades contratantes.

- Los requisitos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP, para poder realizar el procedimiento de contratación pública de emergencia, no son suficientes, ya que, no regulan de manera clara la forma en que debe darse estas adquisiciones y permiten que estas se den de manera directa, incumpliendo los principios de contratación pública.
- El procedimiento de contratación pública de emergencia, determinado en el art. 57 de la LOSNCP, no es bien aplicado por las entidades contratantes de derecho público, debido a que, muchas de las veces no se cumplen con los requisitos de fuerza mayor y caso fortuito debidamente comprobado, y, así mismo, sirve para eludir procedimientos con el ánimo de favorecer a ciertos proveedores.
- Existen vacíos en el procedimiento para la contratación en situaciones de emergencia, determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, en cuanto a la forma de su adjudicación, contratación, y control de estos procedimientos permitiendo que se utilicen para favorecer intereses particulares.

9. RECOMENDACIONES.

- Es necesario que las instituciones públicas, realicen las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, cumpliendo con los procedimientos precontractuales y contractuales, conforme lo determinan los procedimientos establecidos en la ley de contratación pública y su reglamento.
- Se recomienda al Servicio de Contratación Pública SERCOP, realizar un mejor asesoramiento técnico, jurídico y virtual a las entidades públicas, sobre la adecuada aplicación del procedimiento de contratación pública de emergencia, con la finalidad que se cumplan con los principios de la contratación pública.
- Es necesario, que a través de la Secretaria Nacional de Riesgos, se determine mediante informes técnicos, a solicitud expresa de las entidades contratantes, la pertinencia de emitir una resolución de situación de emergencia, con la finalidad de evitar el incumplimiento de los requisitos determinados en la ley de fuerza mayor y caso fortuito.
- Se tiene que realizar reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cambiando los requisitos determinados en el art. 57, incorporando como requisito previo a

emitir una declaratoria de emergencia, contar con un informe técnico realizado por la Secretaría Nacional de Riesgos, en el que, se determine la pertinencia de realizar dicha declaratoria de emergencia.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL CONSIDERANDO

Que, el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador en su parte pertinente determina: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio- económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad

Que, el Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “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 Art. 288 del cuerpo mencionado determina 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 Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dice: “Principios.- 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.

Que, el Art. 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa: “Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”.

En uso de lo que establece el Art. 120 Nral. 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

EXPIDE

La siguiente:

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

Art. 1.- Refórmese el texto del Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública inciso segundo por el siguiente:

Art. 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución, antes de ser publicada en el Portal COMPRASPUBLICAS, deberá remitirse a la Secretaria Nacional de Gestión de Riesgos para que en el plazo improrrogable de 48 horas, emita informe favorable de la pertinencia de declaratoria de emergencia, en caso, de que no se pronuncie en este término, se entenderá por aceptada la resolución de declaratoria de emergencia.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la

situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato. Se deberá contar como mínimo con tres proformas o cotizaciones para proceder con la elección de manera directa del proveedor que presente la mejor oferta.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

La declaratoria de emergencia podrá durar máximo sesenta días.

Art. 2.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador; a los 12 días del mes de mayo del año dos mil quince.

LA PRESIDENTA

SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS GUILLERMO. "DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL"; BUENOS AIRES-ARGENTINA; 2003.
- CASSAGNE JUAN. "DERECHO ADMINISTRATIVO"; SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA; ABELEDO-PERROT; BUENOS AIRES; 2002.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO"; 2DA. EDICIÓN; LEXIS NEXIS ABELEDO PERROT; BUENOS AIRES; 2005.
- CÓDIGO CIVIL. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO- ECUADOR; 2011.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA; ESPASA CALPE S.A; MADRID; 2001.
- DISPOSICIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO- ECUADOR. 2011.
- DROMI, ROBERTO; "DERECHO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS"; CAPÍTULO IX; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 2001.
- FERNÁNDEZ B., JULIO. "TEORÍA DEL ESTADO Y DEL DERECHO. TEORÍA DEL DERECHO"; EDITORIAL FÉLIX VARELA; LA HABANA; 2002.
- GHERSI, CARLOS A. "CONTRATOS PROBLEMÁTICA MODERNA"; EDICIONES JURÍDICAS; CUYO, GARIBALDI MENDOZA.
- JARAMILLO, HERMAN. "MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO"; TERCERA EDICIÓN; DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA; LOJA; 1992.
- LARREA H., JUAN. "ENCICLOPEDIA JURÍDICA ECUATORIANA"; 11 TOMO; EDITORIAL FUNDACIÓN LATINOAMERICANA ANDRÉS BELLO; PPL IMPRESORES; QUITO-ECUADOR; 2006.

- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO-ECUADOR.
- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, QUITO-ECUADOR. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1999): DICCIONARIO JURÍDICO
- ESPASA, LEX, EDITOR. ES PASA CALPE S.A, MADRID-ESPAÑA.
- LÓPEZ WILLAM. (2010): TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Teoría, PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA, TOMO 1, EDITORIAL JURÍDICA DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR.
- FORSTHOFF; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.
- J OSSORIO, MANUEL. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES" HELIASTA S.R.L.; BUENOS AIRES- ARGENTINA; 1996.
- PARADA, RAMÓN. "DERECHO ADMINISTRATIVO I"; MADRID;
- MARCIAL PONS; DUODÉCIMA EDICIÓN; 2000.
- PARRAGUEZ R., LUIS. "APUNTES AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO"; LIBRO CUARTO TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES; UTPL; LOJA-ECUADOR; 1999.
- PÉREZ, ANTONIO Y PÉREZ EFRAÍN. "MANUAL DE CONTRATO"; EDITORIAL CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO-ECUADOR; 2006.
- PÉREZ, EFRAÍN. "DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II"; PRIMERA EDICIÓN; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; QUITO; 2006. EZE GASTON, SERVICIOS PÚBLICOS Y contratos ADMINISTRATIVOS.

11. ANEXOS

ANEXO 1

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS PARA LA ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

En vista de que me encuentro desarrollando mi trabajo de Tesis intitulado **"LA DISCRECIONALIDAD QUE EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LE OTORGA A LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LAS ENTIDADES GUBERNAMENTALES QUE SE RIGEN AL ÁMBITO DE ESTA LEY, PERMITE DIRECCIONAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA Y CONTRATAR DE MANERA DIRECTA VULNERANDO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, LEGALIDAD, TRATO JUSTO Y TRANSPARENCIA"** solicito a usted, se digne contestar el siguiente cuestionario de preguntas, con la finalidad de elaborar el informe final de mi trabajo de tesis.

1. ¿Cómo la considera usted a la contratación pública ecuatoriana?
 - a) Conjunto de procesos precontractuales y contractuales que permiten realizar la contratación de bienes, obras y servicios de conformidad con los montos de la contratación y objeto contractual

b) Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría

c) Acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través de la cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio, incluido actualmente los de consultoría, y para entender mejor, definiré a cada uno de ellos

2. ¿Cree usted que son suficientes los requisitos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP, para poder realizar el procedimiento de contratación pública de emergencia, que en su parte pertinente dice: “Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito

el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.?

SI ()

NO ()

Porque.....
.....

3. Cree usted que el procedimiento de contratación pública de emergencia determinado en el artículo 57 de la LOSNCP es bien aplicado por parte de las instituciones públicas sujetas al ámbito de esta ley.

SI ()

NO ()

Porque.....
.....

4. Por qué cree usted que son importantes los principios de la contratación pública, como los de publicidad, legalidad, trato justo, concurrencia, en los procedimientos de contratación pública determinados en la LOSNP.

a) Porque permiten realizar la adquisición de bienes obras y servicios

en igualdad de condiciones, contar con la mayor cantidad de ofertas, y transparentar los procesos de contratación.

b) Porque permiten cumplir con lo que determina la ley.

c) Porque no dejan que se cumpla de manera discrecional las contrataciones

5. Cree usted que en las contrataciones de emergencia establecidas en el artículo 57 de la LOOSNCP, se cumplen con los principios de la contratación pública, como el de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo.

SI ()

NO ()

Porque.....
.....

6. Cree usted necesario que se reforme el art. 57 de la LOSNCP determinando requisitos que permitan cumplir con los principios de la contratación pública de igualdad, transparencia, legalidad y trato justo.

SI ()

NO ()

Porque.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y MÉTODOS	111
6. RESULTADOS.....	115
7. DISCUSIÓN	126
8. CONCLUSIONES	130
9. RECOMENDACIONES	132
9.1. Propuesta de Reforma	134
10. BIBLIOGRAFÍA	138
11. ANEXOS	140
ÍNDICE.....	144