



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Los controles dentro del procedimiento de contrataciones en
Situaciones de Emergencia**

AUTOR (ES):

**Ceballos Tutiven, Danna Tatiana
Estrella Rodríguez, Fátima María**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

TUTOR:

Benavides Verdesoto, Ricky Jack

Guayaquil, Ecuador

25 de febrero del 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Ceballos Tutiven, Danna Tatiana y Estrella Rodríguez, Fátima María**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
Lynch de Nath, María Isabel

Guayaquil, a los 25 días del mes de febrero del año 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotras, **Ceballos Tutiven, Danna Tatiana y Estrella Rodríguez, Fátima María**

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, “**Los controles dentro del Procedimiento de Contrataciones en Situaciones de Emergencia**”, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 25 días del mes de febrero del año 2021

AUTORAS

f. _____
Ceballos Tutiven, Danna Tatiana

f. _____
Estrella Rodríguez, Fátima María



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Ceballos Tutiven, Danna Tatiana**

Estrella Rodríguez, Fátima María

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, “**Los controles dentro del Procedimiento de Contrataciones en Situaciones de Emergencia**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 25 días del mes de febrero del año 2021

AUTORAS

f. _____
Ceballos Tutiven, Danna Tatiana

f. _____
Estrella Rodríguez, Fátima María

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar shows document details: 'Documento' is 'Danna Ceballos.docx (D94641943)', 'Presentado' is '2021-02-04 12:40 (-05:00)', 'Presentado por' is 'Maritza Ginette Reynoso Gaute (maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec)', 'Recibido' is 'maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com', and 'Mensaje' is 'Tesis Danna Ceballos' with a link to 'Mostrar el mensaje completo'. A yellow highlight indicates '2% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' panel shows a table with columns 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table lists six sources, including 'PROYECTO GABRIELA GRANDA 30 Nov. 2019.docx', 'TESIS NECESIDAD DE UNA REGLAMENTACIÓN ESPECIFICA EN CONTRATACIONES DE EMERGENCIA...', a URL from 'dSPACE.unl.edu.ec', 'submission.docx', 'José Daniel Moreira Peñafiel - Mención Económica A 2020. final.docx', and 'tesis_patricio_viscarra_4_ene_2021.docx'. Below the table are sections for 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. At the bottom, a toolbar contains icons for document, zoom, quote, and navigation, along with text: '0 Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack
Docente Tutor

f. _____
Ceballos Tutiven, Danna Tatiana
Estudiante

f. _____
Estrella Rodríguez, Fátima María
Estudiante



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, MGS.

DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. MARTIZA GINETTE, REYNOSO GUATE

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

(NOMBRES Y APELLIDOS)

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Período: UTE B 2020

Fecha: 25 de febrero de 2021

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***“LOS CONTROLES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA”***, elaborado por los estudiantes ***DANNA TATIANA CEBALLOS TUTIVEN*** y ***FÁTIMA MARÍA ESTRELLA RODRÍGUEZ***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **(10) DIEZ**, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN***.

f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack
Docente Tutor

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a Dios y a la Virgen por haberme acompañado y guiado en cada paso. A mi abuelita María Elena y a mi madre por ser mis pilares, mis mejores amigas, por siempre escuchar todo lo que he tenido que decir y reconfortarme cuando lo he necesitado. A mi padre por siempre apoyarme en mis decisiones. A mis hermanos y primos por ser mi fuente de inspiración y energía. A mi abuelito Luis y a mi abuelita Cecilia por siempre enorgullecerse de mí. A mi nana Amada por seguirme cuidando incluso en mi adultez. A mi compañera de tesis Fátima Estrella por todo su apoyo a lo largo de la carrera. Y a nuestro tutor de tesis el Dr. Ricky Benavides por habernos guiado con paciencia y cariño en la realización de este trabajo. No podría haberlo logrado sin ustedes.

Danna Ceballos

Estoy eternamente agradecida con Dios por siempre escuchar mis plegarias y cumplir mi sueño de ser profesional del Derecho. A mis padres Pedro y María Eugenia por apoyarme durante toda mi carrera universitaria y darme los mejores consejos. A mis hermanos Pedro y Eugenia por siempre ayudarme en todo lo que necesite y ser esos amigos incondicionales. A mis abuelitas Vilma y María, tíos y primos quienes siempre me felicitan por mis logros académicos y me dan ánimos a seguir estudiando. A mis mejores amigas por entender en muchas ocasiones mi ausencia en algún evento debido a mis estudios académicos. A mis amigos de la facultad quienes me acompañaron durante estos cinco años en la universidad y en las largas noches de estudio. A mi compañera de tesis Danna Ceballos por ser una excelente amiga y hacer un trabajo fenomenal durante este tiempo. Finalmente, a nuestro tutor el Dr. Ricky Benavides por aceptar desde el primer momento ser nuestra guía durante esta investigación y aconsejarnos durante todo el proceso.

Fátima Estrella

DEDICATORIA

Todo el esfuerzo y dedicación empleado en este trabajo de titulación y a lo largo de mi carrera universitaria se lo dedico a Dios y a la Virgen María, a mi abuelita María Elena Gómez, a mi madre Tatiana Tutiven, a mi padre Mauricio Ceballos, a mis hermanos Matías, Nicolas, y Samuel, a mis primos Noemi, Zhenoa, Santiago, Christian Miguel, Christian Ezequiel, Georgina, Jorge Enrique, y Carlos Luis, a mis abuelitos Luis Tutiven y Cecilia Abad, y a mi nana Amada Arellano. Todo ha sido por y para ustedes.

Danna Ceballos

Este trabajo es dedicado a Dios y, a mis abuelitos: Juan Estrella y Washington Rodríguez quienes son mis ángeles acompañantes durante mi carrera universitaria y profesional.

También a mis padres y hermanos por ser los motores principales de mi vida.

Fátima Estrella

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
Capítulo I: Contratación Pública en Situación de Emergencia	3
1.1. Antecedentes de la Contratación Pública en Ecuador	3
1.2. De la Situación de Emergencia	3
1.3. De las contrataciones en Situaciones de Emergencia.	5
Capítulo II: Control en procedimientos de Contratación por Emergencia	13
2.1. Análisis de la normativa	13
2.2. Legislación comparada	14
2.2.1. Costa Rica.	14
2.2.2. Colombia	15
2.3. Disposiciones Reformatorias en el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción.	17
CONCLUSIONES	25
RECOMENDACIONES	26

RESUMEN

El presente trabajo explica el concepto de una situación de emergencia, para entrar a analizar el ordenamiento jurídico vigente en relación a la Contratación Pública en Situación de Emergencia en Ecuador, en lo concerniente a los controles que se realizan a lo largo de este procedimiento especial. Además, se examinará Legislación Comparada a manera de encontrar ejemplos a seguir en cuanto a la fiscalización que se realiza en otros países, señalando el contraste existente entre estas y la legislación ecuatoriana. Se comentarán también los cambios referentes a la contratación de emergencia en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública incluidos a manera de disposiciones reformativas dentro del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, cuyo texto fue aprobado en la Asamblea Nacional en diciembre del 2020. Lo anterior con la finalidad de determinar las falencias y vacíos en la normativa de control para así recomendar una reforma que coadyuve hacia la correcta utilización de este régimen.

Palabras Claves: contratación pública, situación de emergencia, portal compras públicas, control, informe previo, SERCOP.

ABSTRACT

This paper explains the concept of an emergency situation, in order to analyze the current legal system regarding Public Contracting in an Emergency Situation in Ecuador, pertaining the controls carried out throughout this special procedure. In addition, Comparative Legislation will be examined in pursuance of finding examples to follow with regards to the control carried out in other countries, pointing out the contrast between these and the Ecuadorian legislation. The changes referring to Emergency Contracting in the Organic Law of the National Public Contracting System included as reform provisions within the Bill of Organic Law Reform of the Comprehensive Organic Criminal Code on Anti-Corruption, which text was approved in the National Assembly in December 2020, will also be discussed. The foregoing with the purpose to determine the shortcomings and voids in the control regulations in order to recommend a reform that contributes towards the correct use of this regime.

Keywords: public contracting, emergency situation, public contracting portal, control, previous report, SERCOP.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la contratación pública en situación de emergencia se ha convertido en un proceso indispensable de regulación dentro del ordenamiento jurídico para enfrentar las distintas adversidades a nivel nacional o local, causadas por acontecimientos que irrumpen la cotidianidad de los ciudadanos.

Se trata de un procedimiento extraordinario de uso excepcional. Por lo tanto, el Estado debe tomar medidas preventivas de control para evitar el mal manejo de los recursos públicos durante una contratación de este tipo.

El trabajo de tesis a continuación contiene un breve extracto de los antecedentes de la contratación pública en Ecuador, así como el concepto de la situación de emergencia, el cual es de necesaria comprensión para conocer la aplicabilidad de esta clase de contrato.

Dentro de la legislación ecuatoriana el proceso de contratación pública en situación de emergencia ha sido modificado con el pasar de los años con el fin de perfeccionar la practicidad de esta figura jurídica en nuestra realidad.

De esta manera, actualmente se encuentra aprobado por la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, el cual trae reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, especialmente en la contratación en situación de emergencia, tema que es materia de análisis en esta tesis en comparación con otros ordenamientos jurídicos.

Capítulo I: Contratación Pública en Situación de Emergencia

1.1. Antecedentes de la Contratación Pública en Ecuador

La contratación pública en el Ecuador tiene sus inicios en la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, a partir de la cual se fue regulando cada aspecto de los contratos que podía realizar el ente estatal, como la forma de ejecutar los proyectos, la adquisición de recursos, la participación del público, la publicidad necesaria para la validez de la contratación, etc.

El contrato de emergencia aparece con el Reglamento de Licitación en el año 1928, y era uno de los contratos de excepción a los procedimientos precontractuales requeridos. Además, este reglamento establecía la necesidad del informe previo favorable del Consejo de Economía para la realización de la inversión estatal.

En 1958, la intervención del Contralor se convierte en obligatoria en todo contrato que utilizara fondos públicos. Con la Ley de Licitaciones de 1964, la Contraloría y la Procuraduría se convierten en los llamados a emitir informes previos favorables a la celebración de los contratos, y, en la década de los 80s adquieren además la obligación de receptor los documentos precontractuales.

En el año 2001 se emitió la Codificación a la Ley de Contratación Pública, la cual contenía un régimen jurídico amplio referente a casi todos los tipos de contrataciones del Estado, exceptuando la consultoría, la cual estaba contenida en la Ley de Consultoría expedida en 1989.

Una vez emitida la nueva Constitución de la República del 2008, se aprueba la aún vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamentos de aplicación.

1.2. De la Situación de Emergencia

Es menester conceptualizar el término “situación de emergencia” a fin de entender cabalmente que implica un acontecimiento extraordinario dentro de la contratación pública.

Por un lado, el autor Bidart Campos (1998) define a las emergencias como:

Situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan 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. (p. 179)

Por otro lado, Néstor Sagüés (1997) menciona que la situación de emergencia es “un tipo variable de la doctrina del estado de necesidad: la que se refiere a una situación de necesidad imprevista y transitoria” (p. 189).

El primero de los autores citados puntualiza que el eje central para configurarse la situación de emergencia es el impacto que provoca dicho suceso en la cotidianidad de los individuos de una nación, al punto de requerirse una solución inmediata por parte del Estado a través de medidas extraordinarias. Por el contrario, el segundo autor sí recalca que el acontecimiento debe de tener la característica de imprevisibilidad para ser calificado como una situación de emergencia.

Siguiendo la línea doctrinal de Sagüés, el artículo 6 numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a las situaciones de emergencia como:

Aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Con respecto a los acontecimientos mencionados en el texto legal, cabe mencionar que se trata de un listado ejemplificativo mas no taxativo. Para enmarcar un suceso dentro de las causales de fuerza mayor o caso fortuito la entidad contratante debe determinarlo dentro de una resolución motivada.

En una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia (2007) se menciona la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor:

Los vocablos caso fortuito, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos fuerza mayor designan hechos realizados por el hombre. Hay tratadistas que sostienen que la expresión fuerza mayor indican una fuerza irresistible, mientras que el caso fortuito señala un acontecimiento imprevisible. (Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4, p. 1434)

Por ejemplo, la pandemia de Covid 19 es una situación que ha provocado necesidades en los diferentes ámbitos de la población ecuatoriana, lo cual conllevó a que el Gobierno ecuatoriano declare un estado de emergencia sanitaria a nivel nacional enmarcado en un Estado de Excepción. Por lo tanto, el Servicio Nacional de Contratación Pública emitió un Comunicado Oficial para recordarles a las entidades contratantes que pueden hacer uso de la contratación de situación de emergencia. Este acontecimiento se configura como un caso fortuito, al ser un hecho que no depende de una acción humana porque fue producida por una enfermedad.

Adicionalmente, en el artículo se observa que un suceso debe cumplir con los siguientes requisitos para que sea declarado como situación de emergencia: a) concreta, el suceso debe ser determinado, preciso; b) inmediata, el suceso y su impacto en la sociedad debe estar ocurriendo; c) imprevista, el suceso no pudo predecirse o evitarse; d) probada: el suceso puede ser demostrado; y, e) objetiva, el suceso debe provocar un daño real y no condicionado por la subjetividad.

1.3. De las contrataciones en Situaciones de Emergencia.

Las contrataciones en situaciones de emergencia son aquellas que puede realizar una entidad contratante cuando su máxima autoridad o su delegado ha declarado la emergencia en una resolución motivada para poder contrarrestar situaciones generadas por acontecimientos graves o que sean producto de fuerza mayor o caso fortuito. Estas situaciones se encuentran en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mencionadas anteriormente.

Pérez, Aguilar, y López (2016), consideran que:

Existen casos en los que es imposible someterse a los procedimientos precontractuales comunes, en razón de que sobrevienen circunstancias imprevistas y graves, que necesitan una solución urgente, para evitar los daños que se están produciendo, o los que se podrían generar. Estos casos son conocidos como de emergencia. Ante estas circunstancias, la entidad contratante no puede esperar el tiempo que normalmente se demoraría el trámite de un procedimiento precontractual común, o incluso de régimen especial por lo que debe aplicarse un procedimiento rápido que permita superar la situación de emergencia (p. 259).

Las contrataciones por emergencia son aquellas que permiten suplir de manera inmediata las necesidades de bienes, obras o servicios, sin llevar a cabo un procedimiento de contratación convencional, siempre y cuando medie un evento no predecible y probado (Díaz, 2018, p. 107-108).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) resume el procedimiento de las contrataciones en situaciones de emergencia en su artículo 57, estableciendo que:

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

Procedimiento que se explica de manera detalla y pormenorizada en la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 desde el artículo 361 hasta el 364.2.

Solo podrá aplicarse esta forma de contratación cuando los procedimientos comunes no sean los idóneos para superar la situación de emergencia.

Acorde a los artículos 361 y 361.1, la declaratoria de emergencia debe contener la clasificación de la situación que se busca solucionar, y deberá ser publicada en el Portal

Compraspúblicas de forma inmediata o, de forma excepcional, dentro de cinco días cuando la situación de emergencia sea una catástrofe natural. Además, tendrá una duración de máximo sesenta días, a menos que, esta se encuadre dentro de un estado de excepción, caso en el cual el plazo podrá ajustarse al mismo. La entidad contratante deberá recopilar toda la información generada durante la emergencia en un expediente para el respectivo control (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Como lo establece el artículo 361.2, todos los procedimientos de contrataciones que se quieran realizar, ya sea de obras, bienes, o servicios, incluida consultoría, deberán estar relacionadas directa y objetivamente con la situación de emergencia y la urgencia de suplir una necesidad actual y emergente que haya suscitado a raíz de esta (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Para poder realizar la contratación será necesaria la certificación de disponibilidad presupuestaria la cual es responsabilidad del director financiero de la entidad contratante, como lo establece el artículo 27 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

Antes de la contratación, se deberá realizar un análisis transparente, breve, y concreto de la oferta en el mercado, realizado en la medida de lo posible aplicando lo establecido en el numeral 2 del artículo 9 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, el cual tiene como consideraciones mínimas: 1. Un análisis del bien o servicio a ser adquirido; 2. Los montos de adjudicaciones similares realizadas anteriormente; 3. Las variaciones de precios en el mercado a la época actual; 4. Analizar otros productos o servicios que puedan ser más eficientes; y, 5. Proformas de proveedores. Esto con el objetivo de conseguir el mejor costo (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Según el numeral 17 del artículo 6 de la Ley, el mejor costo se encuentra en una “oferta que, cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, propone el precio más bajo” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

Con respecto al precio justo, la doctrina se encuentra dividida en dos vertientes. La primera considera que el precio justo se debe determinar por el valor material del objeto y la tradición del lugar donde es comercializado. La segunda defiende que no existe un precio justo que trascienda en el tiempo, sino que el valor del objeto dependerá de la oferta y la demanda en el mercado al momento de su comercialización (Sandel, 2011, p.12).

No obstante, ocurre que la contratación en ocasiones se realiza adjudicando con proveedores cuyas propuestas económicas sobrepasan el precio normal en el mercado, a esto se le puede considerar como sobreprecio.

La Corte Constitucional de Colombia (2017) indica que el sobreprecio es aquel expresado “en la diferencia que hay entre el precio del mercado y los precios de las propuestas recibidas por el Estado” (Sentencia C-892-01).

El inciso 7 del artículo 361.2 establece que cuando las contrataciones necesarias sean “la adquisición de fármacos, dispositivos o insumos médicos, reactivos bioquímicos o de diagnóstico, y demás bienes estratégicos en salud, o la prestación de servicios de salud o exequiales” (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018), se entenderá que han realizado el análisis de la oferta cuando la entidad contratante publique en su sede electrónica sus necesidades de contratación, y seleccione la propuesta que más convenga de aquellas recibidas. El parámetro indispensable en estos casos será la situación actual de oferta y demanda existente en el mercado.

Para poder seleccionar al oferente idóneo, el artículo 361.5 establece que primero se deberá calificar a los proveedores participantes en el procedimiento de contratación, analizando si cumplen con los requisitos de idoneidad, los cuales son capacidad jurídica, económica y técnica. Además, la actividad económica y objeto social de estos deberá estar relacionada con el objeto de la contratación. (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Todo aquel que desee participar en procedimientos de contratación pública regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sea persona natural o

jurídica, ecuatoriana o extranjera, deberá registrarse y habilitarse en el Registro Único de Proveedores, RUP. De esta manera quedarán sujetos de control del Servicio Nacional de Contratación Pública, tal como lo establece el artículo 21 de Resolución (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

La selección del contratista se puede hacer de manera directa, el cual puede ser nacional o extranjero sin la necesidad de constar en el Registro Único de Proveedores; por ello se entiende que es una facultad discrecional de la máxima autoridad. A pesar de que se pueda adjudicar a cualquier oferente, de todas formas, deberá calificarse a los oferentes según niveles mínimos, los cuales permitirán tener la certeza de que el que resulte seleccionado tenga la capacidad para cumplir con el objeto del contrato en el tiempo requerido (Díaz, 2018. p. 113).

Cuando la contratación no trate de ninguna de las enumeradas en el inciso séptimo del artículo 361.2, el procedimiento se encuentra en el artículo 361.7 y será el siguiente: primero, la máxima autoridad remitirá a los proveedores los documentos que contengan los requerimientos de intervención técnica o de provisión, además de otros que instruyan a los proveedores sobre alcance de su intervención frente a la emergencia. Con esto se les solicita que presenten su aceptación a las condiciones de intervención establecidas en los documentos mencionados, detallando asimismo el monto pormenorizado de la propuesta económica (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

El mencionado artículo 361.7 en su tercer inciso continúa estableciendo que, receptada la adhesión, y las propuestas económicas, la máxima autoridad o su delegado analizará las propuestas presentadas, examinando si cumplen los requisitos de idoneidad, y viendo cual resulta conveniente a los intereses institucionales, observando el mejor costo. Cuando este proceso lo realice la máxima autoridad, deberá emitir su decisión de adjudicar el contrato o declarar desierto el procedimiento. En cambio, cuando el informe es elaborado por un delegado, este deberá recomendar la adjudicación o declaratoria de desierto, para consideración de la máxima autoridad (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

El plazo de ejecución de las contrataciones realizadas por la emergencia no podrá superar el tiempo de esta, salvo por razones técnicas se justifique su prolongación y lo

apruebe la máxima autoridad, según el último inciso del artículo 361.2 (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Las contrataciones de bienes en situación de emergencia también se pueden efectuar con oferentes del extranjero, lo cual se encuentra regulado en el artículo 361.4. En caso de ser la entidad contratante la que importe directamente, no será necesario verificar la existencia de oferta nacional, ni tampoco una autorización de importación emitida por el SERCOP (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Por otro lado, el artículo 361.8 indica que los bienes y servicios que se encuentren catalogados no podrán ser objeto de una contratación utilizando el procedimiento de emergencia, salvo que, de manera motivada, la máxima autoridad justifique la inconveniencia de estos por razones de orden técnico o de oportunidad en su provisión, o por cualquier otro motivo que impida atender o superar la situación de emergencia. La resolución motivada deberá remitirse al SERCOP el mismo día de su expedición para la supervisión respectiva, y en caso de encontrarse motivos, será enviada al organismo de control (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Toda la información referente a las actuaciones de las entidades contratantes en el contexto de una situación de emergencia deberá ser publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública en la herramienta de “Publicaciones de Emergencia”, según el artículo 363. En esta deberá encontrarse la resolución motivada que declare la emergencia con su fecha de inicio, además de los contratos que se suscriban, las órdenes de compra y facturas (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Asimismo, los artículos 363.1 y 364 establecen que las entidades contratantes deberán publicar en esta herramienta los informes periódicos y parciales detallando las contrataciones realizadas cada 10 días, o remitirlos al SERCOP, especificando las causas por las cuales se implementó la contratación por emergencia y no se siguió el régimen común de contrataciones. Una vez finalizada la situación de emergencia, cada entidad deberá publicar un informe final que contenga de manera pormenorizada todo lo actuado y el presupuesto empleado (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

Los instrumentos contractuales, tales como los contratos, órdenes de compra de emergencia o facturas generados durante la emergencia, deberán constar por escrito y, estar elaborados y perfeccionados por medios físicos o electrónicos, de esta forma lo indica el artículo 364.2 (Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, 2018).

La Ley exige los documentos mínimos necesarios mencionados en el párrafo anterior. Por otro lado, no se menciona la necesidad de elaborar una resolución de adjudicación del contrato debido a que se debe emplear el menor tiempo posible en este procedimiento especial (Díaz, 2018, p. 114).

Las contrataciones serán vigiladas por el Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual tiene la competencia para controlarlas en todas sus fases. Según el artículo 14 de la Ley, este servicio también cuenta con la atribución de verificar los siguientes:

1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;
2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública;
3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;
4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;
5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,
6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada. Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Para efectuar dicho control, podrá solicitar la información a las entidades contratantes, las cuales están obligadas a remitirla en el término máximo de 10 días (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

En cuanto al control que realiza el SERCOP durante las situaciones de emergencia, la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 (2018) en su artículo 364.1 establece lo siguiente:

En las contrataciones en situación de emergencia, el SERCOP podrá en cualquier momento iniciar las acciones de control necesarias para garantizar el cumplimiento

de lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que, en concordancia con el artículo 6 del Reglamento General a la mencionada Ley, podrá recomendar a la entidad contratante la suspensión de cualquier actuación o inclusive de la declaratoria de emergencia, por haberse incumplido cualquiera de los numerales del artículo 14 de la Ley y demás normativa aplicable, así como por la inexistencia de nexo entre las contrataciones que se están realizando con la situación de emergencia declarada. En los casos que se considere necesarios, el SERCOP reportará a la Contraloría General del Estado para las respectivas acciones de control posteriores.

Para lograr el correcto empleo de este tipo de contratación se debe entender que se trata de un procedimiento especial excepcional, puesto que sirve para superar una situación imprevista. Por este motivo se debe analizar no solo la situación actual que se quiere solucionar, sino también la situación anterior a la emergencia y la situación futura que resultará de la contratación (Díaz, 2018).

Se puede observar que el procedimiento de contratación durante una situación de emergencia se ha estructurado para facilitar la gestión de la entidad contratante en su objetivo de sobrellevar los tiempos a los cuales se enfrenta, por tal motivo, se encuentra exonerado de las formalidades propias del procedimiento común. No obstante, la contratación como tal no deja de regirse bajo los preceptos generales de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, por lo cual le siguen siguiendo aplicables las disposiciones referentes al análisis de las ofertas, la fundamentación de las causas que motivan la contratación, la ejecución del contrato, entre estas su celebración, la presentación de garantías, las modalidades de recepción, terminaciones, entre otras, de manera que su realización permita superar la situación de emergencia de manera eficiente.

En diciembre del 2020 se aprobó en el pleno de la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, dentro del cual se encuentran cambios a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en lo referente a la Contratación en Situación de Emergencia.

Capítulo II: Control en procedimientos de Contratación por Emergencia

2.1. Análisis de la normativa

En base al marco teórico establecido en el primer capítulo, actualmente se observa que los mecanismos de control mencionados en la normativa ecuatoriana se aplican de manera facultativa dentro del procedimiento de contratación efectuado durante una situación de emergencia.

En caso de ejecutarse una acción de control, se efectúa posteriormente a la adjudicación del contrato en base al expediente que debe realizar la entidad contratante, en el cual se recopila toda la información generada durante la contratación.

La entidad encargada de realizar el control es el Servicio Nacional de Contratación Pública, y posteriormente remiten lo encontrado durante la investigación a la entidad competente para seguir con la fiscalización del proceso, la cual es la Contraloría.

Sin embargo, el hecho de que se realicen controles de forma posterior, una vez que se está ejecutando o incluso ya finalizada la ejecución del contrato, es contraproducente a la eficiencia del procedimiento, debido a que para este momento ya se han utilizado recursos estatales tanto económicos como humanos, y en caso de que se encuentren anomalías y se deba anular el contrato, estos habrán sido empleados en vano, lo cual representa una pérdida para el Estado.

Peor aún, la principal consecuencia es que la situación de emergencia que propició la contratación no ha podido ser solucionada, dejando que sus efectos continúen hasta que se pueda nuevamente adjudicar a otro contratista, implementado incluso nuevos procesos de contratación en los cuales se emplearán asimismo recursos, haciendo que el uso de estos sea el doble de los que hubiesen sido requeridos en caso de que se realizara la contratación de manera eficiente y controlada.

De la misma forma, ocurre que la falta de control antes de la adjudicación del contrato puede llevar a que este se realice con oferentes cuyos precios son excesivos, incluso siendo analizados bajo los parámetros establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

El control posterior se realiza en base al expediente mencionado en la Resolución, según la cual se deberían publicar en el portal de Compraspúblicas todos los documentos necesarios para una correcta fiscalización, sin embargo, esto no sucede en la práctica, por lo tanto, no se logra transparentar el procedimiento para que el público general pueda acceder y fiscalizar lo actuado.

2.2. Legislación comparada

2.2.1. Costa Rica.

Costa Rica emitió la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 el 1 de mayo de 1996, dentro de la cual establece los procedimientos de urgencia. El artículo 80 de la mencionada ley establece:

En casos de urgencia y para evitar lesiones del interés público, daños graves a las personas y daños irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación; incluso podrán dictarse procedimientos sustitutivos.

En estos supuestos y para el control y la fiscalización correspondiente, la administración estará obligada a solicitar, previamente, a la Contraloría General de la República, la autorización para utilizar este mecanismo. La petición deberá resolverse dentro de los cinco días hábiles siguientes. El silencio del órgano contralor no podrá interpretarse como aprobación de la solicitud.

La autorización podrá ser requerida y extendida en forma escrita o verbal, según lo regule la Contraloría General de la República .

Este procedimiento lo detalla el artículo 140 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N.º 33411-H, en el cual se establece que la petición mencionada en el inciso segundo del artículo citado deberá formularse incluyendo la información pertinente y presentarse ante la Contraloría, la cual tendrá cinco días hábiles para resolver. Una vez que la entidad haya autorizado la implementación de este mecanismo de urgencia, puede

notificar a la administración solicitante por vía telefónica, fax o correo electrónico. En caso de silencio se entenderá como negativo. Todo lo actuado deberá constar en un único expediente que servirá para el control posterior, en el cual se constatará que se haya realizado el procedimiento en la manera aprobada (Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411-H, 2007).

La Contraloría General es la entidad que tiene la potestad de aprobación de actos y contratos, la realización de auditorías, y la declaratoria de nulidad o desaprobación de actos o contratos, entre otras establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1994).

A diferencia de la legislación ecuatoriana, la norma de Costa Rica exige se solicite la autorización para poder emplear el procedimiento especial por urgencia, a fin de que se aplique este tipo de contratación únicamente cuando la situación lo amerite y así evitar el mal uso de recursos estatales.

Además, el hecho de que se constituya silencio negativo si el órgano contralor no emite su decisión en el tiempo establecido, ayuda a precautelar los intereses del Estado ya que la falta de pronunciamiento refleja que el acontecimiento no es realmente una emergencia inminente. No siendo suficiente este control previo se crea un expediente del proceso luego de la contratación para su control posterior, es decir, existe un doble filtro por parte del Estado dándole mayor seguridad a la ciudadanía respecto al manejo de bienes estatales.

2.2.2. Colombia

La contratación directa en Colombia se efectúa en casos determinados, entre ellos la urgencia manifiesta (Ley 1150, 2007).

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, el artículo 41 de la Ley 80 (1993) establece que cuando no se pueda suscribir el contrato de manera escrita, se podrá omitir esta formalidad, sin embargo, deberá tenerse por escrito la autorización de la entidad estatal contratante. En caso de no haberse pactado la remuneración, se podrá acordar una

vez iniciada la ejecución del contrato, de forma voluntaria entre las partes o sujetándose al justo precio determinado por el organismo consultivo del Gobierno o por un perito designado por las partes.

Colombia establece en el artículo 42 de la Ley 80 las situaciones de Urgencia Manifiesta, que son aquellas en las cuales no se pueda implementar los procedimientos comunes y se necesite de actuaciones inmediatas. Esta situación deberá ser declarada mediante acto administrativo motivado (1993).

El artículo 2.2.1.2.1.4.2 del Decreto No. 1082 (2015) establece que, en caso de realizarse una contratación directa por Urgencia Manifiesta, “el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos”.

El artículo 43 de la Ley 80 establece que, una vez celebrada la contratación por Urgencia, se deberá enviar al organismo de control fiscal de la entidad, todos los documentos incluyendo el acto administrativo que declaró la Urgencia Manifiesta, el expediente con los antecedentes y pruebas de los hechos, y el contrato. Este tendrá dos meses para pronunciarse sobre la procedencia de la declaración realizada, y en caso de considerarlo pertinente, deberá solicitar que se inicien las investigaciones disciplinarias correspondientes (1993).

El artículo 3 de la ley 1150 establece el proceso de contratación pública electrónica, el cual señala que no solo se debe publicar los documentos contractuales, sino que tanto la fase precontractual como la contractual, podrán realizarse a través de plataformas electrónicas (2007). Sin embargo, no fue hasta agosto de 2019 que la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– emitió la Circular Externa No. 1 para decretar el uso del SECOP II en el 2020 donde existe una sección especial para las contrataciones de emergencia.

Adicionalmente, el artículo 10 de la Ley 1712 que regula el derecho de acceso a la información pública establece la obligación de la entidad contratante de publicar en el portal electrónico institucional sus procesos de contrataciones en curso y un vínculo al

sistema electrónico para la contratación pública con el fin de acceder directamente a la información contractual (2014).

La legislación colombiana tiene semejanzas con la normativa vigente ecuatoriana. Por ejemplo, también se exonera a la entidad contratante de la obligación de realizar los estudios precontractuales debido a que se busca la pronta realización del procedimiento de contratación que ayude a superar la situación imprevista de urgencia. Así mismo, se realiza el control mayoritariamente a través de un expediente emitido al final de la contratación, es decir, se realizan controles posteriores.

Por otro lado, el proceso electrónico de contratación pública en Colombia provoca que los contratos públicos se vuelvan mucho más transparentes porque se tiene acceso tanto a los documentos como al proceso de contratación per se. La legislación colombiana va más allá al obligar a las entidades a publicar las contrataciones públicas en curso, de esta manera la ciudadanía tiene dos canales de acceso a los documentos contractuales, ya sea por el portal de la SECOP II o por el portal institucional del contratante garantizándose de forma más eficiente el goce del derecho al acceso a la información pública.

2.3. Disposiciones Reformatorias en el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción.

En diciembre del 2020 se aprobó en el pleno de la Asamblea Nacional durante el Segundo Debate de la Comisión, el texto del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, el cual incluye Disposiciones Reformatorias a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Dentro de las Disposiciones Reformatorias a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, se busca agregar a continuación del artículo 22, el cual habla sobre el Plan Anual de Contratación, el siguiente artículo:

Art. 22.1.- Procedimiento para la obtención del informe de pertinencia y favorabilidad, previo a todas las contrataciones públicas. – El procedimiento para la obtención del informe de pertinencia y favorabilidad, previo a toda contratación pública, otorgado por la Contraloría General del Estado, conforme a lo determinado en la Ley de la materia, será el siguiente:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante inmediatamente conozca la necesidad de realizar la contratación pública, deberá notificar a la Contraloría General del Estado con la solicitud de informe previo para esta contratación, adjuntando toda la documentación de respaldo que tenga en su poder;
2. Una vez realizada dicha notificación, la misma deberá ser atendida en el plazo máximo de 15 días, contados a partir de la notificación de la solicitud realizada por la entidad contratante; y, en el caso de los procesos bajo el régimen especial, de emergencia o estado de excepción, el plazo para su entrega será de 72 horas contados a partir de la notificación de la solicitud;
3. El informe previo deberá ser comunicado inmediatamente a la entidad solicitante y al Servicio Nacional de Contratación Pública; y, será publicado en las páginas web de la Contraloría General del Estado y la de la entidad contratante;
4. En caso de determinarse la pertinencia y favorabilidad para que proceda esta contratación pública, se podrá continuar de manera regular con el resto del procedimiento establecido para el efecto en la Ley;
5. De existir algún tipo de irregularidad en la contratación que se pretende efectuar, se suspenderá temporalmente la misma, hasta que la entidad contratante la subsane o aclare en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. De no hacerlo, se dejará constancia de dicho particular en el informe y se notificara inmediatamente con el mismo a la Fiscalía General del Estado, quien de encontrar elementos de convicción suficientes, dará inicio a las investigaciones que considere pertinentes, y en caso de encontrar elementos de convicción suficientes, podrá activar el ejercicio de la acción penal pública conforme las reglas vigentes, sin perjuicio de que en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, pueda activar el ejercicio de la acción penal pública en cualquier momento. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, 2020)

Con esto se agrega un requisito previo para la realización de contrataciones públicas en Ecuador de manera general para todos los procedimientos, y se especifica que también será aplicable a aquellas realizadas bajo el régimen especial de emergencia.

Un informe previo por parte de Contraloría es favorable al control que se debe realizar en procedimientos de alta importancia, como lo es la contratación durante una situación de emergencia, debido a que se debe precautelar la implementación de recursos de manera que sean utilizados correctamente para superar el motivo que la ocasiono.

De la misma manera, este Proyecto de Ley reforma la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, agregando a continuación del artículo 18, el cual establece el alcance y la ejecución de la auditoría gubernamental, lo siguiente:

Art. 18.1.- Informe de pertinencia previo a todos los procesos de contratación pública. – La Contraloría General del Estado emitirá un informe de pertinencia, como requisito previo a la suscripción de los procesos de contratación pública determinados en la ley de la materia, por parte de las entidades y organismos del sector público, incluyendo las empresas públicas y subsidiarias, los financiados con prestamos y/o cooperación internacional, o que se encuentren bajo el régimen especial, en el marco de una declaratoria de emergencia o estado de excepción. Sin perjuicio de que, posteriormente, pueda realizar los controles previstos para estos procedimientos de contratación.

El objetivo del informe es determinar la pertinencia y favorabilidad para la consumación de la contratación pública. Se regirá bajo los principios de legalidad, celeridad y transparencia; y analizará la pertinencia de la contratación, conforme a los parámetros establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y de manera específica, analizará el presupuesto referencial, el monto de la contratación, el tipo de la contratación, el plazo, la legalidad y la transparencia de la contratación pública.

Este informe se entregará en el plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la solicitud realizada por la entidad contratante; y, en el caso de los procesos bajo el régimen especial, de emergencia o estado de excepción, el plazo para su entrega será del setenta y dos (72) horas, contados a partir de la notificación de la solicitud realizada por la entidad contratante.

Si transcurrido el plazo la Contraloría General del Estado no entrega el informe de pertinencia, se considerará como favorable para proceder con la contratación, y constituirá causal de destitución del funcionario a cargo del Informe.

Para la suscripción de contratos y convenios de deuda pública o externa, no será necesario el informe previo de pertinencia.

En ningún caso se podrá excepcionar de este requisito previo a la suscripción de contratos que se suscriban en el marco de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

La Contraloría General del Estado determinará los documentos que deban adjuntarse a la solicitud. Si la entidad contratante no los adjunta, están incompletos o son imprecisos, se devolverá la solicitud, y el término será contado a partir de la fecha en que se cumpla lo dispuesto en este artículo.

Una vez emitido el informe previo por parte de la Contraloría General del Estado, las entidades y organismos del sector público podrán proceder a la celebración del contrato correspondiente, tomando en cuenta las observaciones que se hubieren formulado.

Es obligación de la autoridad nacional de contratación pública informar a la Contraloría General del Estado, cada vez que conozca sobre el incumplimiento de lo señalado en este artículo. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, 2020)

De esta manera regula la forma en que se deberá emitir informe previo. Sin embargo, se constata que se trata de un requisito previo que, en caso de no obtenerse por falta de pronunciación de la entidad, no impide la realización de la contratación.

Implementar el informe previo no es algo nuevo en Ecuador, puesto que era un requisito para las contrataciones de licitación o concurso público establecido en el artículo 60 de la Ley de Contratación Pública, codificación 2001. Al igual que en el artículo propuesto en el proyecto, en caso de silencio administrativo este se tendría por favorable.

El silencio favorable es negativo a los intereses de la fiscalización, debido a que la Contraloría puede abstenerse de emitir el informe por falta de tiempo y se pierde la oportunidad de controlar la contratación desde un inicio, y de determinar la pertinencia y favorabilidad del procedimiento. Lo ideal sería implementar un silencio negativo, como el establecido en Costa Rica, para que la entidad contratante se vea en la necesidad de obtener por parte de la Contraloría la aprobación expresa para proceder con la contratación en situación de emergencia.

En cuanto a las disposiciones reformatorias a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también se realizan los siguientes cambios relevantes. Se sustituye el artículo 57 por lo establecido a continuación:

Art. 57.- Declaratoria de emergencia. - Para atender las situaciones de emergencia definidas en esta Ley, previamente a iniciarse cualquier contratación, la máxima autoridad de la entidad contratante deberá emitir una resolución motivada que declare la emergencia para justificar las contrataciones, dicha resolución se publicará de forma inmediata a su emisión en el portal de Compraspúblicas. La facultad de emitir esta resolución no podrá ser delegable. El SERCOP establecerá el tiempo de publicación de las resoluciones emitidas como consecuencia de acontecimientos graves de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano.

Para el efecto, en la resolución se calificará a la situación de emergencia como concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, así mismo se declarará la imposibilidad de realizar procedimientos de contratación comunes que permitan realizar los actos necesarios para prevenir el inminente daño o la paralización del servicio público.

El plazo de duración de toda declaratoria de emergencia no podrá ser mayor a sesenta (60) días, y en casos excepcionales podrá ampliarse bajo las circunstancias que determine el SERCOP. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, 2020)

Con esta disposición reformativa, se agrega a la Ley el procedimiento para la declaratoria de emergencia encontrado en los artículos 361 y 361.1 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072.

Asimismo, se agrega a continuación del artículo 57 reformado, el artículo 57.1:

Art. 57.1.- Contrataciones de emergencia. - La entidad contratara 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, sin que se excluya de este tipo de procesos la entrega de garantías indispensables para el buen uso de recursos públicos, que fueren pertinentes acorde a la Ley.

Las contrataciones que se efectúen producto de la declaratoria de emergencia tendrán relación directa y objetiva con el problema o situación suscitada. No se podrá utilizar la emergencia para realizar contrataciones que se encontraban planificadas en la entidad, salvo que la contratación fuese estrictamente necesaria y tenga relación directa con la situación de emergencia.

En ningún caso las contrataciones realizadas bajo este procedimiento serán usadas para solventar las omisiones o deficiencias en la planificación institucional; o, evadir los procedimientos de contratación pública.

Tampoco se podrá realizar contrataciones cuyo plazo de ejecución contractual se extienda más allá del tiempo previsto para la declaratoria de emergencia; caso contrario, este tipo de contrataciones constituirán la presunción de hecho de que la contratación no fue necesaria para superar la situación de emergencia.

En cada contratación, la entidad contratante tendrá en cuenta la experiencia, capacidad económica y jurídica del proveedor seleccionado, salvo en situaciones excepcionales donde por extrema urgencia y necesidad de disponibilidad inmediata para proteger derechos constitucionales como la vida, la salud o la integridad personal, se deba obviar justificadamente estos requisitos. Toda contratación de emergencia deberá contar con la disponibilidad de recursos financieros.

De forma ágil, rápida, transparente y sencilla, la entidad levantara los requerimientos técnicos o términos de referencia; posterior a esto, procederá a analizar el mercado para que, a través de una selección de proveedores transparente, defina al contratista, procurando obtener los mejores costos según la naturaleza del bien, servicio, obra o consultoría, y teniendo en cuenta al tiempo de entrega y/o forma de pago como parámetros para definir el mejor costo.

La entidad contratante recopilará toda la información generada, por cualquier medio en un expediente que servirá para el respectivo control gubernamental.

Las entidades contratantes publicaran conforme sean expedidos y de manera inmediata: la resolución de declaratoria de emergencia, los contratos o documentos que instrumenten las contrataciones en situación de emergencia, así como

informes parciales de dichas contrataciones a efectos de llevar a cabo el control previsto en el artículo 14 de la Ley.

La realización de contrataciones por situación de emergencia, no exime a las entidades contratantes de aplicar también las disposiciones que regulan las etapas contractuales y de ejecución contractual, siempre y cuando dichas disposiciones no atenten contra la naturaleza ágil, inmediata, rápida, transparente y sencilla de dichas contrataciones. En caso que se requiera determinados actos notariales, y que los servicios notariales en el país no estuviesen disponibles, se utilizarán instrumentos privados, fedatarios, administrativos y/o se postergará estas actuaciones, según sea el caso, hasta que estos servicios vuelvan a la normalidad. Durante los procedimientos contractuales que se realicen por situaciones de emergencia, los órganos y entidades del Estado, podrán solicitar a la Contraloría General del Estado el respectivo asesoramiento, sin que dicha asesoría implique vinculación en la toma de decisiones. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, 2020)

Este artículo incorpora a la ley el procedimiento de contratación de emergencia establecido en los artículos 361.2, 361.4, 361.5, 361.7, 362, 363, 363.1, y 364.2 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072.

Por último, se agrega el artículo 57.2:

Art. 57.2. – Cierre y control de la emergencia. - En todos los casos una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el Portal de Compraspúblicas un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos. En caso de incumplimiento de las publicaciones de la resolución de emergencia, los contratos derivados de la misma o los informes señalados en este artículo, el SERCOP notificará a la Contraloría General del Estado este particular, en el término máximo de diez (10) días contados desde la fecha de emisión del respectivo informe.

En las contrataciones en situación de emergencia, el SERCOP, la Contraloría General del Estado o la Procuraduría General del Estado podrán en cualquier momento iniciar las acciones de control necesaria para garantizar el cumplimiento de las reglas y principios de esta Ley, por lo que, podrá recomendar a la entidad contratante la suspensión de cualquier actuación o inclusive de la declaratoria de emergencia. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, 2020)

El último artículo concerniente a la contratación pública por emergencia habla sobre el cierre y control de la emergencia, lo cual se encuentra actualmente en el último inciso del artículo 57 de la Ley, y en los artículos 364 y 364.1 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072. Con este se incluye a la Contraloría y a Procuraduría como entidades habilitadas

para iniciar las acciones de control que hasta el momento le corresponden al SERCOP, el cual posteriormente las notificaba. Por otro lado, se incluye un término de diez días para la publicación del informe final junto a los documentos contractuales, lo cual cambia lo dictado en la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 que establece que su publicación debe ser inmediata.

Esto a diferencia de Colombia, quien ha implementado un Portal de contratación pública amigable a los usuarios, donde se realizan las contrataciones, y se publica de forma inmediata todos los documentos relacionados a los procedimientos realizados, no solo los contractuales. Esta publicación se realiza tanto en el portal mencionado, como en el sitio institucional de la entidad contratante. De manera que aseguran la transparencia y acceso a la información para el público general.

Lo que hace el mencionado Proyecto es separar los tres incisos del artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y explicarlos de forma detallada en tres distintos artículos, incorporando lo establecido en la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 de la SERCOP del año 2018.

Este proyecto de Ley espera ser aprobado por el ejecutivo.

Si bien es cierto con el proyecto de ley analizado el órgano legislativo busca agudizar los controles dentro del proceso de contratación en situación de emergencia, consideramos que contempla aspectos que dan campo a una deficiente fiscalización, los cuales deben ser modificados como el silencio positivo ocasionado por la falta de emisión del informe previo de Contraloría, dicha condición puede conllevar a que se concluya el proceso de contratación pasando por alto el criterio del órgano externo idóneo para supervisar el procedimiento. Lo ideal sería que el silencio se presuma como una respuesta negativa.

Asimismo, debería existir una doble publicación, tanto en el Portal de Compras Públicas como en el sitio institucional de la entidad contratante, de todos los documentos derivados de la contratación en un periodo de tiempo menor al establecido en la reforma, para que las entidades gubernamentales y la ciudadanía en general puedan realizar la fiscalización del proceso de contratación de forma ágil, informada, y expedita. Esta

duplicidad genera la transparencia necesaria del proceso y sirve como defensa ante sospechas de posibles irregularidades.

CONCLUSIONES

1. **PRIMERO:** Existen situaciones extraordinarias provocadas por un caso fortuito o de fuerza mayor que requieren respuestas inmediatas por parte del Gobierno para satisfacer las necesidades suscitadas durante la misma, por ello la legislación ecuatoriana contempla el proceso especial de contratación pública en situaciones de emergencia, el cual permite a la entidad contratante realizar acciones oportunas en un tiempo menor al régimen ordinario y sin tantas formalidades.
2. **SEGUNDO:** El procedimiento de contratación pública durante la situación de emergencia se encuentra regulado en la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 del SERCOP. Aunque la norma se encuentra bien estructurada y detallada, sigue siendo deficiente en cuanto al control que se realiza durante los procesos de contratación, y la naturaleza de los documentos que deben publicarse terminada la emergencia.
3. **TERCERO:** Los países analizados tienen normativa que ayudan a la realización del control durante la contratación, en cuanto al informe previo con silencio negativo, y al portal de compras públicas donde se publican todos los documentos derivados del proceso de contratación, además de ser amigable a los usuarios.
4. **CUARTO:** El Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción trae consigo cambios en cuanto al control realizado, incorporando como entidades fiscalizadoras a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, además del SERCOP. De igual manera, agrega el requisito del informe previo de Contraloría para poder realizar la contratación, el cual tiene un silencio positivo en caso de no emitirse. Por último, incluye la obligatoriedad de publicar los documentos contractuales.
5. **QUINTO:** En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los mecanismos de control implementados en la contratación pública en situación de emergencia en Ecuador son ineficientes e insuficientes para garantizar el correcto actuar de las entidades contratantes y la superación de las causas que motivaron la emergencia.

RECOMENDACIONES

En vista de lo expuesto en el presente trabajo, se recomienda realizar reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 en lo referente a los controles que se realizan durante la Contratación Pública en Situación de Emergencia, de forma que se incluya un informe previo de Contraloría, y que, en casos de silencio, este sea observado como negativo.

Además, se debe transparentar el actuar de las entidades contratantes en el sector público, de manera que publiquen todos los documentos generados en el contexto de la contratación pública, no solo los documentos contractuales. Esto debería publicarse tanto en el Portal Compras Públicas como en el sitio institucional de la entidad contratante de forma simultánea a su expedición.

En cuanto al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, debería tomarse en cuenta que la positiva provocada por el silencio de la Contraloría hará que se pase por alto el requisito del informe previo a todas las contrataciones. Además, transparentar solo los documentos contractuales y otorgar un periodo más largo a las entidades contratantes para la publicación de estos, atrasa el proceso de fiscalización necesaria que deben realizar las entidades gubernamentales correspondientes y la participación ciudadana del público en general que también tiene derecho a conocer el procedimiento implementado en la contratación.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. (abril de 2019). Circular externa única de Colombia compra eficiente. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/circular_unica_para_comentarios_0.pdf
- Bidart, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada. Tomo 2*. Ediar: Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://aulavirtual4.unl.edu.ar/mod/folder/view.php?id=1979>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-466-01. Sentencia recaída en el expediente D-3404. 22 de agosto. Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-892-01.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (2007). Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4.
- Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional N 1082, Bogotá, Colombia, 26 de mayo de 2015.
- Díaz, J. (2018). Los procedimientos de emergencia en la contratación pública. *Revista de Derecho Foro*, 30. Quito, Ecuador.
- Ley 1150, Diario Oficial 46.691, Bogotá, Colombia, 16 de julio de 2007.
- Ley 1712, Diario Oficial 49.084, Bogotá, Colombia, 6 de marzo de 2014.
- Ley 80, Diario Oficial 41.094, Bogotá, Colombia, 28 de octubre de 1993.
- Ley de Contratación Administrativa N° 7494. Gaceta N° 110. San José, Costa Rica, 1 de mayo de 1996.
- Ley de Contratación Pública, Codificación 2001, Registro Oficial 272, Quito, Pichincha, Ecuador, 22 de febrero de 2001.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428, San José, Costa Rica, 4 de noviembre de 1994.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 395, Quito, Pichincha, Ecuador, 4 de agosto de 2008.

Pérez, A. J. Aguilar Hernández, J. L. y López Suárez, D. (2016). *Manual de contratación pública (2a. ed.)*. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pérez, E. (2008). *Derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones

Pérez, E. (1998). *La administración pública ecuatoriana en el siglo XX*. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://www.estade.org/derechopublico/Administracin%20Pblica%20s.%20xx.doc>

Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Oficio No. PAN-CLC-2020-0365, Quito, Pichincha, Ecuador, 16 de diciembre de 2020.

Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP). Registro Oficial 633, Quito, Pichincha, Ecuador, 3 de febrero de 2012.

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411-H. Gaceta N° 210, San José, Costa Rica, 4 de enero de 2007.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 588, Quito, Pichincha, Ecuador, 12 de mayo de 2009.

Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72. Registro Oficial Edición Especial 245, Quito, Pichincha, Ecuador, 29 de enero de 2018

Sagiés, N. (1997). *Elementos de derecho constitucional*. Segunda edición. Astrea: Buenos Aires, Argentina.

Sandel, M. (2011). *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* . Debate: Madrid, España.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Ceballos Tutiven, Danna Tatiana**, con C.C: # **0921686721** y **Estrella Rodríguez, Fátima María**, con C.C: # **0931397038** autores del trabajo de titulación: **Los Controles Dentro Del Procedimiento De Contrataciones En Situaciones De Emergencia** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 25 de febrero de 2021

f. _____
Ceballos Tutiven, Danna Tatiana

C.C: 0921686721

f. _____
Estrella Rodríguez, Fátima María

C.C: 0931397038



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Los Controles Dentro Del Procedimiento De Contrataciones En Situaciones De Emergencia		
AUTOR(ES)	Danna Tatiana, Ceballos Tutiven y Fátima María, Estrella Rodríguez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ricky Jack, Benavides Verdesoto		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de febrero de 2021	No. DE PÁGINAS:	29
ÁREAS TEMÁTICAS:	Contratación Pública, Situación de emergencia, Derecho Administrativo		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Contratación pública, Situación de emergencia, Portal compras públicas, Control, Informe previo, SERCOP.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo explica el concepto de una situación de emergencia, para entrar a analizar el ordenamiento jurídico vigente en relación a la Contratación Pública en Situación de Emergencia en Ecuador, en lo concerniente a los controles que se realizan a lo largo de este procedimiento especial. Además, se examinará Legislación Comparada a manera de encontrar ejemplos a seguir en cuanto a la fiscalización que se realiza en otros países, señalando el contraste existente entre estas y la legislación ecuatoriana. Se comentarán también los cambios referentes a la contratación de emergencia en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública incluidos a manera de disposiciones reformatorias dentro del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, cuyo texto fue aprobado en la Asamblea Nacional en diciembre del 2020. Lo anterior con la finalidad de determinar las falencias y vacíos en la normativa de control para así recomendar una reforma que coadyuve hacia la correcta utilización de este régimen.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-989693094 +593-4-982987206	E-mail: dannatatiana@hotmail.com fatimaestrella98@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Guate, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-4-994602771		
	E-mail: : maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			