

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Posgrados

La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador

Rafael Andrés Cocíos Núñez
Jorge Luis González, M.A., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Máster en Derecho Administrativo

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador

Rafael Andrés Cocíos Núñez

f) Jorge Luis González, M.A.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

f) Juan Pablo Aguilar Andrade, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de
Tesis

f) Luis Benalcázar, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

f) Javier Robalino Orellana, M.A.
Director de la Maestría en
Derecho Administrativo

f) Luis Parraguez Ruíz, D.R.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

f) Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Posgrados

Quito, 15 de mayo de 2015

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Ab. Rafael Andrés Cocíos Núñez

C. C. 171208398-7

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "La contratación pública en situaciones de emergencia en el Ecuador"

ALUMNO Æb. Rafael Andrés Cocós Núñez

E VALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado, con máximo de diez puntos.

10

Las contrataciones en situaciones de emergencia tienen enorme importancia por cuanto chocan con los principios de transparencia, competencia, concurrencia, no obstante, son necesarias en tanto sirven para superar situaciones imprevistas.

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de diez puntos.

9

Se plantea demostrar que no existe la mejor aplicación de las normas sobre situaciones de emergencia que prevén la normativa ecuatoriana, por parte de las entidades contratantes.

- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.

19

Emplea bibliografía de autores importantes y además casos reales, algunos trascendentes como son los sectores justicia y salud.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cuarenta puntos.

38

A lo largo de la tesis se sientan las bases del análisis y luego, a través de evidencia empírica, se llega a conclusiones valederas, que van desde una mejor comprensión de las normas por parte de las entidades contratantes hasta un nuevo rol en cuanto a la supervisión de los procesos por parte del SERCOP.

- e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación, con un máximo de veinte puntos.

20

El alumno acogió las recomendaciones y directrices que se le dio en la investigación.

TOTAL:

96

FIRMA DIRECTOR:



Jorge Luis González Tamayo

Certifico que el presente informe es fiel copia del original.



Verónica Chiribosa A.
Coordinadora

*A mi esposa, que con su infinito amor,
dulzura y comprensión, ha sabido
moldear mi vida de una manera muy
especial.*

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme dado la vida y la entereza para seguir mis estudios de posgrado.

A mis maestros y profesores, por guiarme moral y académicamente hacia mis objetivos profesionales.

A mis padres, hermana, familiares y amigos, por su apoyo incondicional durante toda esta etapa de estudio superior.

Finalmente, deseo agradecer la colaboración del doctor Jorge Luis González Tamayo, profesor de esta Universidad y Director de la presente Disertación, por su paciencia e interés para la culminación de este trabajo.

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es analizar si la contratación pública en casos de emergencia en el Ecuador sirve como un procedimiento excepcional para superar situaciones generadas por acontecimientos graves, fuerza mayor, caso fortuito o simplemente ha sido utilizada como un mecanismo para eludir o escapar de los procedimientos comunes y exigencias que determina la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se revisará a través de distintos casos prácticos, las características que debe tener una situación para ser catalogada como de emergencia. Esto permitirá conocer si este procedimiento ha sido manejado transparentemente por las entidades públicas o si se han dado abusos por parte de éstas al momento de emitir la resolución motivada que declare la emergencia.

Además, se examinará si existen vacíos legales en el procedimiento excepcional para la contratación en situaciones de emergencia. Por otra parte, se revisará el alcance de la atribución sancionadora del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y su ámbito de control en las contrataciones en situaciones en emergencia, a fin de recomendar una reforma legal que garantice una supervisión ágil y permanente de las declaratorias de emergencia por parte del SERCOP.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze if extraordinary procedures applied for public contracting in Ecuador during cases of emergency have served to overcome situations caused by serious events, force majeure and unforeseen circumstances or if these procedures have simply been used as a mechanism to avoid or escape normal processes and requirements established in the Public Contracting National System Organic Law. The criteria that a situation must meet in order to be cataloged as an emergency will be reviewed through the analysis of various practical cases. This will allow us to learn if these extraordinary procedures have been handled by public entities with transparency or if abuses have occurred at the time of issuing the reasoned declaration of emergency resolution.

In addition, this paper will examine whether there are legal loopholes in the extraordinary procedures that have been applied for contracting during situations of emergency. Furthermore, this thesis will review the scope of the sanctioning capacity of the Public Contracting National Service (SERCOP) and its sphere of influence for contract cases during situations of emergency, in order to recommend legal reform that ensures a permanent and agile supervision of emergency declarations made by SERCOP.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.- LA CONTRATACION PÚBLICA EN EL ECUADOR	15
1.1. La Contratación Administrativa	15
1.2. Principios de la Contratación Pública	19
1.2.1. Principio de Legalidad	21
1.2.2. Principios de Trato Justo e Igualdad	23
1.2.3. Principio de Calidad	25
1.2.4. Principio de Vigencia Tecnológica	26
1.2.5. Principio de Oportunidad	27
1.2.6. Principio de Concurrencia	28
1.2.7. Principio de Transparencia	31
1.2.8. Principio de Publicidad	32
1.2.9. Principio de Participación Nacional	33
1.3. El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)	34
1.4. Las Situaciones de Emergencia en General	38
1.4.1. El Estado de Excepción en el Ecuador	40
1.4.1.1. El Estado de Excepción en la Función Judicial	49
1.4.1.2. El Estado de Excepción en el Sector de la Salud	55
CAPÍTULO II.- SITUACIONES DE EMERGENCIA CONTEMPLADAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	59
2.1. Caso Fortuito o Fuerza Mayor	62
2.2. Características de las Situaciones de Emergencia	65
2.2.1. Concreta	65
2.2.1.1. Caso.- Prefectura Provincial de Chimborazo	65
2.2.1.2. Caso.- Prefectura Provincial de Napo	66
2.2.2. Inmediata	67
2.2.2.1. Caso.- Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable Quito	67
2.2.2.2. Caso.- Comisión para el Desarrollo de la Zona Norte de Manabí	67
2.2.3. Imprevista	68
2.2.3.1. Caso.- Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, AGRO-AGROCALIDAD	68
2.2.3.2. Caso.- Banco Ecuatoriano de la Vivienda (BEV)	69
2.2.4. Probada	70
2.2.4.1. Caso.- Fiscalía del Guayas	70
2.2.4.2. Caso.- Alcaldía del Cantón Guamote	71
2.2.5. Objetiva	71
2.2.5.1. Caso.- Gobierno Local Putumayense	72
2.2.5.2. Caso.- Prefectura de Esmeraldas	72
2.3. Procedimiento de las Contrataciones en Situaciones de Emergencia	73

2.3.1. Calificación y Declaración de la Emergencia	75
2.3.2. Selección del Contratista	77
2.3.3. Situación de Emergencia Superada	77
2.3.3.1. Caso.- Ministerio de Recursos Naturales No Renovables	78
2.3.3.2. Caso.- Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado Abdón Calderón	82
2.3.4. Exoneración de Procedimientos Precontractuales	83
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	85
BIBLIOGRAFÍA.	93

INTRODUCCIÓN

“La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador”, es un tema de investigación justificable pues es muy controvertido en la actualidad. Los esfuerzos por realizar estudios específicos en esta área han sido escasos en el país y han pasado inadvertidos. Es de gran relevancia académica aportar con una revisión doctrinaria y legal que permita analizar si las contrataciones en casos de emergencia sirven como un procedimiento para superar situaciones generadas por acontecimientos graves, fuerza mayor, caso fortuito o simplemente han sido utilizadas como mecanismos para eludir o escapar de los procedimientos y exigencias que determina la Ley.

Esta tesis no pretende ser un tratado especializado sobre esta materia, pero contribuirá con la ciencia jurídica ecuatoriana y la creación legislativa, en tanto se determinará si son claras y coherentes las condiciones y requisitos que debe cumplir una situación para ser catalogada como de emergencia, conforme el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en concordancia con otras disposiciones legales. De igual forma, se examinará si existen vacíos legales en el procedimiento especial de contratación en situaciones de emergencia. También se conocerá si este procedimiento especial ha sido manejado transparentemente por las entidades públicas o si se han dado abusos por parte de éstas al momento de calificar la emergencia.

Este estudio es de enorme relevancia para la sociedad ecuatoriana, pues en los últimos años se han incrementado el número de contrataciones por situaciones de emergencia, en las que se ha aplicado el procedimiento especial que determina la Ley. Por otro lado, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública trajo ciertos cambios para este tipo de contrataciones. Además, con la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), organismo rector de las contrataciones públicas en el Ecuador, denominado actualmente Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), se abrió un nuevo frente para supervigilar las declaratorias de estado de emergencia en el ámbito de la Contratación Pública.

Este estudio plantea como hipótesis que las entidades públicas motiven en legal y debida forma las resoluciones que declaran la emergencia para justificar el uso del procedimiento excepcional. De esta manera se podrá disminuir el número de contrataciones por situaciones de emergencia y evitar discrecionalidades por parte de la Administración Pública. Además, si la supervisión de las declaratorias de emergencia fuera más eficiente y contara con un control permanente por parte del SERCOP, el procedimiento de la contratación en situaciones de emergencia volvería a ser realmente excepcional.

En este trabajo se revisará brevemente la contratación administrativa en el Ecuador, principios de la contratación pública, las atribuciones del SERCOP como organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, las situaciones de emergencia en general, el Estado de Excepción, los Estados de Excepción en la Función Judicial y en el Sector de la Salud, las situaciones de emergencia contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el caso fortuito o fuerza mayor, características de las situaciones de emergencia ejemplificadas con casos prácticos y el procedimiento de las contrataciones en situaciones de emergencia. De igual forma, se analizará si el procedimiento precontractual excepcional es lo suficientemente claro y de fácil aplicación para los funcionarios de las distintas entidades públicas. Finalmente, se sugerirá, de ser el caso, ciertos cambios a la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a fin de incrementar el control en el procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia.

En definitiva, esta tesis promoverá el interés y despertará la conciencia de ciudadanos y autoridades sobre la importancia de contar con un efectivo, transparente y eficiente régimen de contratación pública para casos o situaciones de emergencia. Esta investigación contribuirá al desarrollo de una política que evite discrecionalidades por parte de la Administración Pública y que brinde seguridad jurídica a todos quienes contratan con el Estado.

CAPÍTULO I

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

1.1. La Contratación Administrativa

El fin primordial de la Administración Pública en distintos Estados ha consistido en la satisfacción de las necesidades de interés general. Para cumplir con este noble fin, la Administración Pública ha recibido del poder político la competencia y los medios suficientes para ejecutar su misión de acuerdo con la Ley. Así, para el profesor Patricio Secaira Durango, la Administración Pública “no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos por medio de un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico.”¹ Por su parte, el catedrático William López Arévalo, señala que la Administración Pública es “la organización encargada de tomar las decisiones política y hacerlas cumplir mediante una serie de órganos o departamentos (gobierno, ministerios, secretarías de Estado, gobiernos territoriales o regionales, policía, seguridad social, etc)”² En cuanto al objeto mismo de la Administración Pública, el maestro Roberto Dromi manifiesta: “Cuando la actividad administrativa tiene en vista el bien común y la justicia distributiva hablamos de Administración Pública.”³ Para el tratadista Rafael Bielsa la Administración Pública es simplemente un “conjunto de servicios públicos organizados para realizar los fines del Estado.”⁴ De la revisión de las definiciones doctrinarias se puede colegir o concluir que la Administración Pública es la actividad ejercida por el Estado mediante distintos órganos que tiene como finalidad la satisfacción de necesidades colectivas o el bien común, en acatamiento al ordenamiento jurídico.

¹ Patricio Secaira Durango. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004, p.40.

² William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p. 20.

³ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. 7a. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 130.

⁴ Rafael Bielsa. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 24.

Sin embargo, la Administración Pública no siempre ha podido satisfacer por sí sola todas las necesidades de la sociedad y por lo tanto se ha visto obligada a contratar con privados o particulares, colaboradores en definitiva, para cumplir con tales exigencias de interés público. Estos contratos que celebra el Estado con los particulares o que son otorgados entre instituciones públicas se encuentran dentro de la esfera conocida como Contratación Pública o Contratación Administrativa, la misma que se encuentra regulada por una serie de procedimientos y normas específicas. La actividad contractual administrativa es muy amplia y diversa, por lo que generalmente no ha existido un solo régimen jurídico que regule todos los contratos administrativos.

En el Ecuador, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), en su artículo 1, “[...] 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”⁵, que realicen todas las instituciones del Estado y entidades de carácter privado con capital o participación pública.

[Esto] significó un gran avance en relación al anterior régimen de contratos vigente en el país, al unificar y amparar también en una sola ley, a todos los organismos públicos y privados que antes de su expedición tenían regímenes de contratación individuales, propios, particulares, dictados por ellos mismos, como es el caso de las empresas públicas petroleras, eléctricas, entre otros. Es por esto, que la Derogatoria No. 9 contenida en la LOSNCPP dispone la derogación de todas las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, exceptuando las contrataciones en actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarbúricos y las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley.⁶

Por otro lado, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada⁷ hace referencia a los contratos de

⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

⁶ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 9.

⁷ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Artículo 43. Letra c. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

concesión de obra y servicio público, los mismos que son contratos celebrados por el Estado que no siguen los procedimientos establecidos para la contratación pública en general. En definitiva, hay una variedad de contratos que puede celebrar la Administración Pública para cumplir con su finalidad de satisfacer las necesidades de interés general.

En términos generales se puede decir que se “denominan ‘contratos de la Administración’ o ‘contratos del Estado’ o ‘contratos estatales’ a todos los contratos que celebran las instituciones públicas, normados por las leyes del Ecuador”⁸ Conceptualmente, “contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de función administrativa.”⁹ Para el profesor Juan Expósito Vélez, el contrato estatal es de carácter (i) bilateral, debido a que las partes adquieren obligaciones que se miran como recíprocas, (ii) oneroso, en cuanto reporta utilidad o beneficio para ambos contratantes, gravándose uno a favor del otro; (iii) conmutativo, como regla general, pues cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se entiende equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez; y, (iv) especialmente, solemne, en vista de que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma exigida por la ley, es inexistente.¹⁰ Por lo tanto, el contrato administrativo genera derechos y obligaciones para ambas partes, es decir tanto para la Administración Pública como para el particular que contrata con el Estado. Sin embargo, la Administración tiene una amplia ventaja sobre su contraparte en esta relación jurídica pues se encuentra investida de su potestad de imperio, lo que le favorece “en cuanto a las cláusulas exorbitantes, tanto en el contrato como en el proceso de selección”¹¹. Así, el contrato administrativo vincula a la Administración Pública con el sector privado

⁸ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*. Vol. I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 742.

⁹ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 345.

¹⁰ Cfr. Juan Expósito Vélez. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 28.

¹¹ Álvaro Román Márquez. “Celebración Ilegal de Contratos Administrativos”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Genaro Eguiguren (ed). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, p.144.

para cubrir de mejor manera las necesidades de la colectividad, en un escenario en que la Administración tiene supremacía sobre los particulares.

En el Ecuador distintas leyes promulgadas a lo largo de su historia han ido estableciendo una serie de requisitos para la plena validez de los contratos de la Administración. Así, la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, que estuvo vigente hasta 1927 en el Ecuador, “disponía en su penúltimo artículo que el Poder Ejecutivo, antes de la celebración de cualquier contrato, debería publicarlo por el periódico oficial o en una hoja suelta y todo contrato que se celebrara sin este requisito sería nulo.”¹² Posteriormente, la Ley Orgánica de Hacienda expedida en 1927, exigió al Poder Ejecutivo “el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía.”¹³ En 1958, se dispuso “la intervención propia del Contralor para la celebración de contratos que entrañen egresos de fondos públicos, y asimismo en materia de licitación.”¹⁴ Es decir, progresivamente se incrementaron solemnidades y controles que permitieron una aplicación más efectiva de los principios generales de la contratación pública, a los que se hace mención más adelante. Paulatinamente, se fue transparentando la gestión de la Administración Pública en la celebración de contratos necesarios para alcanzar el bien común.

Más tarde, la codificación de 1960 de la Ley Orgánica de Hacienda incluyó un requerimiento importantísimo que se mantiene hasta la actualidad como es el hecho “de contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, antes de la celebración de un contrato que requiera egresos de fondos públicos.”¹⁵

En esta Ley se exige la licitación para todo contrato que exceda de doscientos mil sucres y la publicación de las bases aprobadas por la Junta de Licitaciones en el Registro Oficial o en los periódicos del lugar (Arts. 377-379). También establece ciertas autorizaciones a cargo del Consejo de Estado. Una Ley de Licitaciones se expide de 1964 y otra al año siguiente. Después de sucesivas reformas se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso

¹² Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, *Óp. cit.*, pp. 58-59

¹³ *Id.*, p. 59.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

de Ofertas en 1974 que sufrió varias modificaciones hasta la expedición de la Ley de Contratación Pública...¹⁶

La Ley de Contratación Pública fue reformada en algunas ocasiones y fue sustituida finalmente por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008, reformada ésta última el 14 de octubre de 2013, la misma que se encuentra vigente hasta la actualidad y en relación a la cual versa principalmente este trabajo.

En definitiva, la contratación pública se perfeccionó en el Ecuador a través de los distintos cuerpos normativos que se promulgaron en distintas épocas. Todos estos instrumentos, además de consagrar los principios generales de la contratación pública y sus lineamientos generales, han buscado mejorar la efectividad de la gestión de la Administración con procedimientos y mecanismos claros y viables que faciliten las contrataciones con particulares en distintas circunstancias y condiciones. Dentro de estos procedimientos se encuentran los precontractuales comunes como los de licitación, cotización, menor cuantía, subasta inversa electrónica o presencial, y catálogo electrónico y consultorías. Sin embargo, también hay que mencionar al procedimiento especial para situaciones de emergencia, que por el hecho de ser excepcional no es menos importante que los otros procedimientos. Este último procedimiento, al cumplirse ciertos presupuestos, permite elegir y contratar con particulares sin la necesidad de sujetarse estrictamente a todos los requisitos que determina la Ley para los procedimientos de selección comunes.

1.2. Principios de la Contratación Pública

La contratación pública debe fundamentarse en principios jurídicos sólidos que permitan al Estado y a los particulares alcanzar sus objetivos principales, sin que se vean afectados sus legítimos intereses. El derecho positivo ha ido variando con el tiempo, pero los principios se han mantenido vigentes en las distintas épocas. Estos principios han sido recogidos por normas jurídicas de una manera directa, como cuando el legislador los

¹⁶ *Ibid.*

enumera de manera taxativa o por lo contrario, de forma indirecta, cuando su esencia se desprende del contenido de cada disposición. De una u otra forma, se advierte la preeminencia de los principios éticos y jurídicos a los cuales hay que acudir en muchas ocasiones para solucionar conflictos en materia de contratación pública.

Estos principios son axiomas fundamentales que rigen la actuación de los agentes públicos y privados que intervienen en las contrataciones estatales. Buscan garantizar que las Entidades obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a costos o precios adecuados. Tienen por finalidad servir de criterio interpretativo e integrador para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas y constituyen parámetros para la actuación de los funcionarios. Asimismo, ayudan a suplir los vacíos que las normas puedan tener.¹⁷

En definitiva, son los principios los que orientan la actuación de la Administración Pública y demás intervinientes en los procedimientos de contratación.

En materia de Contratación Pública, el Ecuador, antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no contaba con una legislación ágil, transparente y moderna que responda eficientemente a la realidad y que frene las continuas prácticas corruptas, todo lo cual desanimaba a los contratistas a intervenir en los procesos de contratación pública. Con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se concibió a la contratación pública como un sistema o “conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes”¹⁸. Con esta Ley, conforme se desprende de todo su texto y al tenor de lo prescrito específicamente en su artículo 4, se rescataron los principios rectores de la Contratación Administrativa para la aplicación de la mencionada Ley y de los contratos que de ella deriven, como son los de “legalidad, trato

¹⁷ Mónica Vaca, El derecho de asociación aplicado en procedimientos de lista corta de consultoría cuando se ha invitado a firmas consultoras de forma individual. <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/downloads/2014/05/Las-compras-gubernamentales-como-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica.pdf> (acceso: 20/2/2015)

¹⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 7. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.¹⁹

La innovación más importante de esta nueva Ley, es que establece el uso de procedimiento electrónicos, hecho que no solamente moderniza la Contratación Administrativa, sino que adapta a la realidad de la sociedad moderna y al sistema de globalización y la eliminación de barreras comerciales, lo que promueve y facilita la participación de más contratistas, mejora los procesos y fomenta la eficiencia y economía del Estado.²⁰

Con estas nuevas herramientas tecnológicas, se dieron importantes cambios en los distintos procedimientos de contratación para superar una caduca y desgastada Contratación Administrativa.

A continuación se revisarán cada uno de los principios generales de la Contratación Administrativa que recoge la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, principios que no solo han sido aplicados en el país, sino en la mayoría de legislaciones del mundo. Además, se determinará en qué medida se aplican estos principios en las contrataciones en situaciones de emergencia en el Ecuador, materia de este trabajo.

1.2.1. Principio de Legalidad

Como ya se conoce, según este principio, en Derecho Público el Estado solo puede hacer lo que la Ley expresamente permite, ordena o faculta en la forma, condición y términos determinados por ésta. Para el estudioso Julio Fernández la legalidad es [...] un método de dirección estatal [...] 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”.²¹ Por consiguiente, la Administración Pública debe ceñirse a lo establecido en las normas legales sobre la materia y debe actuar, como lo señala William López, “en estricto apego a los procedimientos preestablecidos, ya

¹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁰ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, *Óp. cit.*, p. 29.

²¹ Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002, p. 56.

que su violación u omisión acarrea la nulidad de lo actuado, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales para los responsables”²² La actuación de la Administración Pública debe tener en el derecho vigente el fundamento y límite a su acción, lo que garantiza el respeto de los derechos de los contratantes del Estado. Así, “las entidades contratantes deben cumplir las disposiciones previstas en la Ley, su Reglamento, en las Resoluciones expedidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública (actualmente SERCOP), y demás normativa expedida por los órganos competentes, que regule la adquisición y arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de los servicios incluidos los de consultoría, así como para la adecuada administración y control de los recursos públicos.”²³ (Lo que está en paréntesis es mío).

La Constitución de la República ha coincidido con los criterios doctrinales revisados y recoge el principio de legalidad en su artículo 226, el mismo que señala lo siguiente:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.²⁴

Cuando la Administración Pública actúa acorde con la normativa legal y dentro de sus límites su gestión es válida y legítima, mientras que cuando se aleja o desvía de los parámetros legales su proceder se vuelve arbitrario y violatorio a los derechos de los particulares. El principio de legalidad se manifiesta en la actividad administrativa cuando las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores o funcionarios públicos, aplican los procedimientos precontractuales según los requerimientos y parámetros establecidos por la Ley en atención al tipo de contratación. La misma Ley establece los casos particulares o excepcionales en los que puede prescindirse de ciertos

²² William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, *Óp. cit.*, p. 104.

²³ Nelson López y Libia Rivas. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. 3ra. ed., Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 72.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

requisitos y procedimientos precontractuales, dependiendo de las circunstancias y naturaleza de la contratación.

En lo que respecta a las contrataciones en situaciones de emergencia, su procedimiento se encuentra regulado en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por lo tanto, las entidades contratantes deben sujetarse a lo dispuesto por la mencionada norma legal para atender las situaciones de emergencia detalladas en el número 31 del artículo 6 de la referida Ley, como se examinará posteriormente en otro capítulo. Las entidades contratantes, para que su gestión sea válida y legítima, deben cumplir, además, con las disposiciones sobre la materia establecidas por el Reglamento General de la LOSNCP, así como por la Resolución del INCOP No. 045-2010, de fecha 19 de julio de 2010 y demás normativa aplicable para el efecto. En conclusión, el principio de legalidad establece que el ejercicio del poder público debe estar dentro del marco de la ley y no sujeto a la discrecionalidad y abuso de funcionarios del Estado, caso contrario se estaría menoscabando la seguridad jurídica de quienes interactúan con la Administración Pública en procesos de contratación.

1.2.2. Principios de Trato justo e Igualdad

Estos principios han sido elevados a rango constitucional, así el primer inciso del número dos del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...”²⁵ Los principios de trato justo e igualdad son principios de gran importancia en la Contratación Pública pues reconocen que todos los oferentes que intervienen en un procedimiento precontractual deben ser tratados de igual forma. Estos principios deben manifestarse durante todo el procedimiento de selección. Así, el maestro Roberto Dromi señala que “La igualdad de todos los oferentes en el procedimiento

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

licitatorio rige desde el llamado a licitación hasta la adjudicación o formalización del contrato.”²⁶

...este principio debe estar presente desde la convocatoria y durante todo el proceso licitatorio, esto es la entrega de las ofertas; en la apertura de las mismas; en las consultas realizadas por los oferentes a la administración; en las notificaciones de las resoluciones pronunciadas por la administración, hasta llegar al acto administrativo de la adjudicación. Esto también quiere decir que la administración al momento en que requiera modificar las bases, debe comunicarlo a todos y cada uno de los oferentes que hayan adquirido y presentado sus ofertas.²⁷

Por su parte, el Reglamento General de la LOSNCP, al hacer mención a estos principios, señala en el inciso cuarto del artículo 20, que “Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos.”²⁸ Mas aún, el trato justo y la igualdad deben respetarse hasta luego de la adjudicación en un proceso licitatorio, pues caso contrario se estaría beneficiando al adjudicatario. Así, luego de la adjudicación no se podrá modificar la oferta aceptada ni el pliego de condiciones del procedimiento de selección.²⁹

Por lo tanto, no puede existir ninguna preferencia, ventaja o prerrogativa a favor de uno de los oferentes, lo contrario rompería el principio de igualdad al existir un trato discriminatorio que perjudique a otros participantes. El autor Julio Rodolfo Comadira expresa:

El respeto a la igualdad es una actitud unilateral que, con independencia de la conducta que asuman los particulares, le debe ser requerida a la Administración, que es obligada a garantizar la imparcialidad del procedimiento mediante un trato equitativo, considerando que la equidad se debe entender como la igualdad desde el punto de vista subjetivo, apreciada y aplicada según un juicio ético de deber y rectitud, que lleva a dispensar el trato adecuado a cada postulante, ponderando sus calidades y merecimiento.³⁰

²⁶ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, *Óp. cit.*, p. 367.

²⁷ Álvaro Román Márquez. “Celebración Ilegal de Contratos Administrativos”. *Óp. cit.*, p. 134.

²⁸ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 20. Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

²⁹ Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, *Óp. cit.*, pp. 367-368.

³⁰ Julio Rodolfo Comadira. *La licitación pública: nociones, principios, cuestiones*. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p.66.

Así, debe darse el mismo trato y se deben aplicar las mismas reglas para todos los oferentes de un procedimiento precontractual. El profesor Sayagués Laso ha señalado: “No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque éste se encontraría en evidente ventaja frente a los demás.”³¹ Los principios de trato justo e igualdad rigen tanto para los oferentes frente a la Administración Pública, así como para los oferentes que compiten entre sí en un procedimiento licitatorio. El avance tecnológico en el uso de medios informáticos ha permitido aplicar de mejor manera estos principios, así por ejemplo el portal de compras públicas permite que todos los oferentes participen en igualdad de condiciones al poder acceder todos a la misma información. En definitiva, el trato justo y la igualdad, desde cualquier punto de vista, buscan fomentar valores éticos en la gestión de la Administración Pública, todo lo cual sirve para combatir la corrupción que muchas veces contamina la contratación pública.

En las contrataciones en situaciones de emergencia en el país, dada su circunstancia de premura, los principios de trato justo e igualdad se relativizan debido a que el proceso de selección directo es limitado, lo que podría resultar en una ventaja o beneficio de un oferente en desmedro de otros potenciales contratistas. En tal virtud, sin un mayor control de las resoluciones que declaran la emergencia dentro de un procedimiento excepcional, la actuación de las entidades contratantes puede parcializarse y volverse discriminatoria al seleccionar arbitrariamente tal o cual oferente.

1.2.3. Principio de Calidad

De los conceptos de calidad, a criterio de J. M. Muran, ninguno es de tan grande alcance o vital como la “idoneidad o aptitud para el uso”³² Este principio busca que los bienes y servicios, así como las obras, que se oferten, proporcionen o ejecuten, tengan las mejores características y cumplan con todos los requisitos, estándares y condiciones de

³¹ Enrique Sayagués Laso. *La Licitación Pública*. Montevideo: Editorial B de f, 2005, Pág. 51.

³² J. Muran M. *Manual de Control de la Calidad*. Volumen I, Editorial Reverté. Citado en Nelson López y Libia Rivas. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. *Óp. cit*, p. 73.

aptitud para el uso, lo que permitirá satisfacer los fines del usuario y beneficiar a la Administración Pública. Cualquier aspecto de los bienes o procesos que se requieren para alcanzar la antedicha aptitud para el uso es una característica de la calidad. Así, las características pueden ser tecnológicas, psicológicas, con relación al tiempo, contractuales, entre otras.³³

El Ecuador, mediante los procedimientos de selección comunes, busca adquirir o contratar bienes, servicios u obras de máxima calidad, a precios o costos adecuados. El principio de calidad busca que los costos y las obras beneficien a las entidades contratantes al cumplir ciertos estándares. En lo que respecta a las contrataciones en situaciones de emergencia en el Ecuador, no se hace mayor énfasis al principio de calidad, pues lo que se busca es contratar directamente obras, bienes o servicios que se requieran concretamente para superar la situación de emergencia de manera ágil y oportuna, con la celeridad que exija el interés público.

1.2.4. Principio de Vigencia Tecnológica

Significa que los bienes y servicios a adquirirse o contratarse deben ser de punta, es decir que vayan de la mano de la ciencia y la tecnología, lo que permitirá que cumplan de manera efectiva los fines para los que son requeridos. Con el principio de vigencia tecnológica se garantiza que los bienes, obras o servicios que contrate la Administración Pública gocen de las características tecnológicas necesarias para servir por un determinado espacio de tiempo, con la posibilidad de adecuarse e integrarse, de ser el caso, con avances científicos y tecnológicos.³⁴ Este principio busca optimizar sustancialmente los resultados de la contratación de una manera dinámica y actualizada.

³³ Cfr. Nelson López y Libia Rivas. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. Óp. cit., p. 73.

³⁴ Cfr. Nelson López y Libia Rivas. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. Óp. cit., p. 74.

Al igual que el principio de calidad, las contrataciones en situaciones de emergencia no se enfocan necesariamente en la vigencia tecnológica, pues lo que buscan es superar un hecho o acontecimiento imprevisto. Sin embargo, las entidades contratantes deberán garantizar que su cumplan con las condiciones de vigencia tecnológica necesarias para alcanzar de manera efectiva la finalidad requerida.

1.2.5. Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad hace referencia a la agilidad y celeridad que deben tener los procesos de contratación pública para llegar de forma eficiente y eficaz a satisfacer las necesidades e interés público en general.

La oportunidad es un elemento de la discrecionalidad, que impone a la administración pública los criterios necesarios de cuando actuar enmarcados siempre en el marco de la legalidad. Por lo tanto el principio de oportunidad debe ser aplicada por las autoridades nominadoras de la administración pública, conforme a la jerarquía y a la importancia del acto de decisión.³⁵

En otras palabras, este principio persigue que la Administración Pública actúe o intervenga dentro del tiempo conveniente y adecuado para cubrir las necesidades de la colectividad. Para Michelle Lerner, la “finalidad y libertad condicionan el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. Lo oportuno significa lo conveniente hoy, pudiendo quizás ser perjudicial mañana.”³⁶ Por lo tanto, el tiempo de actuación de la Administración Pública es un factor muy importante y decisivo en relación a este principio.

En las contrataciones en situaciones de emergencia este principio se aplica directamente en razón de que la oportunidad hace referencia a la agilidad y celeridad que debe tener el procedimiento precontractual excepcional para llegar de forma eficiente y

³⁵ Alex Silva. *Principios Rectores de la Contratación Pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador*. www.alexsilvacalle.blogspot.com/2011/10/principios-rectores-de-la-contratacion.html (acceso: 17/1/2014).

³⁶ Michelle Lerner. *La Administración Pública*. México DF: Editorial ABC., 2008. p. 46.

eficaz a satisfacer las necesidades de interés público en general y superar la situación o acontecimiento grave suscitado.

1.2.6. Principio de Concurrencia

Este principio “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”.³⁷ Por lo tanto, lo que busca este principio es que exista la mayor competencia posible y la más amplia oportunidad de participación de oferentes en la contratación pública. “Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó.”³⁸ Obviamente, el poder comparar las ofertas para seleccionar la propuesta más ventajosa y conveniente es indiscutiblemente favorable para los intereses de la Administración, la misma que se verá beneficiada con las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad, entre otras circunstancias.

El principio de concurrencia en la contratación pública se relativiza “porque siempre se exige que reúna[n] un mínimo de condiciones, juzgadas indispensables para que la Administración pueda contratar sin riesgos.”³⁹

La propia Ley prevé limitaciones legales, por el interés público, para elegir en mejor forma al co-contratante que colaborará o reemplazará a la entidad titular del servicio público. Así, por ejemplo, las incapacidades absolutas previstas en nuestro Código Civil, art. 1490 [actual art. 1463] dice: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.⁴⁰

³⁷ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. 73-74.

³⁸ Agustín Gordillo. “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”. *Revista de Derecho Administrativo* No. 11, Depalma: Buenos Aires, 1994, p. 293. Citado en Julio Rodolfo Comadira. *La licitación pública: nociones, principios, cuestiones*. Óp. cit., pp. 73-74.

³⁹ Enrique Sayagués Laso. *La Licitación Pública*. Óp. cit., p. 117.

⁴⁰ Álvaro Román Márquez. “Celebración Ilegal de Contratos Administrativos”. Óp. cit., pp.133-134.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé en los artículos 62 y 63 inhabilidades generales y especiales, respectivamente, que impiden la celebración de contratos con la Administración Pública.

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

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

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

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

Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.⁴¹

Estas restricciones de los posibles co-contratantes de la Administración buscan que únicamente acudan a la contratación pública los oferentes más idóneos, capacitados, calificados y aptos para llevar a cabo la prestación solicitada. Además en las bases, la administración debe determinar las condiciones de la capacidad técnica y de la solvencia económica-financiera de sus oferentes, así como las razones de conveniencia por las cuales estos pueden ser excluidos de los procesos licitatorios, a fin de evitar que esas exclusiones sean antojadizas o dolosas.⁴² Por lo tanto, a través del principio de concurrencia, la contratación pública persigue la más amplia participación de oferentes que reúnan las condiciones generales y específicas para cada tipo de contratación.

El profesor Juan Carlos Cassagne determina acertadamente que con este principio se busca “la obtención de un menor precio [...] o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública, [...], lo que no impide la observancia armónica de los principios de [...] igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista.”⁴³ Una de estas circunstancias puede ser la emergencia y la necesidad de superarla inmediatamente. Las contrataciones en situaciones de emergencia no exaltan el principio de concurrencia, pues no se busca la mayor competencia posible ni la más amplia oportunidad de participación de oferentes en la contratación. Debido a que este tipo de situaciones llegan sin avisar, lo que se persigue es dar una solución ágil y viable que permita solventar dichos imprevistos, para lo cual la Ley permite realizar una contratación directa toda vez que no puede esperarse los procedimientos precontractuales comunes.

⁴¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 62 y 63. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴² Cfr. Álvaro Román Márquez. “Celebración Ilegal de Contratos Administrativos”. *Óp. cit.*, p. 134.

⁴³ Juan Carlos Cassagne. *El contrato administrativo*. 2da. Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 73.

1.2.7. Principio de Transparencia

Este principio tiene su fundamento en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que establece que la contratación pública debe cumplir con un criterio de transparencia.

[...] es el principio en el que mejor se constata la moralidad administrativa (aspecto valorativo en cuanto a su finalidad) de la Licitación Pública, ya que todo manejo de recursos públicos independientemente de ser administrados con eficiencia, eficacia y honradez, no debe prestarse a malas interpretaciones respecto de malas aplicaciones; y por el contrario, demostrar siempre una buena aplicación libre de cualquier duda o cuestionamiento que pudiera empañar la imagen de quien los gestiona y precisamente esto último significa la transparencia.⁴⁴

La contratación administrativa hace posible visualizar la actuación de la Administración Pública y el obrar de los particulares en el uso y manejo de recursos destinados a satisfacer necesidades de interés común. “Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación 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.”⁴⁵ Este principio persigue que la gestión de la Administración sea diáfana, sin abusos o aprovechamientos de ningún tipo, con procedimientos claros y motivados al momento de resolver. “A través de la información pública contenida en el portal manejado por el INCOP [SERCOP], de libre acceso, se ha avanzado considerablemente en relación a la transparencia.”⁴⁶

Ciertamente este es uno de los principios más importantes de la contratación pública pues de una u otra manera está interrelacionado con la mayoría de los otros principios rectores, sobretudo con los de concurrencia y publicidad. Así, la transparencia se manifiesta principalmente en las distintas etapas del procedimiento precontractual establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuando

⁴⁴ Rafael Alejandro Manzano Ortega. *Brevarios Jurídicos: La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 13.

⁴⁵ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 369.

⁴⁶ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 70.

existe la más amplia oportunidad de participación de oferentes en la contratación pública y un libre acceso al público. En las contrataciones en situaciones de emergencia este principio se encuentra limitado en su aplicación pues el hecho de permitirse la contratación directa hasta que se haya superado la emergencia, puede prestarse para abusos e incluso corrupción de la entidad contratante, quien deberá motivar únicamente la resolución para declarar la emergencia y presentar un informe de resultados posteriormente, conforme manda la Ley.

1.2.8. Principio de Publicidad

Según Roberto Dromi, el principio de publicidad se manifiesta en un doble sentido en la contratación pública. Por una parte, significa “la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia.”⁴⁷ En otras palabras, como lo sostiene el autor Rafael Manzano, este principio persigue la posibilidad de que los interesados estén enterados de todo lo relacionado con la contratación pública, “desde el llamado a formular ofertas (mediante la convocatoria) hasta llegar a sus etapas conclusivas (dictámenes y fallos)”⁴⁸ La publicidad, desde este punto de perspectiva, permite reforzar los principios rectores de concurrencia y transparencia, pues la gestión de la administración, específicamente en la etapa precontractual, es de pleno conocimiento de los oferentes sin establecer diferencias entre ellos. El autor Aurelio Garófalo, señala que el principio de publicidad es complementario de los principios de concurrencia y transparencia, lo que “implica que toda actuación de la administración, con las restricciones del caso pueda ser conocida por los ofertantes.”⁴⁹ El otro sentido en el que se expresa el principio de publicidad, según Roberto Dromi, es durante el desarrollo del procedimiento, cuando se efectúa en forma

⁴⁷ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 368.

⁴⁸ Rafael Alejandro Manzano Ortega. *Brevarios Jurídicos: La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa*. Óp. cit., p. 13.

⁴⁹ Aurelio Garófalo Salarzar, *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*. Quito: Pudeleco, 2003, p. 14.

pública. “En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general.”⁵⁰

En el Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública exige que se publiquen los procedimientos de contratación. En este punto es acertado el criterio vertido por el profesor Enrique Rojas, quien ha señalado que este principio:

[...] busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.⁵¹

Por lo tanto, como se desprende de lo mencionado, el principio de publicidad es una garantía para otros principios en los procedimientos de contratación. Sin embargo, en las contrataciones en situaciones de emergencia, no se favorece al principio de publicidad pues la contratación directa traza su propio esquema en el que existe una falta de concurrencia u oposición de ofertas, pero claro, al final 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.

1.2.9. Principio de Participación Nacional

Este principio incorporado por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exige que en los diversos procesos de contratación intervengan “participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de

⁵⁰ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 368.

⁵¹ Enrique Rojas. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil: Editores Edilex S.A., 2007, p. 260.

origen nacional”⁵², es decir “obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento”⁵³ de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resoluciones del SERCOP. Con este principio se busca proteger a la producción e industria nacional frente a lo extranjero.

En las contrataciones en situaciones de emergencia no aplica el principio de participación nacional debido a que en circunstancias imprevistas, la Administración Pública, según la Ley, puede contratar de manera directa incluso con empresas extranjeras, sin necesitar los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez que se suscriba el contrato correspondiente.,

1.3. El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública creó al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), como un “organismo de derecho público, técnico [regulatorio], con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director... [General o la Directora], quien será designado por el Presidente de la República.”⁵⁴ El objetivo fundamental de este organismo es asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la Contratación Administrativa, esto son, como ya se ha

⁵² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6, número 23. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

⁵³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6 número 21. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

⁵⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 10. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

mencionado anteriormente, los de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional en los diversos procedimientos de contratación.

El SERCOP ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública y debe cumplir, entre otras, las siguientes funciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: garantizar la calidad y transparencia del gasto público; asegurar la ejecución plena de los contratos y la aplicación de normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional; promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas; agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna; impulsar la participación social mediante procesos de veeduría ciudadana; mantener una sujeción efectiva y continua de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y organismos seccionales; modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado; garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión; entre otros.
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, COMPRASPUBLICAS, 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. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;
16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables.⁵⁵

EL INCOP, a pesar de ser el organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, nació sin capacidad para determinar responsabilidades ni con facultad sancionadora sobre las actuaciones y participantes del sistema de contratación pública ecuatoriana. Dentro de las atribuciones del INCOP no estaba el ejercicio de un control preventivo en la fase precontractual y únicamente el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se limitaba a establecer que les correspondía a los organismos de control del Estado, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. En esa misma norma se establecía que como obligación del INCOP 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 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin embargo, a partir del año 2010, el INCOP sugirió la suspensión de procesos de contratación amparándose únicamente en un oficio de Secretaría Nacional de la Administración Pública que textualmente señalaba lo siguiente:

...por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, le comunico que se le instruye la posibilidad de sugerir la suspensión de un proceso de contratación pública a la entidad contratante que corresponda, en razón de una observación que advierta una posible distorsión al Sistema. Su sugerencia deberá ser comunicada adicionalmente a la Secretaría Nacional de la Administración Pública. Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, su sugerencia de suspensión del procedimiento, debe ser acatada inmediatamente, por los servidores de la Función

⁵⁵ Cfr. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 9 y 10. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

Ejecutiva que integran la Administración Pública Central e Institucional, para introducir los correctivos necesarios para cesar la eventual distorsión del Sistema, si fuere el caso, o convocar a un nuevo procedimiento.⁵⁶

Llama la atención que se haya utilizado este oficio como sustento suficiente para sugerir la suspensión de procedimientos de contratación cuando distorsionen el Sistema. Una facultad como la mencionada debía tener una base legal o reglamentaria que la sustente pues está relacionada directamente con la potestad sancionadora del INCOP en temas de contratación pública. Por lo tanto, no era suficiente un simple oficio para justificar dicha atribución y alegar su legitimidad y validez.

Con la reforma del año 2013, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 102, incorporó una nueva instancia para que todos quienes tengan interés directo (particulares, oferentes y contratistas) y se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en ámbito de aplicación de dicha Ley, puedan presentar un reclamo motivado, en sede administrativa, ante el SERCOP, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la referida ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes. Al término del mencionado plazo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso. El SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.⁵⁷ La reclamación contenida en la reforma revisada anteriormente aplica

⁵⁶ Oficio No. SNA-0-10-600 de la Secretaría Nacional de la Administración, 9 de febrero de 2010, dirigido al Director Ejecutivo del INCOP. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 63.

⁵⁷ Cfr. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 10. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

también al procedimiento precontractual excepcional para contrataciones en situaciones de emergencia, en cuyo caso el SERCOP puede suspender temporalmente el procedimiento precontractual, recomendar las medidas para rectificar el proceso, así como sugerir la suspensión definitiva del mismo, de ser el caso, en caso de incumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y demás normativa aplicable para el efecto. Esta reclamación podrán presentarla todos aquellos que tengan interés directo y se consideren perjudicados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes.

1.4. Las Situaciones de Emergencia en General

En todo Estado el ordenamiento jurídico suele regular situaciones ordinarias, de la vida diaria y cotidiana. Mas, a veces hay ciertas realidades que escapan de dicha normalidad, ya por tratarse de fenómenos no previstos, como sucede con los desastres naturales o en casos de actuaciones orientadas a afectar el orden vigente, provenientes de factores internos o externos y que obligan al Estado a actuar rápidamente, dando una respuesta urgente e inmediata para afrontar estas situaciones y superar la crisis.

Una simple constatación nos demuestra que a lo largo de la historia de la humanidad se han establecido procedimientos para superar situaciones de emergencia, provocadas principalmente por conflictos externos o conmociones internas. Los romanos, con su genio jurídico, crearon la figura de la dictadura como una delegación temporal de todas las facultades públicas en una persona distinta de las autoridades permanentes para hacer frente, por un período limitado, a las situaciones excepcionales...⁵⁸

Las declaraciones de emergencia por mucho tiempo fueron concebidas como manifestaciones discrecionales de la soberanía de los Estados. En su Teología Política (1922), Carl Schmitt (1888-1985) estableció la contigüidad esencial del estado de excepción con la soberanía al referirse al soberano como aquél que decide sobre el estado de excepción.⁵⁹ El autor indica que es fácil hablar de soberanía en circunstancias normales, sin embargo cuando está en peligro la vigencia del Estado, entonces la normativa solo

⁵⁸ Tomás Hutchinson. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Revista de Derecho Público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 30.

⁵⁹ Giorgio Agamben. *El estado de excepción*. www.jstor.org/stable/27820667 (acceso: 3/2/2015)

puede determinar quién puede decidir en situaciones extremas o excepcionales. En estos casos fortuitos o fuerza mayor es donde la soberanía se ejerce.⁶⁰ La doctrina, la jurisprudencia y los ordenamientos jurídicos siempre han tomado en cuenta estas situaciones especiales de una u otra manera. Werner Goldschmidt, citando un fallo inglés “se refiere a la potestad de la comunidad a arbitrar o establecer, en su propia defensa y de sus intereses, procedimientos especiales para proteger el interés general.”⁶¹ Por su parte, la jurisprudencia nacional y comparada ha analizado el estado de emergencia, necesidad o crisis. Finalmente, los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados, en diferentes épocas, han reconocido estas situaciones de excepción en su legislación positiva, consuetudinariamente o través de sus decisiones jurisprudenciales. En todo caso, todas estas fuentes han considerado la necesidad de aplicar un régimen especial para superar las situaciones de emergencia a fin de proteger el bien público y la seguridad en general.

Las situaciones de emergencia en Occidente se han traducido en realidades naturalmente transitorias que se suscitan en la política y que tienen el carácter de excepción, pues “constituyen períodos de peligro en las instituciones en donde se considera la supervivencia del grupo humano y donde es necesario recurrir a ciertas restricciones o lesiones de intereses jurídicamente protegidos.”⁶² Estas situaciones de excepción deben traducirse en hechos de tal gravedad y magnitud que configuren una amenaza actual o inminente para la sociedad. Por consiguiente, el Derecho Público ha previsto normas de conducta para afrontar situaciones anormales. Donoso Cortés ha expresado: “El legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un

⁶⁰ Héctor Orestes Aguilar. *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p.35.

⁶¹ Werner Goldschmidt, “El estado de necesidad ante el Derecho natural”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 78, p.57, Citado en Tomás Hutchinson. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Óp.cit*, p. 31.

⁶² Tomás Hutchinson. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Óp. cit.* p. 31.

imbécil, el que aun en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario [...] las sociedades en ningún tiempo pueden caminar sin ley”⁶³

Paradójicamente, el estado de emergencia o excepción es una noción propia e institución del Estado de Derecho y como tal debe reunir ciertas condiciones y requisitos para preservar los derechos fundamentales en las situaciones de crisis. Por lo tanto, la ley debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a los acontecimientos excepcionales que se producen en una sociedad. Así, los procedimientos especiales que regulan las situaciones de emergencia no quedan al margen de la ley. La emergencia hace referencia a lo que sobreviene imprevistamente y modifica, en ciertas circunstancias, una prestación o el cumplimiento de un convenio. La emergencia es, en sentido semántico, un hecho, un accidente que sobreviene. Conlleva la sustitución de un estado normal, ordinario, por uno anormal y especial.⁶⁴ En el Derecho Público, la emergencia es un estado caracterizado por: la excepcionalidad, pues deben existir circunstancias especiales que justifiquen la declaración de emergencia, es decir “la exclusión de regla o generalidad”⁶⁵; temporalidad, en vista de que la emergencia debe tener una limitación en el tiempo dado que su finalidad es específica y pierde su razón de ser una vez superada la conmoción; actualidad o inminencia, pues la situación anormal debe ser manifiesta y evidente; y, proporcionalidad, pues las medidas que se tomen para superar la emergencia deben estar justificadas y acordes con la exigencia de la situación excepcional.

1.4.1. El Estado de Excepción en el Ecuador

En el Ecuador, a través de los tiempos, se han suscitado diferentes situaciones de emergencia que han motivado que se tomen decisiones con fundamento en la Constitución, leyes, decretos, estatutos, reglamentos, resoluciones, entre otros, con el único fin de

⁶³ Donoso Cortés, “Proyecto de ley sobre los Estados excepcionales”, Madrid, p. 598, Citado en Tomás Hutchinson. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Óp. cit.*, pp. 31-31

⁶⁴ Cfr. Tomás Hutchinson. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Revista de Derecho Público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 36-38.

⁶⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2001, p. 157.

superar dichas situaciones anormales, las mismas que, como se ha indicado, no pueden prolongarse indefinidamente. Las Cartas Constitucionales no siempre han previsto la forma de enfrentar las situaciones de emergencia que afectan el normal desarrollo de la vida institucional del Estado; sin embargo, en los casos en los que el texto constitucional intenta dar respuesta a estas situaciones, ha incorporado a su normativa los denominados "estados de excepción", con los cuales el Estado hace frente a los momentos y circunstancias especiales que perturban el normal desenvolvimiento de la sociedad, a fin de proteger a la población y salvaguardar los intereses del Estado. La actual Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 164, no define conceptualmente al Estado de Excepción, sin embargo regula a esta institución jurídica al determinar que le corresponde al Presidente de la República la declaratoria del estado de excepción, en los siguientes casos: agresión, conflicto armado internacional o interno, calamidad pública o desastre natural.⁶⁶ En el mismo artículo 164 se prevén los principios que debe seguir el estado de excepción, así como el contenido del decreto que lo establezca:

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.⁶⁷

Por lo tanto, como se observa, el derecho positivo ecuatoriano recoge los principios consagrados por la doctrina para los casos de emergencia, así como la motivación del decreto, que no puede basarse en otras causales que las mencionadas.

Por otro lado, el artículo 165 de la misma Constitución señala taxativamente los derechos susceptibles de suspensión o limitación durante el estado de excepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República. Así, única y exclusivamente pueden suspenderse o limitarse los siguientes derechos: "...derecho a la inviolabilidad de

⁶⁶ Cfr. Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 164. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 164. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.”⁶⁸ Este artículo también determina las facultades de la Presidenta o Presidente de la República cuando se ha declarado el estado de excepción:

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.⁶⁹

El artículo 166 de la antedicha Constitución determina que la Presidenta o Presidente de la República deberá notificar la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales correspondientes dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del respectivo decreto. La Asamblea Nacional, si las circunstancias lo justifican, podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. El decreto de estado de excepción tendrá un plazo máximo de vigencia de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado. Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcán, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe que corresponda.

⁶⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 165. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁶⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 165. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.⁷⁰

Desde el nacimiento de la República del Ecuador hasta la presente fecha, la figura del estado de emergencia se ha mantenido en el ordenamiento jurídico con ciertas variaciones. En la Constitución Política de 1830, al Presidente de la República ya se le atribuyó la facultad extraordinaria de tomar las medidas necesarias para defender y salvar el país en caso de invasión exterior o conmoción interior que amenace probablemente; previa calificación del peligro, por el Consejo de Estado, bajo su especial responsabilidad⁷¹ Sin embargo, en dicha Constitución no se detallaron las atribuciones del Presidente durante los estados de emergencia. No fue sino hasta la Constitución de 1835 que se contemplaron las atribuciones del Presidente durante los períodos de crisis o conmoción. Poco a poco, la normativa de emergencia fue alcanzando su legitimidad en la Constitución y en leyes internas expedidas en el Ecuador para superar situaciones extraordinarias. La Constitución del 2008 se refirió al estado de emergencia como de excepción, lo que no contempla ninguna variación en la naturaleza y significado de esta figura. Esta última Constitución incorporó a la “calamidad pública” como una nueva causal para declarar el estado de emergencia. La calamidad pública hace referencia a una desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas.⁷² La calamidad pública puede ser entendida en la doctrina general del Derecho como un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que:

la medida concreta para la aplicación del mismo en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que lo ha creado y de cuya aplicación se trata [...] Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: [o hay calamidad pública o no la hay] Hay una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta⁷³

⁷⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 166. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁷¹ *Constitución para el nuevo Estado del Ecuador - 1830*. <http://www.efemerides.ec/1/mayo/1830.htm> (acceso: 12/2/2015)

⁷² Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=calamidad> (acceso: 18/02/2015).

⁷³ Eduardo García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004, pp. 38 y 39.

De igual forma, la Constitución del 2008 estableció el control constitucional que debe realizar la Corte Constitucional sobre la pertinencia de la declaratoria independientemente del control político a cargo de la Asamblea Nacional. Además, también estableció que “las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.”⁷⁴

Los distintos gobiernos de turno han utilizado este régimen especial o excepcional como una herramienta de control social para combatir o reprimir cualquier desorden interno de protesta provocado por resultados económicos o sociales adversos. A nivel local o provincial se ha aplicado el estado de emergencia para reparar los daños causados por acontecimientos físicos tales como desastres naturales como las inundaciones provocadas por el Fenómeno del Niño, sequías, terremotos, erupciones volcánicas, entre otras catástrofes naturales. Por otro lado, mediante la declaratoria de emergencia se ha tratado de superar situaciones en las que se necesite la ayuda y provisión inmediata de recursos, sin que ninguna barrera administrativa o burocrática obstruya su camino. En definitiva, se ha evidenciado un paulatino incremento en la utilización del estado de emergencia para atender las situaciones mencionadas, medida que no siempre ha sido la más adecuada ni ha observado los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, conforme lo establece la Constitución.

El régimen de excepción se encuentra vinculado directamente con la seguridad nacional y ha alcanzado gran importancia en leyes internas expedidas en el Ecuador en esta materia. Así, la Ley de Seguridad Pública y del Estado, en su artículo 28, ya contempla una definición para esta institución jurídica al señalar “Los estados de excepción son la respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad

⁷⁴ Constitución Política de la República del 2004, p Ecuador, Artículo 166. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

pública y del Estado.”⁷⁵ El estado de excepción, como ya se mencionó anteriormente, es una institución del Estado de Derecho, un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración, todo lo cual es recogido por la citada Ley. La declaratoria de emergencia deberá dictarse conforme a lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador y a lo estipulado en el Art. 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado:

Art. 29.- De la declaratoria.- La facultad de declarar el estado de excepción corresponde al Presidente o Presidenta de la República y es indelegable.

El Decreto Ejecutivo motivado declarando el estado de excepción cumplirá con los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad establecidos en la Constitución. El Decreto será dictado en caso de estricta necesidad, es decir, si el orden institucional no es capaz de responder a las amenazas de seguridad de las personas y del Estado.

El Decreto expresará la causa, motivación, ámbito territorial, duración y medidas. Deberá contener en forma clara y precisa las funciones y actividades que realizarán las instituciones públicas y privadas involucradas.

La declaración del estado de excepción no interrumpirá el normal funcionamiento de las funciones del Estado.⁷⁶

El Art. 30 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, recoge los requisitos para decretar el estado de excepción:

- a) El proceso formal para decretar el estado de excepción será el contemplado en la Constitución de la República, la Ley y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.
- b) Las medidas de excepción deberán estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas que generan el hecho objetivo y a impedir la extensión de sus efectos.
- c) Toda medida que se decrete durante el estado de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar, en función de la gravedad de los hechos objetivos, naturaleza y ámbito de aplicación.
- d) No se podrán dictar medidas que atenten contra obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador en tratados internacionales y de derechos humanos.
- e) El ámbito de aplicación del decreto de estado de excepción debe limitarse al espacio geográfico donde dichas medidas sean necesarias.
- f) La duración del estado de excepción debe ser limitada a las exigencias de la situación que se quiera afrontar, se evitará su prolongación indebida y tendrá vigencia hasta un

⁷⁵ Ley de Seguridad Pública y del Estado, Artículo 28. Registro Oficial Suplemento No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

⁷⁶ Ley de Seguridad Pública y del Estado, Artículo 29. Registro Oficial Suplemento No. 35 de 28 de septiembre de 2009

plazo máximo de sesenta (60) días, pudiendo renovarse hasta por treinta (30) días adicionales como máximo.⁷⁷

Por su parte, el Art. 31 de la mencionada Ley, detalla el proceso de notificación de la declaratoria, lo que va de la mano del artículo 166 de la Constitución, ya revisado con anterioridad:

Art. 31.- De la notificación a organismos nacionales e internacionales.- De conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, la declaratoria de estado de excepción y su renovación, en caso de haberla, deberán ser notificadas a la Asamblea Nacional y a la Corte Constitucional; y, en el ámbito internacional a la Organización de las Naciones Unidas -ONU- y la Organización de Estados Americanos - OEA, en caso de suspensión o limitación de derechos y garantías constitucionales.

La notificación deberá ser realizada dentro de las 48 horas a partir de su firma, explicando los fundamentos y causas que condujeron a su declaratoria o su renovación, y, las medidas dispuestas.

Si el Presidente o Presidenta no notificare la declaratoria del estado de excepción o su renovación, de ser el caso, éste se entenderá caducado.

Cuando termine el estado de excepción por haber desaparecido las causas que lo motivaron o por terminación del plazo de su declaratoria, el Presidente o la Presidenta de la República deberá notificarla dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas adjuntando el informe respectivo.

Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.

Art. 32.- De los casos de estado de excepción.- Los casos previstos en la Constitución de la República para declarar el estado de excepción son: agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. (Lo subrayado es mío)

Art. 33.- De la responsabilidad.- Durante los estados de excepción, el abuso del poder, por cualquier agente o funcionario del Estado, debidamente comprobado será sancionado administrativa, civil y penalmente, y considerando los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Las autoridades civiles, militares y policiales serán responsables de las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten, conforme lo prevé el último inciso del artículo 166 de la Constitución de la República.

Art. 34.- De la coordinación en caso de desastres naturales.- En caso de desastres naturales la planificación, organización, ejecución y coordinación de las tareas de prevención, rescate, remediación, asistencia y auxilio estarán a cargo del organismo

⁷⁷ Cfr. Ley de Seguridad Pública y del Estado, Artículo 30. Registro Oficial Suplemento No. 35 de 28 de septiembre de 2009

responsable de la defensa civil, bajo la supervisión y control del Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces, preservando el mantenimiento del orden público y el libre ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas garantizados en la Constitución.

El organismo responsable de la defensa civil actuará en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados y la sociedad civil, también contará con el apoyo de las Fuerzas Armadas y otros organismos necesarios para la prevención y protección de la seguridad, ejecutará las medidas de prevención y mitigación necesarias para afrontarlos y minimizar su impacto en la población.

Art. 35.- De la complementariedad de acciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.- Declarado el estado de excepción y siempre que el Presidente de la República haya dispuesto el empleo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, deberán coordinar acciones para que las Fuerzas Armadas apoyen a la Policía Nacional, responsable del mantenimiento del orden público, hasta que éste haya sido restablecido. Será el Ministro de Gobierno, Policía y Cultos el responsable de la coordinación de las acciones entre la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

Art. 36.- De la movilización.- Decretado el Estado de Excepción, el Presidente de la República podrá ordenar la Movilización Nacional, que se implementará a través de la Dirección Nacional de Movilización.

La Movilización Nacional, ya sea total o parcial, comprende el paso de las actividades ordinarias del Estado a las de crisis, conflicto o cualquier otra emergencia nacional, por factores humanos o naturales, e implicará la orden forzosa de prestar servicios individuales o colectivos, sean a nacionales y extranjeros, o personas naturales o jurídicas.

La desmovilización será decretada por el Presidente o la Presidenta de la República, en cuanto se restablezcan las condiciones de seguridad que hubiesen sido afectadas.

Art. 37.- De las requisiciones.- Para el cumplimiento de la movilización, en los estados de excepción, el Presidente de la República, mediante decreto, podrá disponer, en todo o parte del territorio nacional, la requisición de bienes patrimoniales que pertenezcan a personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.

Los bienes no fungibles requisados serán devueltos a sus propietarios una vez satisfecha la necesidad que motivó la requisición o al término del estado de excepción, según corresponda.

Toda requisición de bienes y prestación de servicios, al finalizar el estado de excepción, deberá ser compensada inmediatamente, con la indemnización con el justo valor del servicio, de los bienes o trabajos prestados al Estado. También se indemnizará con el justo valor de los bienes fungibles requisados.

El reglamento a la Ley establecerá los procedimientos de requisición, los responsables, uso de bienes y servicios, valores de la indemnización que correspondan, plazos y formas de pago que se deriven por el uso de los mismos.⁷⁸

La Corte Constitucional del Ecuador es competente para ejercer el control de constitucionalidad en “Decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción.”⁷⁹. De igual forma, le corresponde a la Corte Constitucional, según los artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, el control formal y material del Estado de Excepción.⁸⁰ Esta Corte, en Sentencia No. 0001-08-SEE-CC, definió a los estados de excepción como la potestad de la que disponen los Estados para conjurar problemas y defender los derechos de las personas que viven en su territorio y que, por una situación no previsible, no pueden ser garantizados con los mecanismos regulares y ordinarios establecidos en la Constitución y en la ley. El Estado utiliza, entonces, esta figura jurídica para solventar crisis extraordinarias y emergentes. Las situaciones que pueden dar origen a la declaratoria de estados de excepción, como ya se ha revisado, son de diverso orden y, por tanto, de diversa gravedad. En otros regímenes jurídicos, como el español, se realiza una gradación de las situaciones que pueden determinar la declaratoria de estados de excepción en los siguientes términos:

⁷⁸ Ley de Seguridad Pública y del Estado, Artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37. Registro Oficial Suplemento No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 75, numeral 3, literal c), Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁸⁰ **Art. 119.-** Objetivos y alcance del control.- El control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos. La Corte Constitucional efectuará un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un estado de excepción y de los que se dicten con fundamento en éste. El trámite del control no afecta la vigencia de dichos actos normativos.

Art. 120.- Control formal de la declaratoria de estado de excepción.- La Corte Constitucional verificará que la declaratoria del estado de excepción y el decreto cumplan con los siguientes requisitos:

1. Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca;
2. Justificación de la declaratoria;
3. Ámbito territorial y temporal de la declaratoria;
4. Derechos que sean susceptibles de limitación, cuando fuere el caso; y,
5. Las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los Tratados Internacionales.

a) El "estado de alarma" o de emergencia, producido por catástrofes, calamidades, desgracias públicas (terremotos, inundaciones, incendios, accidentes, incluso por aspectos técnicos), crisis sanitarias (epidemias, contaminaciones), paralización de servicios públicos, desabastecimiento, etc.; b) El "estado de excepción", provocado por una situación de grave desorden público, que afecte al libre ejercicio de las libertades ciudadanas, el funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales, u otros aspectos de orden público; c) El "estado de sitio", ante actos de insurrección o de fuerza contra la soberanía nacional, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional.⁸¹

Frecuentemente, las distintas entidades del sector público se han amparado en los decretos de excepción para la instrumentación de contratos exonerados de los procedimientos comunes y la realización de obras dentro de las zonas declaradas en estado de emergencia. El estado de emergencia o excepción ha sido utilizado en algunas ocasiones, a nivel provincial, para atender los daños provocados por catástrofes naturales, como inundaciones, sequías, entre otros. En estos casos, la declaratoria busca ayudar y contribuir con la provisión inmediata de recursos, por lo que se han realizado contrataciones de bienes, servicios, obras o consultorías para superar la emergencia. Por otro lado, también suele ocurrir que, cuando una entidad debe celebrar un contrato que considera como de emergencia, solicita al Presidente de la República esa declaratoria.

1.4.1.1. El Estado de Excepción en la Función Judicial

El 5 de septiembre del 2011, el Presidente actual de la República del Ecuador, economista Rafael Correa Delgado, mediante Decreto Ejecutivo No. 872, declaró el Estado de Excepción en la Función Judicial para solucionar “la situación crítica por la que atraviesa y garantizar en debida forma el derecho a la justicia consagrado en la Constitución de la República y prevenir una inminente conmoción interna.”⁸² En este decreto también se declaró “la movilización nacional, especialmente de todo el personal de la Función Judicial, con la finalidad de garantizar el acceso a la Justicia oportuna e integral

⁸¹ Sentencia No. 001-08-SEE-CC - Caso No. 0001-08-EE , Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2008.

⁸² Decreto Ejecutivo No. 872, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículo 1, Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 9 de septiembre de 2011.

a los habitantes del Ecuador”⁸³ Según el propio decreto y de acuerdo con el mandato constitucional, el estado de excepción duraría 60 días contados desde la suscripción del referido decreto, es decir desde el 5 de septiembre al 4 de noviembre de 2011, con un ámbito de aplicación a nivel nacional. Además, en ese decreto se declaró como acción prioritaria la formulación, ejecución e implementación de los proyectos de cambio de justicia a través del plan de transformación de la misma. De igual forma, se agregó que el Ministerio de Finanzas situaría los recursos suficientes para atender la emergencia.⁸⁴

De acuerdo al documento emitido por el Ejecutivo, la declaratoria se hizo en base a lo solicitado por el Ex Presidente del Consejo de la Judicatura de la Transición, Paulo Rodríguez, mediante oficio 123-P-CJT-MJ-2011, de 29 de agosto de 2011, a través del cual se expuso la situación calamitosa del sector de justicia en nueve puntos:

- 1.-No se cuenta con sistemas informáticos apropiados que permitan generar una información sólida para la planificación estratégica institucional.
- 2.-No se han sostenido los procesos de modernización por lo que no se han conseguido los resultados esperados.
- 3.- Las estructuras orgánico funcionales no se compadecen con las exigencias ciudadanas de la Función Judicial.
- 4.- Los procedimientos judiciales no han tomado en cuenta el desarrollo tecnológico y no han mejorado sus etapas, fases y pasos lo que ha conspirado con una falta de oportunidad en la administración de Justicia.
- 5.- La incorporación de la tecnología a los procesos tanto judiciales como institucionales tiene fundamental importancia para erradicar la acumulación de causa así como la inacción de los órganos de administración que han conspirado contra el derecho de los ciudadanos a una administración de justicia eficiente y oportuna.
- 6.- Que no existe una adecuada coordinación entre las diferentes instituciones de la Función Judicial y de ésta con las dependencias involucradas con el sistema de justicia y seguridad ciudadana.
- 7.- El aumento anual de causas que requieren de atención y servicio de la Función Judicial en el año 2008 fue superior en un 40% con respecto al año 2002.
- 8.- El decremento de la resolución de las causas ocasionó que en el mejor de los casos se cumpla únicamente con el 70% de resoluciones previstas en el año pasado.

⁸³ Decreto Ejecutivo No. 872, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículo 2, Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 9 de septiembre de 2011.

⁸⁴ Cfr. Decreto Ejecutivo No. 872, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículos 3,4 y 5, Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 9 de septiembre de 2011.

9.- Todas las condiciones antes indicadas han generado un represamiento de aproximadamente 1'215.000 causas que deben ser atendidas.⁸⁵

El estado de excepción permitiría al Consejo de la Judicatura de la Transición realizar contrataciones directas en obras civiles, de tecnología, modelos de gestión y personal, lo que según el Ex presidente del Consejo de la Judicatura de la Transición, Paulo Rodríguez, haría expeditas algunas partes del proceso dentro de un marco de transparencia. La Corte Constitucional emitió una resolución que declaraba la constitucionalidad formal y material de la Declaratoria de Estado de Excepción. El estado de emergencia en la justicia ecuatoriana continuó pese a que la declaratoria finalizó el 4 de noviembre del 2011, como se revisará más adelante. Se abreviaron los procesos de contratación pública para alcanzar las metas propuestas fijadas para el régimen de transición.

El Estado de Excepción declarado en la Función Judicial es cuestionable puesto que no contó con una causal clara o motivación conforme lo señalado por la ley. La situación crítica o condiciones adversas del sector de la justicia no constituyen razones suficientes y actuales que puedan encasillarse en caso de conmoción interna o calamidad pública. Más aún el Decreto dictado para esta situación expresamente señala que busca superar la crisis de la justicia y prevenir una conmoción interna, todo lo cual va en contra de la esencia de la situación excepcional o hecho de emergencia, el mismo que tiene que ser manifiesto, evidente, objetivo, real y actual. Por lo tanto, no existe justificación solamente con señalar que un hecho pueda ocurrir eventualmente para dejar el estado normal y acogerse a uno especial. No se puede admitir la prevención como razón para declarar el estado de excepción, caso contrario se estaría desnaturalizando el estado de emergencia. El acontecimiento debe sobrevenir imprevistamente y la declaración del estado de excepción debe buscar superar dicha situación anormal existente. "...en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados -sin que las circunstancias lo justifiquen-, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder

⁸⁵ Decreto Ejecutivo No. 872, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículos 3,4 y 5, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

público...”⁸⁶ Esto obviamente transgrede el ordenamiento jurídico pues los estados de excepción terminan siendo ficticios al fundamentarse en hechos que no han ocurrido.

Además, el hecho de que el pueblo ecuatoriano, para superar la crisis de la Función Judicial, haya acudido en el año 2011 al Referéndum Constitucional y Consulta Popular y aceptado que se sustituya al Pleno del Consejo de la Judicatura por una Comisión Técnica conformada por tres delegados designados, uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que durante dieciocho meses le suceda en todas sus funciones y pueda reestructurar el sistema judicial, no guarda coherencia ni proporcionalidad con la medida adoptada consistente en declarar el Estado de Excepción para alcanzar los cambios en la justicia ecuatoriana. Por otro lado, para realizar contrataciones directas en obras civiles, de tecnología, modelos de gestión y personal, solo era necesario, como sucedió posteriormente, que el propio Consejo de la Judicatura, al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, declare directamente la emergencia sin que sea necesario contar con un Decreto Ejecutivo que establezca el Estado de Excepción. Sin embargo, esta declaratoria dictada por el Consejo de la Judicatura también es cuestionable pues no se refiere a una situación concreta, como lo exige el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esto debido a que la declaratoria busca resolver la “situación crítica por la que atraviesa y garantizar en debida forma el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y atender la inminente conmoción interna que se ha producido por este hecho”⁸⁷, situación que resulta abstracta, general y vaga, es decir carece de precisión.

Lo única razón por la cual aparentemente se decretó el Estado de Excepción fue para que el Ministerio de Finanzas entregue ágilmente al Consejo de la Judicatura Transitorio los recursos públicos suficientes para atender la emergencia, lo que consolidaría la

⁸⁶ Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos – Informe Anual 1980 – 1981, Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁷ Resolución de Emergencia No. 01-CJT-DG-2011 de 22 de septiembre de 2011.

modernización en el sector de la justicia. Sin embargo, el poder transferir fondos públicos para superar la emergencia no es, en rigor, razón para justificar una acción de dicha naturaleza. Se ha transgredido el principio de necesidad reconocido tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Ley de Seguridad Pública. Este principio que consiste en “aplicar la excepción sólo cuando sea absoluta y estrictamente necesario, está reconocido en el numeral 1 del Art. 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 1 del Art. 27 de la Carta Americana de Derechos Humanos y en el Art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”⁸⁸ Por lo tanto, no existen causas válidas que confirmen el Estado de Excepción declarado en la Función Justicia, todo lo cual lo torna cuestionable y polémico a todas luces.

Más aún, esta medida rompe el esquema de la separación o división de poderes “prevista por Locke y concretizada por Montesquieu, respuesta ... contra el absolutismo para impedir la concentración de los tres clásicos poderes y garantizar los derechos y libertades de los individuos.”⁸⁹ Ciertamente, este procedimiento resulta violatorio a la propia Constitución de la República del Ecuador que en el número 1 de su artículo 168 prescribe que “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.” Claramente, se aprecia una intromisión de la Función Ejecutiva en la Judicial que trastoca este poder, aun cuando el propio Consejo de la Judicatura o la Asamblea Nacional hayan solicitado, oportunamente, su intervención. El propio informe de la Veeduría Internacional a la Reforma de Justicia en el Ecuador recomendó:

Garantizar el respeto y no injerencia de los demás poderes del Estado en la Función Judicial. La división de poderes no debe ser sólo una teoría sino una realidad insoslayable, pero sin olvidar que todos ellos forman parte del Estado y, por ende, todos,

⁸⁸<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/09/20/estado-de-excepcion>, (acceso:30/3/2014)

⁸⁹ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito: Editorial Florencia, 1996, p. 17.

están obligados a coadyuvar a conseguir en forma diversa, pero integral los fines del mismo, en beneficio del pueblo a quien representan.⁹⁰

Luego, el Director General del Consejo de la Judicatura de Transición, emitió la Resolución de Emergencia 01-CJT-DG-2011 de 22 de septiembre de 2011, que señala:

Artículo 1.- Declarar la emergencia de la Función Judicial, a fin de resolver la situación crítica por la que atraviesa y garantizar en debida forma el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y atender la inminente conmoción interna que se ha producido por este hecho.- **Artículo 2.-** Declarar como acción prioritaria la ejecución de los proyectos de transformación de la justicia en el Ecuador, contenidos en el Programa de Reestructuración de la Función Judicial.- **Artículo 3.-** La presente declaratoria de emergencia es de aplicación exclusiva para la Dirección General del Consejo de la Judicatura de Transición y se empleará para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.- **Artículo 4.-** Para la aplicación de la presente resolución de emergencia, se ejecutarán contrataciones de acuerdo al procedimiento previsto en el inciso 2 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de efectuar procedimientos de selección de proveedores; y, en cualquier caso bajo los criterios de mejor costo previstos en los numerales 17, 18 y 19 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- **Artículo 5.-** Las contrataciones previstas en el artículo anterior deberán aportar a la consecución de los objetivos para superar el estado de emergencia en concordancia con lo establecido en el artículo 5 de la Resolución No. 045-10 del Instituto Nacional de Contratación Pública...⁹¹

El Programa de Reestructuración de la Función Judicial del Ecuador se aprobó el 29 de septiembre de 2011, establecido sobre seis ejes estratégicos de la Función Judicial: Talento Humano, Modelo de Gestión, Infraestructura Civil, Infraestructura Tecnológica, Cooperación Interinstitucional y Gestión Financiera Equitativa, a ejecutarse un plazo improrrogable de 18 meses. El Consejo de la Judicatura de Transición sobre la base de la Resolución 01-CJT-DG-2011 de 22 de septiembre de 2011, emitida por el Director General, la cual se sustentó en el estado de excepción decretado por el Presidente de la República, ha ejecutado contrataciones directas para adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, procedimiento previsto en el inciso 2 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁹⁰ Informe de Veeduría Internacional a la Reforma de Justicia en el Ecuador, Diciembre 2012, p.15.

⁹¹ *Id.*, p. 78.

En el período comprendido entre el 26 de julio de 2011 y el 30 de junio de 2012, se suscribieron 247 contratos, por un monto total de USD \$ 247.560.119,52, de acuerdo con el siguiente detalle:

TIPO	No. CONTRATOS	MONTO USD \$
Emergencia bienes y servicios	110	68.139.548,52
Emergencia obras y diseños	99	176.508.499,66
Menor cuantía	2	32.100,00
Régimen especial	22	2.151.690,21
Subasta inversa	14	728.281,13
TOTAL	247	247.560.119,52

Fuente: Veeduría Internacional (2012)⁹²

El hecho de que en emergencia se hayan celebrado también otro tipo de contrataciones bajo procedimientos precontractuales comunes es cuestionable y contradictorio pues ante este tipo de situaciones, dada la premura, lo que se persigue es dar una solución ágil que permita solventar los imprevistos, para lo cual el único camino es el de la contratación directa. Debido a la situación crítica de la justicia no se podía haber esperado a los procedimientos precontractuales comunes para superar la crisis. Cómo es posible que para ciertas contrataciones se haya optado por la contratación directa y para otras no? Este comportamiento de la entidad contratante deja en entredicho si realmente existió o no la emergencia en la justicia.

1.4.1.2. El Estado de Excepción en el Sector de la Salud

El 10 de enero del 2011, el Presidente actual de la República del Ecuador, economista Rafael Correa Delgado, mediante Decreto Ejecutivo No. 618, publicado en el Registro Oficial No. 362 del 13 de enero del 2011, declaró a nivel nacional el Estado de Excepción Sanitaria y especialmente en ocho hospitales: Eugenio Espejo y Baca Ortiz, de Quito;

⁹² *Id.*, p. 85.

Francisco Ycaza Bustamante y Abel Gilbert Pontón, de Guayaquil; Verdi Cevallos Balda, de Portoviejo; Delfina Torres de Concha, en Esmeraldas; Alfredo Noboa Montenegro, de Guaranda, y José María Velasco Ibarra, de Tena; para evitar el colapso de sus servicios a través de la intervención en infraestructura y equipamiento, en la gestión administrativa y organizacional, en aspectos técnicos sanitarios, en la adquisición y dispensación de medicamentos e insumos médicos, entre otros. Con este decreto se buscó también que el Ministerio de Salud implemente “procesos transversales de respaldo; ya que por el incremento de la demanda de servicios de salud la capacidad de respuesta del Ministerio de Salud tiene el riesgo de ser sobrepasada, lo que podría generar una grave conmoción interna.”⁹³

En este decreto también se declaró “la movilización nacional, especialmente de todo el personal de las unidades operativas y planta central del Ministerio de Salud Pública, tales como: médicos, odontológicos, obstetras, psicólogos, químicos farmacéuticos, tecnólogos sanitarios, enfermeras, auxiliares de enfermería y personal directivo, administrativo y de apoyo”⁹⁴ Según el propio decreto y de acuerdo con el mandato constitucional, el estado de excepción duraría 60 días contados desde la suscripción del referido decreto y su ámbito de aplicación sería a nivel nacional. Además, se estableció en ese mismo documento que el Ministerio de Finanzas situaría los recursos suficientes para atender la emergencia.⁹⁵ Mediante Decreto Ejecutivo No. 693 de 11 marzo del 2011, publicado en el Registro Oficial No. 411 del 23 de marzo de 2011, en vista de que subsistían las causas que motivaron la expedición del Decreto Ejecutivo 618 de 10 de enero de 2011, se renovó el estado de excepción sanitaria por 30 días a partir de la suscripción de dicho Decreto Ejecutivo No. 693 y se incluyó en la emergencia a los hospitales de las ciudades del Puyo, al “Teófilo Dávila” de Machala y “Pablo Arturo

⁹³ Decreto Ejecutivo No. 618 de 10 de enero de 2011, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículo 1, Registro Oficial No. 362 del 13 de enero del 2011.

⁹⁴ Decreto Ejecutivo No. 618 de 10 de enero de 2011, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículo 2, Registro Oficial No. 362 del 13 de enero de 2011.

⁹⁵ Cfr. Decreto Ejecutivo No. 618 de 10 de enero de 2011, Econ. Rafael Correa Delgado, Artículo 4, Registro Oficial No. 362 del 13 de enero de 2011.

Suárez” de Quito. El 11 de abril del 2011 se dictó el Decreto Ejecutivo No. 734 y se declaró el estado de excepción Sanitaria en todas las unidades operativas del Ministerio de Salud, en todo el país, para "continuar mejorando la capacidad de respuesta" de los hospitales, con una duración de 60 días. El estado de excepción Sanitaria se renovó el 9 de junio con el Decreto 795 por un plazo adicional de 30 días desde la suscripción del referido Decreto. Este último Decreto se justificó en el hecho de que las causas que motivaron la expedición del Decreto Ejecutivo No. 734 de 11 de abril de 2011 todavía subsistían.

El Estado de Excepción Sanitaria es discutible pues no cuenta con una real ocurrencia de los hechos que motivaron las declaratorias del estado de excepción. Los Decretos Ejecutivos No. 618 del 10 de enero del 2011 y No. 734 de 11 de abril del 2011 que declararon el estado de excepción sanitaria, así como sus correspondientes renovaciones se justificaron en la grave conmoción interna que podría generar el colapso del servicio público de salud. Es decir, los Decretos dictados para esta situación únicamente buscaban prevenir una conmoción interna, todo lo cual va en contra de la esencia misma de la situación excepcional o hecho de emergencia, que, como ya se ha analizado anteriormente, tiene que ser manifiesta, evidente, objetiva, real y actual. Por lo tanto, no existe justificación solamente con señalar que un hecho pueda ocurrir eventualmente para dejar el estado normal y acogerse a uno especial. El acontecimiento debe sobrevenir imprevistamente y la declaración del estado de excepción debe buscar superar dicha situación anormal.

Por otro lado, el estado de excepción debe ser transitorio, no pudiendo extenderse mucho en el tiempo pues ello implicaría instaurar un régimen de emergencia estable, en estricta oposición a la naturaleza de éste. En el caso que nos compete, el estado de excepción se ha prolongado por casi seis meses, desde el 10 de enero del 2011 hasta el 8 de julio del mismo año, con las continuaciones de las declaraciones y renovaciones del estado de excepción. Además, la Corte Constitucional del Ecuador ha declarado la constitucionalidad formal y material de la Declaratoria de Estado de Excepción Sanitaria, así como de sus renovaciones. Según informes del propio Ministerio de Salud, las

contrataciones directas en emergencia, realizadas desde el 11 de enero del 2011 hasta el 8 de julio del mismo año, tuvieron un monto total de USD \$ 103.766.597,70.⁹⁶ El reporte de ejecución del proceso de emergencia del Ministerio de Salud Pública, en el período mencionado, incluye un detalle de contratación de los siguientes ítems: medicamentos, insumos médicos, equipamiento técnico, infraestructura hospitalaria, recursos informáticos, consultoría, comunicación social, talento humano y adquisición de servicios. Las contrataciones se realizaron en el marco de los Decretos Ejecutivos 618, 693, 734 y 795. Durante la emergencia sanitaria no se han registrado otras contrataciones que las mencionadas anteriormente.

⁹⁶ Cfr.<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/salud-invierte-103-766-597-70-y-no-acaba-la-emergencia-499791.html> (acceso:20/1/2015)

CAPÍTULO II

SITUACIONES DE EMERGENCIA CONTEMPLADAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En cualquier momento pueden ocurrir situaciones inesperadas y graves que requieran una solución inmediata para frenar los daños que se estén produciendo. En estas circunstancias de emergencia, la entidad contratante no puede actuar bajo los parámetros normales y aplicar un procedimiento precontractual común, sino que debe optar por un procedimiento ágil, rápido y expedito que permita superar dicha situación. Así, según Juan Expósito existe una emergencia manifiesta:

[...] cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.⁹⁷

En lo que respecta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, ésta reconoce un procedimiento especial excepcional o de emergencia, en el que la Administración o Entidad Estatal, al cumplir ciertos parámetros y requisitos mínimos, puede elegir y contratar con particulares sin la necesidad de sujetarse a los procesos de selección comunes. Para este procedimiento de excepción o emergencia, como ya se verá posteriormente, es indispensable una debida motivación del acto administrativo que acredite el uso de este procedimiento,

[...] por lo que debe imperar sobre todas las cosas el principio de buena fe, es decir la actitud leal, honesta y transparente de las partes contratantes y especialmente de la Administración; por tanto resulta obvio que no se pueden argumentar situaciones de emergencia para evadir los procedimientos de contratación establecidos en la Ley, pues hacerlo sería actuar en forma dolosa y deshonesto, lo que acarrearía a los responsables serias consecuencias legales.⁹⁸

La emergencia hace referencia a aquellas situaciones de necesidad o hecho, originadas por un acontecimiento extraordinario, inesperado, repentino y transitorio, cuya gravedad,

⁹⁷ Juan Expósito Vélez. *Forma y contenido del contrato estatal*. Óp. cit., p. 104

⁹⁸ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Óp. cit., p. 230.

peligro o amenaza supera cualquier situación previsible, como un desastre natural (terremoto, inundación, erupción volcánica, entre otros); y aquellos casos vinculados con la seguridad nacional como la inminente agresión externa. En estas circunstancias, la Entidad Estatal podrá ordenar la contratación directa de obras, bienes o servicios pero únicamente para superar dichas situaciones, por lo que el resto de la actividad requerida para completar el objetivo propuesto por la Administración ya no tendría el carácter de emergente y debería sujetarse a los procedimientos generales. Así, el profesor William López manifiesta que:

[...] en las situaciones de emergencia, de lo único que se exonera a las Entidades Contratantes, es de los procesos de selección establecidos en la Ley, es decir, de la fase o etapa precontractual, por tanto se deberá cumplir con la etapa de planeación o preparatoria en lo que corresponda e indefectiblemente con las etapas contractual, de ejecución y pos contractual.

Guillermo Cabanellas señala que “emergencia” significa ocurrencia o accidente, al que se le atribuyen los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción.⁹⁹ Por su parte, el número 31 del art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública concibe 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 objetiva¹⁰⁰.

De esta definición se desprende que las situaciones de emergencia tienen su origen en acontecimientos graves (por lo que debemos entender que el origen de la emergencia es un hecho que genera una situación de apremio para una entidad pública y que le obliga a tomar decisiones ágiles para solucionar los efectos que está produciendo dicho acontecimiento grave o los que puede generar), así como en otras situaciones que

⁹⁹ Cfr. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*, *Óp. cit.*, p. 143.

¹⁰⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6, numeral 31, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013

provengan de fuerza mayor o caso fortuito.¹⁰¹ Además, como la propia definición legal lo contempla, una situación de emergencia debe cumplir con algunas características específicas para ser considerada como tal, esto es que sea concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Otras legislaciones como la peruana y chilena, también hacen mención, a su manera, a las situaciones de emergencia. Así, el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Perú, determina lo siguiente:

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.

En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.¹⁰²

Por su parte, la legislación chilena, en el artículo 8 de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios consagra que:

Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:...c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente. Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;... En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la

¹⁰¹ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública*. Óp. cit., p. 221.

¹⁰² Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Perú www.osce.gob.pe/descarga/Ley_y_Nuevo_Reglamento.pdf (acceso: 02/12/2014)

conurrencia de tal circunstancia, la que contará con las cotizaciones en los casos que señale el reglamento.¹⁰³

En casos de emergencia, las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato o contratación directa, deberán publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas. En igual forma y plazo deberán publicarse las resoluciones o acuerdos emanados de los organismos públicos regidos por esta ley, que autoricen la procedencia de la licitación privada. Bajo la referida Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, siempre que se contrate por trato o contratación directa se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas, salvo que se trate, entre otros, de un caso de emergencia, urgencia e imprevisto.

2.1. Caso Fortuito o Fuerza Mayor

En este punto es preciso analizar las situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, pues son las circunstancias en las que se puede aplicar el procedimiento excepcional, además de las que constan expresamente señaladas en el Art. 6, número 31, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El artículo 30 del Código Civil ecuatoriano textualmente establece que “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”¹⁰⁴ Para el profesor Bartolomé Fiorini,

la fuerza mayor o caso fortuito [...] aparecen promovidos, en lugar de la naturaleza o por los hombres, por el mismo Estado [...] En el caso de los actos estatales modernos, no son los actos personales de un monarca, menos de un príncipe; la expresión utilizada es anacrónica y sin vigencia jurídica. La frase sigue rigiendo por el concepto mítico que representa¹⁰⁵

¹⁰³ Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. www.uantof.cl/transparencia/fijos/LEY19886.pdf (acceso: 08/12/2014)

¹⁰⁴ Código Civil, Codificación, Art. 30, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

¹⁰⁵ Bartolomé Fiorini. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p.611.

Como se puede observar, la definición legal de fuerza mayor y caso fortuito es meramente ejemplificativa y no distingue en absoluto a ambas situaciones, por lo que se entendería que son palabras sinónimas. Ciertamente, el tomar como sinónimos a estas dos expresiones se justificaría únicamente en los efectos jurídicos que la fuerza mayor y el caso fortuito generan, puesto que ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del deudor. Algunos tratadistas también han conceptualizado, en sentido amplio, al caso fortuito como sinónimo de fuerza mayor.

A diferencia de lo determinado en el Código Civil ecuatoriano y lo señalado por algunos autores, otra corriente de la doctrina si ha distinguido a la fuerza mayor del caso fortuito. Así, el tratadista Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, define a la fuerza mayor como:

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. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito (v.), reservando para éste los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero [...]¹⁰⁶

En lo que respecta al caso fortuito, Cabanellas, en el citado *Diccionario Enciclopédico*, señala que éste “se produce con independencia de la voluntad del hombre e influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable o de la acción legal o ilegal de persona distinta del obligado.”¹⁰⁷ Por lo tanto, Cabanellas reconoce que la fuerza mayor se configura cuando el acto de un tercero impide que el deudor cumpla con su obligación, así por ejemplo una expropiación, actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, la explosión, la guerra, rebeliones, entre otros. En cambio, el caso fortuito se refiere a los accidentes o hechos de la naturaleza como sequías, inundaciones, lluvias, temporales,

¹⁰⁶ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., pp. 143 y 144. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 221.

¹⁰⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., pp. 108 y 109. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 222.

tormentas, terremotos, erupciones volcánicas, entre otros. Por otro lado, la Enciclopedia Jurídica Omeba, se refiere al caso fortuito como “El que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse”¹⁰⁸

La jurisprudencia ecuatoriana ha acogido la categorización realizada por Guillermo Cabanellas. En esta sentido, existen algunos fallos de casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, cuya parte pertinente detallo a continuación:

[...] Los casos fortuitos que se encuentran en el Art. 30 del Código Civil no son más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la partícula, etc. La definición de la fuerza mayor que se halla en el Art. 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo a la fuerza mayor; esta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: [...] ¹⁰⁹

[...] En la terminología del Derecho Romano, los vocablos “casos fortuitos”, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos “fuerza mayor” designan los hechos realizados por el hombre [...] ¹¹⁰

[...] 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 [...] ¹¹¹

De lo expuesto, podemos concluir que el caso fortuito y la fuerza mayor tienen su origen en los hechos de la naturaleza y del hombre, respectivamente; produciendo ambos una situación o acontecimiento grave que provoca la liberación de la responsabilidad civil del

¹⁰⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo X. Buenos Aires: Driskill S.A., 1978.

¹⁰⁹ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2273 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 13 de diciembre de 2001. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 223.

¹¹⁰ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Serie XVII. NO. 11. Página 3395. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 12 de noviembre de 2002. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 223.

¹¹¹ Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1434. Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 22 de febrero de 2007. Citado en Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 223.

deudor. Ambas situaciones, esto es el caso fortuito o la fuerza mayor, con las características que prevé el propio artículo 6, número 31, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituyen casos de emergencia.

2.2. Características de las Situaciones de Emergencia

Conforme a lo establecido en el numeral 31 del art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “[...] Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva [...]” A continuación explicaré cada una de estas características y las analizaré en ejemplos prácticos en los que las entidades contratantes han emitido sus resoluciones motivadas, previa declaratoria de emergencia.

2.2.1. Concreta

Hace referencia a un hecho particular, preciso, exacto, sin vaguedad; considerado en sí mismo, en oposición a lo abstracto y general, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio.¹¹² En este sentido, no tendrían la calidad de emergencia aquellas situaciones en las que la declaratoria no determine con precisión un acontecimiento grave que se busca superar. Así, por ejemplo, una conmoción interna general en el área de la justicia o la salud no constituyen una emergencia y por lo tanto no se les puede eximir de las formalidades de los procedimientos precontractuales comunes. En definitiva, la característica de “concreta” significa que existe un hecho determinado que puede ser catalogado dentro de la clasificación de caso fortuito o fuerza mayor.

2.2.1.1. Caso.- Prefectura Provincial de Chimborazo

El Prefecto Provincial de Chimborazo, mediante Resolución No. 003-08-H.C.P.CH. de 24 de septiembre de 2008, resolvió: “[...] Declarar en estado de emergencia la contratación de las obras viales de la provincia, cuyo detalle se especifica a continuación, a fin de que se pueda ejecutar de manera inmediata las obras [...] relacionados con

¹¹² Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=concreta> (acceso: 16/02/2015).

reconstrucción, reparaciones y mantenimiento:[...]”¹¹³ En el listado se hizo mención a la rehabilitación de cuatro vías, el mejoramiento de una. La Resolución se fundamentó en el hecho de que la red vial de la provincia de Chimborazo se encuentra gravemente deteriorada por las siguientes causas: a) permanentes y fuertes estaciones invernales; y, b) desastres naturales como el permanente proceso eruptivo del volcán Tungurahua. En la Resolución no se determinó qué vías tienen relación con cada una de las causas señaladas. Por lo tanto, la situación de emergencia no fue concreta, es decir no hace referencia a un hecho determinado o preciso, sino que da a conocer un acontecimiento vago y general, por lo que no podría atribuírsele a este hecho la calidad de situación de emergencia estipulada en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.1.2. Caso.- Prefectura Provincial del Napo

Mediante Resolución S/N de 2 de marzo de 2009, la Prefecta Provincial del Napo, resolvió:

[...] Declarar en situación de emergencia la red vial secundaria de la provincia de Napo afectada por las constantes precipitaciones lluviosas y estación invernal, con la finalidad exclusiva de contratar inmediatamente: la construcción de obras viales, puentes, alcantarillas y mantenimiento de la red vial de la Provincia [...]¹¹⁴

Se mencionó como causa para la adopción de la referida Resolución, la intensa y prolongada estación invernal que provocó graves daños en el Ecuador, sobretodo en la provincia de Napo, ocasionando graves problemas en la población y el sector vial, siendo necesario y urgente ejecutar obras de infraestructura vial, incluido puentes y alcantarillas que faciliten el transporte de personas y productos, permitiendo el desarrollo de actividades turísticas, productivas y comerciales. Esta situación no puede ser considerada como emergente pues no hubo un caso fortuito o fuerza mayor que directamente haya afectado la

¹¹³ Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental, Contraloría General del Estado, *Informe General sobre las Declaratorias de Emergencia Publicadas en el Portal de Compras Públicas por varias Entidades que se mencionan en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública*, Período desde: 2008/08/04 hasta: 2009/11/15, Año2010, p. 56

¹¹⁴ *Id.*, p. 260

red vial secundaria de la provincia de Napo, lo que significa que dicha situación no fue concreta, al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.2. Inmediata

Este presupuesto está relacionado con el hecho de que la situación ocasione daños o produzca sus efectos en este momento.¹¹⁵ Hace referencia a un acontecimiento producido por circunstancias que son de carácter súbito.

2.2.2.1. Caso.- Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito

El Gerente General de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-A, mediante Resolución No. 069, de 8 de octubre de 2008, resolvió “[...] Declarar emergente la contratación de las siguientes obras inherentes a la Construcción del Embaulamiento, Túnel de Descarga y Control de Escorrentía en la Quebrada Jatunhuaycu, ubicada en la parroquia de Ñaquito”, correspondiente a la Etapa 3 del proyecto denominado “Colector de Alivio Colector Central de Ñaquito” [...] y en consecuencia exonerar de los procedimientos de contratación pública al trámite para la construcción de tales obras.” Esta Resolución se tomó por cuanto las referidas obras se encontraban incompletas en vista de que la EMAAP-Q dispuso la terminación anticipada y unilateral del contrato de construcción. Si se revisa el tiempo que transcurrió entre la resolución de terminación del contrato de la etapa 3 y la fecha de emisión de la resolución, pasaron más de 126 días, lo que desnaturaliza la situación de emergencia pues se demostró que no fue un hecho inmediato que requería la necesidad de ejecución de trabajos. Por lo tanto, este acontecimiento no se encasilló en la definición de situación de emergencia del numeral 31 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.2.2 Caso.- Comisión para el Desarrollo de la Zona Norte de Manabí

El Director Ejecutivo de la Comisión para el Desarrollo de la Zona Norte de Manabí, CEDEM, mediante Resolución de Emergencia CEDEM-ZONA NORTE DE MANABÍ-

¹¹⁵ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública. Óp. cit.*, p. 224.

002-2009, de 28 de octubre de 2009, declaró la emergencia del canal de encauzamiento del río Chone “en prevención del riesgo que para la población significa, por lo que calificó el proceso de contratación de la Excavación en fango de material acumulado y tendido sobre el dique del canal de encauzamiento del Río Chone [...] para mitigar el riesgo inminente del canal [...]”¹¹⁶ En este caso no existía un daño que estaba causando sus efectos en ese momento, simplemente se declaró la emergencia para prevenir posibles perjuicios por inundaciones en la estación invernal, que además es cíclica, por lo bien pudo haberse realizado oportunamente la limpieza del canal de encauzamiento del referido Río. Por tal motivo, la situación emergente no se puede encuadrar en lo contemplado por el numeral 31 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues no existía un acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito que estuviere afectando o produciendo daños de manera inmediata.

2.2.3. Imprevista

Significa que no puede preverse, es decir que se desconoce que va a ocurrir. Lo que busca esta característica es verificar que la situación de emergencia haya sido inesperada y repentina, es decir que no haya podido advertirse o ser prevista con anterioridad por la entidad contratante, caso contrario sería una evidente negligencia de la misma “[...] de ahí que este tipo de contrataciones no constan en el PAC [Plan Anual de Contrataciones] de las entidades contratantes.”¹¹⁷

2.2.3.1. Caso.- Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, AGRO-AGROCALIDAD

El Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, AGRO - AGROCALIDAD, mediante Resolución No. 012 del 2 de marzo del 2009, resolvió declarar el estado de

¹¹⁶ *Informe General sobre las Declaratorias de Emergencia Publicadas en el Portal de Compras Públicas por varias Entidades que se mencionan en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública*, Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental, *Óp. cit.*, p. 23.

¹¹⁷ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar. *Manual de Contratación Pública*. *Óp. cit.*, pp. 224-225.

emergencia agropecuaria todo el territorio ecuatoriano por el uso del plaguicida Mancozeb y sus mezclas. Su propósito era contratar consultorías para precautelar la salud humana, vegetal, animal y del ambiente. Sin embargo, la Contraloría General del Estado, en este caso puntual, señaló que “no era posible la contratación bajo régimen de emergencia para prevenir potenciales riesgos. Al no existir una causal generadora de emergencia, ésta no fue imprevista [...]”¹¹⁸. Agrocalidad no pudo sustentar la evidencia de alguna situación imprevista o impensada, como lo exige el Art. 6, numeral 31, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o el Art. 30 del Código Civil. Por lo tanto, esta situación no debió ser manejada a través del procedimiento de emergencia, pues no se trató de un acontecimiento grave como un terremoto, accidente, sequía u otras situaciones que tengan su origen en el caso fortuito o fuerza mayor. Al tratarse de acciones preventivas ante eventuales riesgos, éstas debieron ser consideradas por Agrocalidad en su Plan Anual de Contratación.

2.2.3.2. Caso.- Banco Ecuatoriano de la Vivienda

Por otro lado, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, BEV, mediante Resolución No. GG-34-2009-BEV de 22 de junio de 2009, declaró en emergencia “[...] la contratación de reparación y mantenimiento de las centrales de aire acondicionado, de la Regional del BEV en Guayaquil, por lo que se autoriza la contratación directa para su reparación inmediata [...]”¹¹⁹ Pero, puede constituir una emergencia, en los términos señalados por el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, un daño en las centrales de aire acondicionado que se presentó el 29 de mayo de 2009 en el edificio regional del Banco Ecuatoriano de la Vivienda de Guayaquil y que provocó que algunas oficinas y atención al cliente queden sin una adecuada climatización? La respuesta es no, pues la máxima autoridad y demás funcionarios del control administrativo de bienes del Banco Ecuatoriano de la Vivienda debían haber adoptado oportunamente las medidas

¹¹⁸ *Informe General sobre las Declaratorias de Emergencia Publicadas en el Portal de Compras Públicas por varias Entidades que se mencionan en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública*, Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental, *Óp. cit.*, p. 16-18.

¹¹⁹ *Ibid.*

de mantenimiento necesarias y preventivas de los bienes, “a fin de conservar su estado óptimo de funcionamiento y alargar su vida útil, según lo establecido en las normas 110-13 y 250-11 de las Normas de Control Interno para el Sector Público, vigentes al 22 de junio de 2009, fecha en que se emitió la resolución.”¹²⁰ Es decir, la emergencia no consistió en un imprevisto sino en un acontecimiento que pudo ser advertido con la debida oportunidad y en este mismo sentido se pronunció la Contraloría General del Estado. Además, en la resolución que autorizó la contratación directa en este caso, no se especificó el origen del daño ni los efectos que causó en el sistema de climatización del edificio, por lo que no fue posible determinar la causa del desperfecto. En tal razón, este acontecimiento no puede ser calificado como una situación de emergencia al tenor de lo dispuesto en la Ley. Incluso, al no haber motivado la resolución dictada en este caso, el Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, incumplió lo establecido en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se analizará posteriormente.

2.2.4. Probada

La situación de emergencia debe ser también probada, es decir que se encuentre acreditada como verdadera, real, existente, demostrada a través de pruebas que den a conocer la emergencia, así como de los daños ocasionados.

2.2.4.1. Caso.- Fiscalía del Guayas

La Fiscalía del Guayas, mediante Resolución Administrativa No. CE-FG-001-2009, de 30 de julio de 2009, resolvió “[...] declarar emergente el cambio de oficinas para el funcionamiento del 2do piso en el inmueble en arrendamiento por el Benemérito Cuerpo de Bomberos del Cantón Playas”¹²¹. Esta Resolución se fundamentó en el hecho de que el inmueble había sufrido el debilitamiento de su estructura mixta, lo que impedía el desenvolvimiento normal de las actividades de la Fiscalía. En este caso, no se observa ningún hecho o acontecimiento grave, caso fortuito o fuerza mayor que haya provocado el

¹²⁰ *Id.*, p. 21

¹²¹ *Id.*, p. 165.

debilitamiento de la estructura mixta del referido inmueble. El debilitamiento de la estructura pudo obedecer a un evento progresivo producido por una serie de factores como el diseño técnico incorrecto, mala calidad de materiales, inadecuado uso estructural, entre otros, Por lo tanto, no se puede probar o acreditar la existencia de una situación de emergencia en los términos detallados por el numeral 31 del Artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2.4.2. Caso.- Alcaldía del Cantón Guamote

Mediante Resolución S/N de 8 de diciembre de 2008, el Alcalde del cantón Guamote, resolvió:

[...] Declarar emergente el proyecto denominado Construcción del Emisario Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de las Aguas Servidas de la Cabecera Cantonal, Parroquia Matriz y su contratación por emergencia, de tal forma que permita superar y solucionar los daños de la salubridad en la ciudad de Guamote [...]¹²²

Esta Resolución se fundamentó en el hecho de la falta de plantas de tratamiento de las aguas servidas y la falta del emisario para la conducción de dichos desechos. Estas causas no se encuentran tipificadas dentro las que detalla el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por lo tanto, el sustento de la Resolución carece de todo valor y no acredita o prueba que se haya suscitado una situación de emergencia y daños ocasionados. Más parece que hubo una falta de planificación institucional que buscó suplirse con un procedimiento excepcional como es el de emergencia.

2.2.5. Objetiva

Hace referencia a aquello perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir; es decir, un hecho real, imparcial, que no esté movido o motivado por intereses, ideas o sentimientos personales.¹²³

¹²² *Id.*, p. 229.

¹²³ Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=concreta> (acceso: 16/02/2015).

2.2.5.1. Caso.- Gobierno Local Putumayense

El Alcalde del Gobierno Local Putumayense, mediante Resolución S/N de 18 de marzo de 2009, resolvió:

[...] Declarar la emergencia ante la inminente presencia de la estación invernal y el estado grave en que se encuentra la rivera del Río San Miguel en la calle Malecón con el inminente peligro para la estabilidad de las edificaciones [...] en prevención del riesgo que para la población significa, y amparado en el numeral 31 del Art. 6 y en el Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el proceso de contratación para la Construcción del Muro de Protección sobre el Río San Miguel en la Ciudad de Puerto El Carmen, del Cantón Putumayo, será emergente la emergencia la contratación de las obras viales de la provincia, cuyo detalle se especifica a continuación, a fin de que se pueda ejecutar de manera inmediata las obras [...] relacionados con reconstrucción, reparaciones y mantenimiento:[...] ¹²⁴

La Resolución se fundamentó en el hecho de que hacía falta un sistema de alcantarillado pluvial que cubra el área urbana de la ciudad de Puerto El Carmen, la presencia de lluvias características de la zona, la acumulación de material que producía estancamientos y que de seguirse un procedimiento precontractual común implicaría mucho tiempo. Por lo tanto, no se configuró una situación de emergencia real al no existir una causa generadora de dicha emergencia según lo estipulado en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Así, este hecho no cumplió con la característica de objetividad, pues no fue motivado correctamente, sino que tomó como sustento los intereses, conveniencias o ideas del titular de la entidad contratante.

2.2.5.2. Caso.- Prefectura de Esmeraldas

La Prefecta de Esmeraldas, mediante Resolución S/N, resolvió declarar emergente el procedimiento de contratación para la adquisición de un equipo caminero que requiere el Gobierno Provincial de Esmeraldas para desarrollar el proyecto de Rehabilitación y Mejoramiento Vial de la provincia, de tal forma que permita superar y solucionar los daños ocasionados por la época invernal. ¹²⁵ Esta Resolución se motivó en los graves daños a la vialidad, la crisis en el sector productivo y la postergación de la vialidad, razones

¹²⁴ Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental, Contraloría General del Estado, *Informe General sobre las Declaratorias de Emergencia Publicadas en el Portal de Compras Públicas ...*, Óp. cit. p. 186

¹²⁵ *Id.*, p. 242.

subjetivas e insuficientes para declarar la emergencia. Estos hechos no constituyen casos fortuitos o fuerza mayor, por lo que no existió realmente una motivación objetiva de la situación de emergencia según lo previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Además de los casos analizados, existen otros en los que las distintas entidades contratantes, al momento de declarar la emergencia, han inobservado lo estipulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en relación a las características taxativas que exige una “situación de emergencia”. Entre estas entidades se encuentran el Consejo Nacional Electoral, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, la Fiscalía Distrital del Guayas, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda; Petroecuador, empresas de agua potable y alcantarillado, gobernaciones, prefecturas, entre otros. Muchos de estos casos fueron examinados por la Contraloría, quien determinó que la mayoría de entidades contratantes declararon la emergencia para contratar de manera directa y prevenir hechos que no habían ocurrido todavía. La mayoría de las contrataciones realizadas pudieron haber sido incluidas en las planificaciones anuales de las entidades contratantes. Es decir, como manifiesta Agustín García Sanz:

La licitación pública no es más —si es que alguna vez lo fue— la regla general en el sistema de compras y contrataciones del Estado nacional. Contrariamente a lo que puede suponer el lector desprevenido y aún alguno avezado que siga a pie juntillas lo que la norma dice en palabras, la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista. Es decir, la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista.¹²⁶

2.3. Procedimiento de las Contrataciones en Situaciones de Emergencia

Para superar las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según el artículo 57 de la misma Ley, se podrá contratar directamente obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, sin someterse a los procedimientos precontractuales comunes establecidos en la citada Ley, como son los de licitación, cotización, menor cuantía, subasta inversa

¹²⁶ Agustín García Sanz. *Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?*, Buenos Aires: Res Publica Argentina, 2006, p. 75.

electrónica o presencial, y catálogo electrónico y consultorías. Sin embargo, para que el Ministro de Estado o la Máxima Autoridad de la entidad contratante pueda aplicar el mencionado procedimiento, éstos deberán justificar la contratación mediante resolución motivada que declare la emergencia, la misma que se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.¹²⁷

En definitiva, para proceder con la contratación por emergencia es de vital importancia que se cumplan algunos requisitos para declarar la emergencia. Así, la emergencia debe ser:

- a) Manifiesta.- Significa que la situación grave debe ser actual, clara, indudable, evidente, innegable, presente, impostergable, improrrogable; por lo tanto, la circunstancia debe ser inminente.
- b) Imprevista.- Significa que el hecho debe ser inesperado, que no haya podido advertirse con anticipación. Por lo tanto, la Administración no debió prever en ningún momento dichas circunstancias, ni éstas deben obedecer a una negligencia de su parte.
- c) Motivada.- La decisión de declarar en emergencia una situación debe ser motivada; es decir que se deben determinar los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen dicha decisión. Así, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado señala que:

Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo...¹²⁸

Por su parte, el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución de la República del Ecuador determina que:

¹²⁷ Cfr. Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 6 y 57. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

¹²⁸ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Artículo 31. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.¹²⁹

Por lo tanto, solo cuando se encuentre motivada la resolución que declara la emergencia, se puede justificar la contratación bajo el procedimiento precontractual excepcional.

2.3.1. Calificación y Declaración de la Emergencia

El procedimiento para las contrataciones en situaciones de emergencia se encuentra señalado en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que textualmente dice:

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 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.¹³⁰

El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no hace mayor mención al procedimiento de la declaratoria de emergencia, pero una vez emitida dicha resolución, la entidad pública podrá contratar con cualquier proveedor, de manera

¹²⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 57. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

directa y bajo la responsabilidad de la máxima autoridad, obras, bienes o servicios, inclusive los de consultoría, que se requieran para superar la situación de emergencia.

En concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, el 9 de julio de 2010, el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP emitió la Resolución No. 045-2010, publicada en el Registro Oficial No. 254 del 10 de agosto de 2010, mediante la cual se expidieron las Disposiciones para las Contrataciones en Situaciones de Emergencia. El artículo 1 de esta Resolución señala que corresponde a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado declarar la emergencia para atender las situaciones definidas en el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la mencionada Ley. Por otro lado, el segundo inciso del artículo 1 de la referida Resolución determina lo siguiente:

Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP; cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente, y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada.”¹³¹

Por lo tanto, de las normas citadas anteriormente se desprende que el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad es responsable de calificar y declarar la emergencia, así como de excepcionar a la contratación de los procedimientos precontractuales comunes, todo esto con el fin de evitar los daños que se estén produciendo a causa de circunstancias imprevistas y graves que necesitan de una solución urgente. Así, la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante en la que se declare la emergencia, constituye el requisito primordial para el inicio de un procedimiento de contratación de emergencia. Como ya se ha mencionado, la declaratoria de emergencia debe estar perfectamente motivada y publicada en el portal de compras públicas, utilizando la herramienta denominado “Publicaciones de Emergencia”, conforme el artículo 2 de la Resolución del INCOP No. 045-2010. Por su parte, el artículo 3 de la mencionada

¹³¹ Resolución No. 045-2009 del INCOP, Artículo 1, 9 de julio de 2010.

Resolución establece la obligación de establecer en el sistema la fecha de inicio de la situación de emergencia, para fines de control.

2.3.2 Selección del Contratista

El procedimiento de selección para escoger al contratista no está previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni en su Reglamento o en la Resolución No. 045-2009 del INCOP. En tal virtud, debe entenderse que este procedimiento estará sujeto al criterio de la máxima autoridad, lo que deberá constar en la resolución respectiva. Para la adjudicación de este tipo de contratación, no se establece la existencia de una comisión que revise, analice y califique las ofertas, por lo que la responsabilidad recae exclusivamente en la máxima autoridad de la entidad, quien deberá justificar plenamente su decisión. El artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública va más allá y permite incluso que la entidad contrate de manera directa, es decir, que se escoja directamente al contratista, pudiendo además contratar con empresas extranjeras, sin cumplir previamente la domiciliación o presentación de garantías, requisitos que se cumplirán una vez suscrito el contrato respectivo. De esta manera, se podría adjudicar el contrato a algún proveedor que incluso no se encuentre habilitado en el Registro Único de Proveedores (RUP), pero deberá establecerse la obligatoriedad de estarlo para la suscripción del contrato. Todo esto se justificaría en el hecho o razón de la inmediatez y urgencia con que se debe actuar para superar las situaciones de emergencia.

2.3.3. Situación de Emergencia Superada

Una vez que se ha superado la situación de emergencia, al tenor del tercer inciso del artículo 57 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la Entidad Contratante debe publicar en el portal de compras públicas un informe en el que se especifique las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con la indicación de los resultados obtenidos. Por su parte, el artículo 5 de la Resolución del INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010, exige a la entidad contratante publicar en la referida herramienta, relacionada a la declaratoria de emergencia inicial, un informe que debe contener lo siguiente:

- a) Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia;
- b) Número de contratos efectuados para superar la emergencia;
- c) Objeto de cada contrato efectuado;
- d) Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC;
- e) Plazo de duración de la emergencia;
- f) Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia;
- g) Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría u obras constituidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y,
- h) Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación¹³².

Finalmente, conforme lo determina el artículo 6 de la Resolución del INCOP No. 045-2010, las publicaciones de las declaratorias de emergencia; los contratos; y, los informes a los que hace mención en los artículos 2,3 y 5 de la antedicha Resolución, deben realizarse tan pronto se hayan emitido, otorgado o suscrito, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado y los usuarios autorizados para operar el Portal **www.compraspublicas.gov.ec**.¹³³

A continuación se revisarán dos informes presentados por entidades contratantes y que se encuentran publicados en el portal de compras públicas luego de superada la emergencia correspondiente:

2.3.3.1. Caso.- Ministerio de Recursos Naturales No Renovables

El Ministro de Recursos Naturales No Renovables, mediante Resolución No. MRNNR.DM-2014-1255-RM de 9 de septiembre de 2014, resolvió:

[...]Declarar en situación de emergencia a la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicaciones de esta Cartera de Estado [Ministerio de Recursos Naturales No Renovables] que se encarga del funcionamiento de la infraestructura tecnológica de la misma, y que tiene relación directa con la infraestructura tecnológica de las entidades adscritas en base a los informes emitidos por esta unidad ministerial que evidencian la

¹³² Resolución No. 045-2009 del INCOP, Artículo 1, 9 de julio de 2010.

¹³³ Cfr. Resolución No. 045-2009 del INCOP, Artículo 1, 9 de julio de 2010.

criticidad de la prestación de los servicios informáticos, siendo esta: (i) imprevista, (ii) concreta al referirse a las fallas existentes en la infraestructura tecnológica; (iii) objetiva, por estar debidamente fundamentada; (iv) inmediata, ya que se pretende mitigar la criticidad de las fallas presentadas de forma oportuna en base al surgimiento de la misma; y, (v) probada, por cuanto es evidente la situación de criticidad en la que se encuentra dicha infraestructura.¹³⁴

El informe de salida una vez superada la situación de emergencia aborda los siguientes puntos:

Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia:

Resolución No. MRNNR.DM-2014-1255-RM de 9 de septiembre de 2014

Número de contratos efectuados para superar la emergencia:

3 contratos

Objeto de cada contrato efectuado:

Contrato de emergencia de compra de garantía del fabricante, soporte, monitoreo y mantenimiento preventivo de los equipos activos de la Red Cisco para el Ministerio de Recursos No Renovables.

Contrato de emergencia para el arrendamiento de una unidad de almacenamiento storage.

Contrato de emergencia reposición de infraestructura tecnológica del Centro de Datos del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables mediante la adquisición de servidores físicos y almacenamiento.

Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC:

DESCASERV ECUADOR S.A. con RUC No. 1792014808001

MAINT CÍA. LDA., con RUC No. 0990712161001

MAINT CÍA. LTDA., con RUC No. 0990712161001

Plazo de duración de la emergencia:

129 días calendario, desde el 9 de septiembre hasta el 15 de enero de 2015.

Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia:

DESCASERV ECUADOR S.A. por USD \$ 119.926,71 (sin incluir IVA)

MAINT CÍA. LDA., por USD \$ 5.999,00 (sin incluir IVA)

MAINT CÍA. LTDA., por USD \$ 461.052,73 (sin incluir IVA)

Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría u obras constituidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones:

i. DESCASERV ECUADOR S.A. por USD \$ 119.929,71 (Sin incluir IVA)

El presente contrato consta de los siguientes servicios:

¹³⁴ Resolución No. MRNNR.D.-2014-1255-RM de 9 de septiembre de 2014.

- Garantías del Fabricante
- Servicio de Soporte
- Servicio de Monitoreo
- Mantenimiento preventivo dentro de los 365 días

ii. MAINT CÍA. LTDA. por USD \$ 5.999,00 (Sin incluir IVA)

El presente contrato consta de los siguientes servicios:

Alquilar un sistema de almacenamiento por el período de ciento ochenta (180) días calendario o hasta que se realice la instalación y migración de la nueva infraestructura contempladas en la Situación de Emergencia de la Dirección de tecnología de la Información y Comunicaciones.

Entregar un sistema de almacenamiento en perfectas condiciones técnicas.

Garantizar que el Storage funcione de forma óptima durante el período de arrendamiento del equipo, conforme indica Resolución No. RE-INCOP referente a la Vigencia Tecnológica.

El Contratista se obliga para con el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables al “Arrendamiento de una Unidad de Almacenamiento Storage”

iii. MAINT CÍA. LTDA. Por USD \$ 461.052,73 (Sin incluir IVA)

El presente contrato consta de los siguientes servicios:

Chasis Blade HP C7000

2-HO 6125G Blade

2-HO Brocade 8/16 gb fc

4-hp bl 460 g8-Tipo Blade 1

12-HP BL 460 g8- Tipo Blade 2

Hitachi Data System HUS 130

Instalación, configuración, pruebas y puestas en servicio

Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación:

i. DESCASERV ECUADOR S.A. por USD \$ 119.929,71 (Sin incluir IVA)

Con respecto al Contrato anteriormente mencionado, cabe indicar que la empresa DESCASERV ECUADOR S.A., hasta el momento cumple con las obligaciones precontractuales a entera satisfacción del Área de Redes y Comunicaciones de la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicaciones.

Con oficio Nro. CC-QT1286-1712 del 17 de diciembre 2014, la empresa DESCASERV ECUADOR S.A. notifica que se ha realizado los mantenimientos preventivos de los equipos del contrato anteriormente mencionado, los mantenimientos se realizaron el 22 de noviembre del 2014 y desde el 24 al 28 de noviembre de 2014.

Con la suscripción de este contrato se actualizan las garantías y el respectivo mantenimiento de los equipos de telecomunicaciones.

Mediante memorando No. MRNNR-DTIC-ARC-2014-0027-ME del 22 de diciembre del 2014, se evidencia que la situación ha sido superada en el ámbito de Redes y Comunicaciones.

ii. MAINT CÍA. LTDA. por USD \$ 5.999,00 (Sin incluir IVA)

Mediante informe de atención con código FOR-SRV-001 de 08 de diciembre de 2014 presentados por la empresa MAINT CIA. LTDA., indica que se realizó a satisfacción el alquiler de un equipo Storage para el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables desde el 6 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2014.

Del presente contrato se derivó un convenio de pago No. 015 suscrito el 11 de diciembre del 2014, para pagar por el servicio de STORAGE recibido desde el 18 de abril de 2014 al 06 de octubre de 2014.

Del presente contrato se derivó un convenio de pago No. 015 suscrito el 11 de diciembre del 2014, para pagar por el servicio de STORAGE recibido desde el 18 de abril de 2014 al 06 de octubre de 2014.

iii. MAINT CÍA. LTDA. Por USD \$ 461.052,73 (Sin incluir IVA)

Por lo anteriormente mencionado se informa que la infraestructura adquirida se han estabilizado los servicios tecnológicos y el sistema de almacenamiento principal se encuentra restaurado con todas las aplicaciones y servidores virtuales que por el estado de emergencia desde el mes de abril venía funcionando en un equipo rentado para tales fines.

De igual manera el soporte técnico especializado contratado se ha utilizado de acuerdo a lo planificado en cada una de las actividades de la reposición de la infraestructura y estabilización de los servicios tecnológicos.

En función del Certificado de Mantenimiento Preventivo Correctivo emitido por la Empresa MAINT CIA. LTDA. del 3 de diciembre del 2014 indica que se cuenta con dos mantenimientos preventivos anuales durante la vigencia del equipo (3 años).

Con las 100 horas de instalación y configuración especializado en la Plataforma Microsoft, se superó los problemas establecidos anteriormente, quedando los servicios de TICs funcionando, lo cual se evidencia con el memorando No. MRNNR-DTIC-ASBD-2015-0001-ME del 12 de enero del 2015.¹³⁵

Este informe recoge todos los puntos establecidos por la Resolución 045-2009 del INCOP, de fecha 9 de julio de 2010, desde el número y fecha de la resolución que declaró la emergencia hasta la indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación. Sin embargo, en lo que respecta al fondo de la situación de emergencia se puede concluir que ésta no cumple con las características señaladas por el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

¹³⁵ Informe de Superación de Situación de Emergencia del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, de 23 de febrero de 2015.

Contratación Pública, toda vez que no es imprevista ni inmediata. En este caso se declaró la emergencia para prevenir posibles perjuicios por pérdidas y fugas de los medios físicos y de información que se procesa mediante el sistema informático. Por lo tanto, esta situación no debió ser manejada a través del procedimiento de emergencia, pues no se trató de un acontecimiento grave como un terremoto, accidente, sequía u otras situaciones que tengan su origen en el caso fortuito o fuerza mayor. Al tratarse de acciones preventivas ante eventuales riesgos, éstas debieron ser consideradas por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables en su Plan Anual de Contratación.

2.3.3.2. Caso.- Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado de Abdón Calderón

La Presidenta del Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado de Abdón Calderón, mediante Resolución No. 01-2013-GPADAC de 13 de febrero de 2013, resolvió declarar la emergencia debido a que la estación invernal ha afectado el sistema vial, esto es la antigua vía Girón Pasaje en los sectores de San Javier, Naranjos, Topaly y Cercaloma, por el desbordamiento de los Ríos Chantaco, Rircay y Mandur. En la Resolución, se deja abierta la puerta para que se realice la contratación inmediata para el mantenimiento, recuperación, readecuación de la antigua vía Girón Pasaje, afectada por el temporal climático. Se le faculta al Gobierno Parroquial de San Juan para que realice de manera directa la compra de bienes, contratación de servicios, alquiler de maquinaria pesada y la ejecución de obras que fuesen necesarias.¹³⁶

El informe de salida una vez superada la situación de emergencia es diminuto pues no contiene todos los requisitos señalados en la Resolución 045-2009 del INCOP, de fecha 9 de julio de 2010. Únicamente se limita a dar a conocer, a través de las facturas emitidas por los proveedores, los recursos económicos cancelados y los trabajos realizados para contrarrestar los embates de la naturaleza que han ocasionado graves perjuicios a la Parroquia de Abdón Calderón con fecha 13 de febrero de 2013. No se señala en el informe el plazo de duración de la emergencia ni los contratos celebrados para superar la emergencia. Tampoco se determinan los resultados de la contratación. En lo que respecta

¹³⁶ Cfr. Resolución No. 01-2013-GPADAC, de 13 de febrero de 2013.

al fondo de la situación, la emergencia no ha sido motivada como manda la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni la Resolución sobre la materia, pues no se ha resaltado en la motivación si la situación es inmediata, imprevista, concreta, objetiva y probada. Además, del informe presentado se colige que se han tomado medidas para prevención de riesgos como la del “[...] encauzamiento del río Naranjos que amenazaba con salir de su cauce y ocasionar graves daños a las vivienda aledañas[...]”¹³⁷. Esto demuestra que se declaró la emergencia para prevenir posibles perjuicios por la estación invernal, que además es cíclica, por lo bien pudo haberse realizado oportunamente la limpieza y encauzamiento de los ríos del sector. Al tratarse de acciones preventivas ante eventuales riesgos, éstas debieron ser consideradas por el Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado de Abdón Calderón en su Plan Anual de Contratación. Por tal motivo, en este caso se ha desnaturalizado el significado de la emergencia.

2.3.4. Exoneración de Procedimientos Precontractuales

Las situaciones de emergencia se encuentran exoneradas únicamente de los procedimientos precontractuales comunes, sin embargo, la contratación como tal se encuentra sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General y le son aplicables todas las disposiciones relativas a la ejecución contractual, como son la celebración del contrato, la presentación de garantías, las recepciones, terminaciones, entre otros. Además, el objeto de la contratación debe estar relacionado directamente con la situación de emergencia, es decir debe servir única y exclusivamente para superar la misma. Así, en la situación de emergencia la entidad pública deberá adquirir o contratar lo estrictamente necesario para remediar los desastres o demás hechos que tengan el carácter de emergencia, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes; después de lo cual deberá retomar los procesos de selección que correspondan. Así por ejemplo, en caso de que un Consejo Provincial declare en emergencia una vía en su circunscripción, debido a un derrumbe que ha bloqueado el camino en un determinado punto, la entidad pública podría seguir el procedimiento

¹³⁷ Informe de Superación de Situación de Emergencia del Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado de Abdón Calderón, de 2 de mayo de 2013

excepcional en situación de emergencia para contratar una empresa dedicada a reforzar y estabilizar los taludes, lo que permitiría superar la emergencia. Sin embargo, en este caso, la entidad pública no podría aprovecharse de dicha emergencia para contratar de manera directa el mantenimiento de toda la vía, lo cual resultaría abusivo e ilegal. Además, en esta situación la empresa dedicada a reforzar y estabilizar los taludes se encontraría exonerada únicamente de los procedimientos precontractuales comunes, pues para la contratación en sí estaría sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Luego de haber estudiado exhaustivamente el tema de la presente tesina, se puede concluir lo siguiente:

- 1) La contratación pública vincula al Estado con el sector privado para cubrir de mejor manera las necesidades de la colectividad. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública rescató en el Ecuador los principios rectores de la Contratación Administrativa como son los de “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.” Estos principios orientan la actuación de la Administración Pública y demás intervinientes en los procedimientos de contratación.
- 2) Los principios que dan fundamento a la Contratación Administrativa se relativizan significativamente cuando la satisfacción de la necesidad pública se debe atender de una manera inmediata para superar situaciones de emergencia. Esto está relacionado con el hecho de que la emergencia está contemplada en la normativa de contratación pública como una excepción y no se rige por procedimientos precontractuales comunes, lo que no significa que se excluyan totalmente los principios rectores de la Contratación Pública, como se ha revisado en este trabajo.
- 3) Sin perjuicio de que en las situaciones de emergencia se puede escoger directamente al contratista, en detrimento de los principios de concurrencia y oposición que deben guiar la contratación pública, los artículos 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 4 de la Resolución del INCOP No. 045-2010 contemplan la obligación de la entidad contratante de publicar en la propia herramienta “Publicaciones de Emergencia”, los contratos que se suscriban en razón de la declaratoria de emergencia. Esto tiene su lógica pues se afianzan los principios de transparencia y legalidad que constituyen un control

mínimo en el procedimiento de selección del contratista, pues se constata la moralidad administrativa de la entidad contratante y su apego a lo establecido en las normas legales sobre la materia, caso contrario la declaratoria de emergencia y sus consecuentes contrataciones se considerarían simplemente elusión de procedimientos precontractuales. En vista de que eventualmente podría haber un solo oferente, no se aplicaría a esta realidad los principios de la contratación pública de trato justo, igualdad y publicidad.

- 4) De igual forma, en vista de que el procedimiento excepcional busca superar inmediatamente una situación de emergencia, no se hace necesariamente mayor énfasis en los principios de calidad y vigencia tecnológica, sino en el de oportunidad que hace referencia a la agilidad y celeridad que debe tener el procedimiento precontractual excepcional para llegar de forma eficiente y eficaz a satisfacer las necesidades de interés público en general. Por otro lado, como la normativa que regula el procedimiento excepcional deja abierta la posibilidad para contratar incluso con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni presentación de garantías, tampoco se consagra o garantiza el principio de participación nacional.
- 5) El SERCOP, como ente rector de la contratación pública en el Ecuador, ya no se limita únicamente a realizar observaciones y enviarlas a la Contraloría para que ésta cumpla con un control posterior, es decir una vez que se haya cometido el incumplimiento y causado el daño. Ahora, el SERCOP puede intervenir en la fase precontractual y suspender temporalmente el procedimiento de contratación, incluso el procedimiento excepcional para contrataciones en situaciones de emergencia, aunque no tenga todavía la potestad para ordenar la suspensión definitiva del procedimiento, pues el asambleísta únicamente le otorgó la facultad de sugerir dicha suspensión definitiva. Otra atribución que se le otorgó al SERCOP mediante la reforma del 2013, es la de asesorar a entidades contratantes y capacitar a los proveedores sobre la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los

procedimientos de contratación, lo que implica que toda consulta se podrá ventilar a través del SERCOP y no solo mediante la Procuraduría General del Estado. Sin embargo, el pronunciamiento del SERCOP, a diferencia del emitido por el Procurador General del Estado, no es vinculante para quien realiza la consulta.

- 6) El Estado de Excepción es propio de un Estado de Derecho, pues no está al margen de la Ley. Sirve como una herramienta o mecanismo eficaz que permite superar una emergencia, es decir una situación de caso fortuito o fuerza mayor, hasta regresar a la normalidad. La Constitución ecuatoriana recoge la institución del Estado de Excepción y determina la vía para su aplicación, dentro de ciertos límites y parámetros, en concordancia con lo estipulado en la Ley de Seguridad Pública y del Estado y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El marco normativo para la aplicación del Estado de Excepción es claro, sin embargo el Ejecutivo ha abusado de esta institución pues ha sido utilizada continuamente para distintos temas, sin que exista de por medio un efectivo control de constitucionalidad de las declaratorias por parte de la Corte Constitucional, las mismas que en su gran mayoría han sido declaradas constitucionales sin un mayor análisis jurídico. Muchas veces, las distintas entidades del sector público se han amparado en los decretos de excepción para escapar de los procedimientos precontractuales comunes y realizar obras dentro de las zonas declaradas en estado de emergencia. Sin embargo, estas situaciones, en muchas ocasiones, no han cumplido con los características básicas de la emergencia al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es ser concretas e imprevistas. El estado de emergencia o excepción ha sido utilizado en algunas ocasiones, a nivel provincial, para atender los daños provocados por catástrofes naturales, como inundaciones, sequías, entre otros. En estos casos, la declaratoria busca ayudar y contribuir con la provisión inmediata de recursos, por lo que se han realizado contrataciones de bienes, servicios, obras o consultorías para superar la emergencia. Por otro lado, también suele ocurrir que, cuando una entidad debe

celebrar un contrato que considera como de emergencia, solicita al Presidente de la República esa declaratoria.

- 7) Los Estados de Excepción declarados en el Ecuador, como el de la Función Judicial y Salud, analizados en el presente trabajo, son dos casos en los que no se han cumplido los principios doctrinarios y constitucionales de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Sin embargo, la Corte Constitucional, en lugar de advertir esta situación, ha declarado la constitucionalidad formal y material de las Declaratorias de estos Estados de Excepción, sin una mayor motivación, dotando de esta manera de legitimidad a estas resoluciones, lo que demuestra únicamente la preeminencia de intereses políticos por sobre cualquier postura doctrinaria o jurisprudencial. Obviamente, esta práctica común e indiscriminada ha desnaturalizado la esencia misma del Estado de Excepción que, al no estar sujeto a un control eficiente por parte de la Corte Constitucional, ha provocado que la excepción se vuelva la regla.
- 8) Durante el Estado de Excepción de la Función Judicial, desde el 26 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012, se suscribieron 209 contratos de emergencia de manera directa, por un monto total de USD \$ 244,648.048,18. En lo que respecta al Estado de Excepción en el Sector de la Salud, desde el 11 de enero del 2011 hasta el 8 de julio del mismo año, se realizaron contrataciones directas en emergencia por un monto total de \$103.766.597,70. Todas estas contrataciones se sujetaron, en uno u otro caso, a Estados de Excepción que buscaban prevenir una grave conmoción interna, en flagrante contradicción a la exigencia doctrinaria de que la emergencia sea manifiesta, evidente, objetiva, real y actual.
- 9) Las situaciones de emergencia al amparo de lo establecido en el numeral 31 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben cumplir con algunos presupuestos y características para tener dicha calidad. Así, como se ha revisado en el presente trabajo, las situaciones de emergencia deben provenir de un

acontecimiento grave, fuerza mayor o caso fortuito. Además, la situación emergencia no puede ser catalogada como tal si no cumple con ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. Por otro lado, el Art. 57 de la referida Ley, establece el procedimiento especial a aplicarse para las contrataciones en situaciones de emergencia, el mismo que carece de ciertas formalidades y exigencias que son indispensables en los procedimientos precontractuales comunes.

10) A pesar de estar claramente establecido en la Ley las características y requisitos que deben concurrir para calificar a un acontecimiento como situación de emergencia, la casuística demuestra que muchas entidades contratantes han declarado la emergencia sin una resolución motivada que justifique en derecho la aplicación del procedimiento precontractual por emergencia. De igual forma, los casos analizados dan a conocer que muchas emergencias fueron declaradas de manera infundada o haciendo una interpretación extensiva y forzada en cuanto a sus características, única y exclusivamente para cubrir la falta de planificación, eficiencia, responsabilidad o debida diligencia por parte de las entidades contratantes y sus funcionarios, quienes no hicieron su trabajo oportunamente o solo buscaban beneficiar a un contratista. Por lo tanto, en algunos casos, el procedimiento precontractual por emergencia, ha sido aplicado por ciertas entidades estatales, para evadir los procedimientos precontractuales comunes, lo que ha provocado despilfarro de recursos del Estado.

RECOMENDACIONES

1) Para evitar que proliferen los Estados de Excepción que sin el debido fundamento o motivación han desnaturalizado esta institución, la Corte Constitucional debe realizar un control imparcial y objetivo de las Declaratorias, al amparo de la Constitución y la Ley. La Corte Constitucional debe ser independiente para emitir su criterio en base a un estudio doctrinario, legal, constitucional y jurisprudencial

del Derecho, sin obedecer a intereses políticos que puedan tergiversar su decisión. Obviamente, el minimizar la intromisión de la política en la Corte Constitucional es muy difícil cuando la comisión calificadora que designa los miembros de la Corte está integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia de Control Social. En relación a este punto, ameritaría una reforma normativa constitucional en el sentido de que se modifique la conformación de la comisión calificadora de la Corte Constitucional, a fin de que disminuya la injerencia política en dicho órgano.

- 2) Para disminuir el número de contrataciones por situaciones de emergencia y evitar discrecionalidades por parte de la Administración Pública al momento de calificar la emergencia, dichas situaciones deben ser objetivamente justificadas mediante resoluciones motivadas de las declaratorias de emergencia, así como de informes de resultados que las entidades contratantes deben presentar una vez superada la emergencia. En tal virtud, la emergencia debe estar acreditada de tal manera que no quede sujeta al criterio subjetivo de los funcionarios públicos o de la entidad contratante, cuya apreciación personal podría cambiar el significado de la norma. Así, ya no se invocaría con facilidad la emergencia para omitir los procedimientos precontractuales comunes cuando exista negligencia de la entidad contratante, en cuyo caso, los funcionarios públicos serían directamente responsables de sus acciones por tratar de eludir o escapar de los procedimientos y exigencias que determina la Ley.
- 3) Además, para reducir el número de contrataciones por situaciones de emergencia y evitar la discrecionalidad por parte de las entidades contratantes al momento de calificar la emergencia, se debe trabajar en las siguientes reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:
 - a. Se debe cambiar el primer inciso del artículo 57 por el siguiente articulado:
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, **luego de lo cual el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) deberá pronunciarse en veinticuatro (24) horas ratificando o negando la situación de emergencia de manera fundamentada. El pronunciamiento del SERCOP será vinculante para la entidad.** (El resaltado es mío para indicar la reforma que se haría a la disposición)

Esta reforma legal permitiría que se realice, por parte de especialistas o asesores del SERCOP, una revisión exhaustiva en cuanto a las características y condiciones que debe reunir un hecho o acontecimiento para obtener la calidad de “situación de emergencia” en los términos señalados por el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De esta forma, se filtrarían o depurarían las emergencias y quedarían solo aquellas que provengan efectivamente de acontecimientos graves, fuerza mayor y caso fortuito, con un carácter concreto, inmediato, imprevisto, probado y objetivo. La implementación de esta revisión fortalecería un control preventivo en la fase precontractual, lo que permitiría frenar oportunamente cualquier procedimiento excepcional injustificado antes de que se haya producido sus efectos y causado daños. Este tipo de control, al ser ágil y expedito, no retrasaría cualquier procedimiento de excepción para superar una situación de emergencia calificada.

- b. Se debe cambiar el tercer inciso del artículo 102 por el siguiente articulado:
El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, **disponer** la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los

órganos de control competentes. (El resaltado es mío para indicar la reforma que se haría a la disposición)

Esta reforma legal permitiría que el SERCOP cuente con una facultad sancionadora amplia para ejercer un control más efectivo y verdadero en la fase precontractual y suspender de manera definitiva aquellos procedimientos de contratación que han incumplido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP.

- 4) El SERCOP, como órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública y en pleno ejercicio de sus atribuciones como asesor de las entidades contratantes y capacitador de los proveedores, debe inteligenciar a ambos sectores sobre la aplicación correcta de la normativa atinente a las contrataciones en situaciones de emergencia. De esta manera, los distintos agentes intervinientes conocerán las particularidades, especificaciones, características y condiciones para que un acontecimiento pueda ser calificado como situación de emergencia, así como el procedimiento a seguir para atender este tipo de hechos.
- 5) En lo que respecta a la selección de contratista dentro de una situación de emergencia, la entidad contratante debería realizar, de ser posible, un procedimiento mínimo de selección en el que participen por lo menos tres oferentes, preferiblemente habilitados en el Registro Único de Proveedores, con solvencia económica y financiera. Esto ayudaría de cierta manera a garantizar una mayor transparencia y disminuir la discrecionalidad en la contratación pública en pos de los intereses institucionales y de la sociedad en general. Un proceso mínimo selectivo rescataría algunos de los principios de contratación pública revisados al inicio de este trabajo y que se han visto afectados por las condiciones especiales de las situaciones de emergencia, como son los de concurrencia y oposición, trato justo e igualdad y publicidad, entre otros.

BIBLIOGRAFIA

i. Fuente Doctrinaria

- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2001.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da. Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Comadira, Julio Rodolfo. *La licitación pública: nociones, principios, cuestiones*. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7a. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo X. Buenos Aires: Driskill S.A., 1978.
- Expósito Vélez, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Bartolomé Fiorini. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004
- García Sanz, Agustín. *Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?*, Buenos Aires: Res Publica Argentina, 2006.
- Garófalo Salarzar, Aurelio. *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*. Quito: Pudeleco, 2003.
- Fernández Bulté, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.
- Hutchinson, Tomás. “La Emergencia y el Estado de Derecho”. *Revista de Derecho Público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- Lerner, Michelle. *La Administración Pública*. México DF: Editorial ABC., 2008.

- López Arévalo, William, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- López Nelson y Rivas Libia. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. 3ra. ed. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Manzano Ortega, Rafael Alejandro. *Brevarios Jurídicos: La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- Orestes Aguilar, Héctor. *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Pérez Antonio, López Daniel y Aguilar José, *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Rojas, Enrique. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil: Editores Edilex S.A., 2007
- Román Márquez, Álvaro. “Celebración Ilegal de Contratos Administrativos”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Genaro Eguiguren (ed). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.
- Salgado, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito: Editorial Florencia, 1996.
- Sayagués Laso, Enrique. *La Licitación Pública*. Montevideo: Editorial B de f, 2005.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.

ii. Plexo Normativo

- Código Civil, Codificación, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Decreto Ejecutivo No. 872, Econ. Rafael Correa Delgado, Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 9 de septiembre de 2011.

Decreto Ejecutivo No. 618 de 10 de enero de 2011, Econ. Rafael Correa Delgado, Registro Oficial No. 362 del 13 de enero del 2011.

Ley de Seguridad Pública y del Estado. Registro Oficial Suplemento No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, última reforma: Registro Oficial Suplemento 100, de 14 de octubre de 2013.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Resolución de Emergencia No. 01-CJT-DG-2011 de 22 de septiembre de 2011.

Resolución No. 045-2009 del INCOP, 9 de julio de 2010

Resolución No. MRNNR.D,-2014-1255-RM de 9 de septiembre de 2014

Resolución No. 01-2013-GPADAC, de 13 de febrero de 2013

Sentencia No. 0001-08-SEE-CC – Caso No. 0001-08-EE, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2008.

iii. Fuente Documentos Varios

Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos – Informe Anual 1980-1981, Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Informe de Veeduría Internacional a la Reforma de Justicia en el Ecuador, Diciembre 2012.

Informe General sobre las Declaratorias de Emergencia Publicadas en el Portal de Compras Públicas por varias Entidades que se mencionan en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública. Dirección de Auditoría de

Proyectos y Ambiental, Contraloría General del Estado, Período desde: 2008/08/04 hasta: 2009/11/15, Año 2010.

Informe de Superación de Situación de Emergencia del Gobierno Parroquial Autónomo Descentralizado de Abdón Calderón, de 2 de mayo de 2013

Informe de Superación de Situación de Emergencia del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, de 23 de febrero de 2015.

iv. Documentos publicados en internet:

Constitución para el nuevo Estado del Ecuador - 1830.
www.efemerides.ec/1/mayo/1830.htm

Diccionario de la Lengua Española. www.rae.es/recursos/diccionarios/drae

Giorgio Agamben. *El estado de excepción.* www.jstor.org/stable/27820667

Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, www.uantof.cl/transparencia/fijos/LEY19886.pdf

Silva, Alex. *Principios Rectores de la Contratación Pública contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.*
www.alexsilvacalle.blogspot.com/2011/10/principios-rectores-de-la-contratacion.html

Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Perú. www.osce.gob.pe/descarga/Ley_y_Nuevo_Reglamento.pdf

Vaca, Mónica. *El derecho de asociación aplicado en procedimientos de lista corta de consultoría cuando se ha invitado a firmas consultoras de forma individual.*
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/downloads/2014/05/Las-compras-gubernamentales-comopol%C3%ADtica-p%C3%ABblica.pdf>

www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/09/20/estado-de-excepcion

www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/salud-invierte-103-766-597-70-y-no-acaba-la-emergencia-499791.html