

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DURANTE UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA EN EL ECUADOR.**

María Cristina Martínez Recalde

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: María Cristina Martínez Recalde

Código: 00136444

Cédula de identidad: 1716191976

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA EN EL ECUADOR¹

THE APPLICATION OF THE SPECIAL REGIME IN PUBLIC CONTRACTING DURING AN EMERGENCY SITUATION IN ECUADOR

María Cristina Martínez Recalde²

mcmartinez0897@gmail.com

RESUMEN

El presente ensayo jurídico mediante un análisis normativo, determinará la idoneidad del procedimiento aplicado en materia de contratación pública durante una situación de emergencia. El procedimiento aplicable en estas situaciones de Contratación Directa, busca atender la situación emergente de una manera ágil y urgente, constituyendo un proceso más flexible dentro de sus parámetros legales y de aplicación. A raíz de los últimos acontecimientos, se ha puesto en tela de duda la idoneidad del procedimiento de Contratación Directa debido a las grandes irregularidades encontradas en los contratos estatales adjudicados durante emergencias. Razón por la cual el SERCOP se ha visto en la necesidad de emitir tres resoluciones que han guiado y establecido parámetros adicionales al procedimiento de emergencia. Cuestionando válidamente si el procedimiento especial de Contratación Directa es idóneo y suficiente para sobrepasar una emergencia o si a sido utilizado para obviar los procedimientos comunes de la contratación para beneficio propio de particulares.

ABSTRACT

The following academic essay will provide a legal analysis which will help determine the suitability of the procedure used in public hiring during an emergency situation. The application of a special procedure which allows Direct Contracts between the administration and particulars, aims to overcome the emergency in the most agile and urgent way, allowing much more flexible legal parameters than those applied during normal situations. Throughout the last events affecting the country, many concerns have been shown regarding the process of Direct Contracts due to the constant irregularities found in this type of awarder contracts. Because of this, the highest authority SERCOP has been forced to prescribe three resolutions in order to guide additional parameters to this procedure. This, has issue the suitability of the process of direct hiring contracts regarding the efficiency for overcoming catastrophic situations or if has been used to obviate regular contracts to obtain personal benefits.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por el Abg. Juan Pablo Aguilar Andrade.

² © 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.

PALABRAS CLAVE

Régimen Especial, Contratación Directa, Administración Pública, Contratación Pública, Situaciones de Emergencia.

KEYWORDS

Special Regime, Direct Contracts, Public Administration, Public Contracts, Emergency Situations.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2.MARCO TEÓRICO APLICABLE.- 2.1.MARCO NORMATIVO APLICABLE.- 2.2.ESTADO DEL ARTE RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 3.DEL OBJETO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.- 3.1.DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.- 4.DE LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA.- 4.1.DE LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA CONTEMPLADAS EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO.- 4.2.DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA.- 5.DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS.- 5.1.DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA.- 5.2.DE LAS RESOLUCIONES 104, 105 Y 106 DEL SERCOP CON RELACIÓN AL ARTÍCULO 57 DE LA LOSNCP.- 6.CONCLUSIONES.

1. Introducción

La Contratación Pública durante una situación de emergencia en el Ecuador, es actualmente un tema controvertido y el cual ha generado un gran debate a nivel nacional. Durante los últimos años, la aplicación del procedimiento especial dentro de la Contratación Pública en situaciones de emergencia, ha incrementado y ha sido utilizado considerablemente por las diferentes instituciones públicas. Los distintos contratos públicos otorgados durante situaciones de emergencia han puesto en evidencia las diferentes anomalías legales ocurridas dentro de los procedimientos de Contratación Directa lo cual, presenta un gran problema jurídico actual dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los constantes casos de grandes sumas económicas que se manejan al contratar con el Estado, han desatado grandes casos de corrupción a nivel nacional, provincial y municipal como lo son el caso del Hospital del IESS y el de la Empresa Municipal de Agua Potable y Saneamiento de Quito³. Durante el estado de emergencia por la pandemia del COVID19 la fiscalía ha abierto una gran cantidad de expedientes relacionados con los diferentes delitos de cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, entre otros delitos a nivel

³ Sara España, “Una oleada de casos de corrupción golpea Ecuador en medio de la pandemia”, *El País*, junio 4, 2020, <https://elpais.com/sociedad/2020-06-05/una-oleada-de-casos-de-corrupcion-golpea-ecuador-en-medio-de-la-pandemia.html>.

nacional, los cuales presentan un cuestionamiento válido a la idoneidad del Procedimiento Especial aplicado en las situaciones de carácter emergente⁴.

Asimismo, los diferentes manejos y la forma en la cual se ha llevado a cabo el procedimiento de contratación durante las últimas situaciones de emergencia en el país por parte de la Administración Pública, ha generado distintas opiniones acerca de la transparencia que existe dentro del procedimiento especial establecido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP). Es por esto, que el procedimiento de Contratación Directa plantea un problema actual de relevancia jurídica ya que su aplicabilidad ha puesto en cuestión si la normativa en vigor es la adecuada y suficiente para afrontar las diferentes situaciones de emergencia, o simplemente ha sido utilizada como una forma y justificativo para esquivar los procedimientos normales de contratación determinados por la ley.

A continuación, en el presente trabajo se determinará la idoneidad y viabilidad práctica del artículo 57 de la LOSNCP⁵ en cuanto a su aplicabilidad en un régimen especial de Contratación Directa durante las distintas situaciones de emergencia. Se tomará en cuenta su eficacia, motivación y transparencia con relación a las últimas situaciones de emergencias en las cuales el Estado ha aplicado el procedimiento de Contratación Directa para afrontar y sobrepasar las mismas. También, se analizará las últimas resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), mismas que han sido promulgadas con la finalidad de limitar y establecer los parámetros de aplicabilidad y funcionamiento del procedimiento de contratación en situaciones especiales. A su vez, se analizarán las características, requerimientos y

⁴ Fernando Medina, Diego Puente, “95 expedientes por corrupción durante la pandemia”, *El Comercio*, Septiembre 21, 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/expedientes-corrupcion-pandemia-coronavirus-emergencia.html>.

⁵ Artículo 57, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNCP]. R.O. Suplemento 395 de 20 de Octubre de 2008. “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”.

consecuencias de la aplicabilidad y funcionalidad de la Contratación Directa durante un acontecimiento de emergencia. De esta manera, se analizará los requerimientos para catalogar una situación de emergencia tomando en cuenta la ley y las posibles situaciones que habilitan una Contratación Directa. Se fundamentará el análisis de la idoneidad del régimen especial respecto a los principios que rigen la contratación pública en Ecuador y su aplicabilidad en el actual sistema de Contratación Directa.

De tal manera, que en el presente ensayo jurídico se utilizará el método inductivo mediante el cual se realizará un profundo análisis normativo que ayudará a determinar la idoneidad de la normativa aplicable actual respecto al régimen de Contratación Directa. Es así que, por lo antes mencionado, el propósito de este ensayo jurídico es a su vez determinar si el ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene un procedimiento, transparente y eficiente que rija idóneamente en los contratos públicos durante una de situaciones de emergencia y por ende cuestionar si cabe la aplicación del Procedimiento de Contratación Directa durante una situación que cumpla con las características mencionadas anteriormente.

2. Marco Teórico Aplicable

2.1. Marco Normativo Aplicable

El presente ensayo jurídico encuentra su fundamento en la siguiente normativa aplicable para la Contratación Pública durante una situación de emergencia. Es importante recalcar que toda actuación que provenga de la Administración Pública en materia de contratos debe tomar en cuenta los principios rectores que rigen la contratación. Por esta razón y para fundamentar el análisis jurídico que se realizará a lo largo del presente ensayo, en primer lugar, se tomará en cuenta la Constitución de la República del Ecuador. Misma, que establece dentro de su artículo 226 el principio de legalidad, el cual es la base y el fundamento del accionar administrativo⁶. Asimismo, el artículo 288 del mismo cuerpo normativo que prescribe y hace hincapié en el principio de transparencia, principio que, al igual que el de legalidad rige de manera fundamental en toda actuación administrativa⁷. Es fundamental recalcar que tanto el principio de legalidad como el de transparencia constituyen las piedras angulares mediante las cuales se rige el Derecho Público. Es por esta razón que la Administración Pública debe actuar siempre conforme a derecho y en base a sus principios rectores, de la tal forma que se puede garantizar la seguridad jurídica al evitar que

⁶ Artículo 226, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de Octubre de 2008.

⁷ Artículo 288, Constitución.

la Administración proceda a abusar de su accionar conforme a su arbitrio y discrecionalidad violentando así los distintos derechos de los particulares.

En segundo lugar, se tomará en cuenta y utilizará de forma necesaria para el presente análisis jurídico la LOSNCP, en especial se hará referencia a los artículos 4, 6, y 57 de la misma. Dichos artículos se refieren respectivamente a los principios que rigen la Contratación Pública⁸, las situaciones catalogadas como emergentes⁹ y el procedimiento a seguir para atender y superar las mismas¹⁰.

Además, se utilizarán las Resoluciones con número 104, 105 y 106 emitas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), en las cuales se delimita el alcance y aplicación del artículo 57 con lo correspondiente al procedimiento de Contratación Directa durante situaciones de emergencia. Respecto a la resolución Nro. RE-SERCOP-2020- 0104, la cual establece y delimita la manera en la cual debe proceder la motivación respectiva por medio de la cual la autoridad pública debe declarar el Estado de Emergencia. Igualmente, establece la forma en la cual debe regularse el procedimiento de Contratación Directa y detalla e incentiva el control administrativo que debe proceder mediante los informes parciales que debe emitir la Administración, asegurando y haciendo énfasis así en la transparencia que debe existir a lo largo del procedimiento¹¹.

Por su parte, la resolución No. RE-SERCOP-2020-0105 emitida por el SERCOP, establece las formalidades que las entidades públicas que se encuentren contratando durante la emergencia deberán incluir dentro del procedimiento, como lo es la publicación de sus necesidades en la pagina web institucional. Esto con la finalidad de cumplir y garantizar con los principios de transparencia, publicidad y oportunidad en la compra pública. Además, esta resolución busca reglar de manera efectiva los instrumentos y procedimientos contractuales utilizados para convenir durante la última emergencia, delimitando y controlando al procedimiento de Contratación Directa¹².

⁸ Artículo 4, LOSNCP.

⁹ Artículo 6, LOSNCP.

¹⁰ Artículo 57, LOSNCP.

¹¹ Resolución 104, Directora General Servicio Nacional de Contratación Pública [Expedir reformas a la resolución externa nro. Re-sercop- 2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, mediante la cual se expidió la codificación y actualización de resoluciones emitidas por el servicio nacional de contratación pública], Edición Especial 461 de 23 de marzo de 2020.

¹² Resolución 105, Directora General Servicio Nacional de Contratación Pública [Expedir reformas a la resolución externa nro. Re-sercop-2016- 0000072, publicada en la edición especial del registro oficial nro. 245, de 29 de enero de 2018, mediante la cual se expidió la codificación y actualización de resoluciones emitidas por el servicio nacional de contratación pública], Edición Especial 490 de 09 de abril de 2020.

De la misma manera, se utilizará en este ensayo jurídico la resolución No. RE-SERCOP-2020-0106 , ya que esta detalla las especificaciones técnicas que debe tener la entidad contratante al momento de contratar, como lo es el presupuesto referencial¹³. Estableciendo así un límite y parámetro económico al procedimiento de Contratación Directa para evitar que existan irregularidades económicas procedentes de los contratos estatales. Del mismo modo, establece una serie de restricciones y pautas para la Contratación Directa, como la delimitación de los bienes a contratar y el objetivo de la contratación de los mismo.

2.2. Estado del Arte respecto de la Contratación Pública.

El jurista Rafael Enterna, establece que se puede “definir al derecho administrativo como el conjunto de normas de derecho público interno que regulan la organización y actividades de la administración pública”¹⁴.

En relación a la aplicación de los principios en materia de Contratación Pública, Rafael Manzana Ortega resalta lo siguiente:

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 transparencia¹⁵.

Como recalca Manzana Ortega, en la contratación pública el funcionario debe actuar conforme a derecho, pero sobre todo poniendo en práctica valores como la honradez y lealtad al bienestar del Estado. Priorizando los principios rectores de la contratación pública y los valores que los funcionarios públicos que trabajan en beneficio del estado y de la ciudadanía deben tener. De tal manera que estos se puedan resaltar y reflejarse sobre todo en su accionar diario y en especial cuando los procedimientos se vuelven menos rigurosos como lo es durante una situación de emergencia.

Como menciona Marco Antonio Morales Tobar:

El obrar administrativo, no implica otra cosa que la ejecución de una norma dictada previamente y con toda certeza quien la confecciona, no siempre tendrá presente ni a la mano, todas las alternativas y vicisitudes que se generarán alrededor de la aplicación de determinada hipótesis jurídica, lo que

¹³ Resolución 106, Director General Servicio Nacional de Contratación Pública [Expedir reformas a la resolución externa nro. Re-sercop- 2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, por la que se expidió la codificación y actualización de resoluciones emitidas por el servicio nacional de contratación pública], Edición Especial 832 de 29 de julio de 2020.

¹⁴ Rafael Enterna, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 24.

¹⁵ Rafael Alejandro Manzano Ortega, *Breviarios Jurídicos: La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa* (México: Editorial Porrúa, 2004),13.

provoca que, en un momento determinado, en el cual el administrador público deba optar por la resolución, se enfrentará a una serie de circunstancias de oportunidad y conveniencia¹⁶.

Por ende, van a haber circunstancias en las cuales el legislador no va a poder prever todas las circunstancias en las cuales la normativa se va aplicar, la realidad muchas veces puede sobrepasar a la norma. Es por lo que el funcionario público va a tener que afrontar situaciones de oportunidad y conveniencia para lo cual deberá utilizar su mejor criterio y actuar conforme a los principios de contratación pública evitando así, aprovecharse de una situación de emergencia y contratar omitiendo los parámetros legales establecidos dentro del procedimiento especial.

Desde el año 2016, el Ecuador ha vivido una serie de situaciones catalogadas como “emergentes”, las cuales han dado paso a la contratación pública mediante la aplicación del procedimiento especial determinado en el Artículo 57 de LOSNCP. Este procedimiento especial de Contratación Directa tiene la finalidad de ayudar a que durante una situación emergente proceda un procedimiento ágil. Es decir, un procedimiento excepcional que ayude a afrontar una situación que se encuentra fuera de la cotidianidad sin presentar una serie de restricciones y controles legales exactos a los que se realizaría durante un procedimiento convencional. Como menciona María Paliz Núñez, “el tiempo suficiente y necesario para la superación del problema con la búsqueda y el análisis de los medios más idóneos a utilizarse para que exista un efectivo control interno y externo”¹⁷. Se puede recalcar entonces que, el régimen especial en materia de contratación debe regir mientras subsista realmente la emergencia.

Cómo se ha pronunciado actualmente acerca de este tema Juan Francisco Díaz, la Contratación Directa durante una situación de emergencia debe contener niveles básico o mínimos de verificación económica, técnica y legal, de tal forma que aunque el procedimiento necesite la agilidad y brevedad que la situación amerita, se pueda de alguna manera generar un filtro que proporcione una garantía de que el oferente seleccionado dentro de un proceso de Contratación Directa va a tener la capacidad de cumplir con el objeto del contrato.

Así mismo, Juan Francisco Díaz establece que, si bien la contratación durante una emergencia trata de un procedimiento excepcional, en esta situación en específico “ el buen criterio de las autoridades y técnicos debe salir a la luz, ya que las compras deberán estar respaldadas con

¹⁶ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001), 35.

¹⁷ María Paliz Núñez, “La Contratación por Excepción en el Ecuador y la Motivación para la Declaratoria de Emergencia”, *Working paper Universidad Andina Simón Bolívar* (2007), 4.

oportuna motivación para demostrar que lo contratado por emergencia sirve exclusivamente para superarla”¹⁸. En otras palabras, la base jurídica de la aplicación de este régimen especial es que el funcionario público actúe con la discrecionalidad correcta y en base de los principios que emanan de su cargo público, con la finalidad de que el procedimiento cumpla con la transparencia y base legal que sustente su accionar. Del mismo modo ha mencionado Juan Francisco Díaz “El terremoto del 16 de abril permitió evidenciar que la Administración Pública, a pesar de contar con disposiciones legales que definen y reglamenta las contrataciones por emergencia, al momento de llevarlas a cabo denotan importantes inconsistencias”¹⁹.

Asimismo, en su Informe de Investigación respecto a la corrupción en la Contratación Pública publicado en el 2019, Juan Francisco Díaz ha expresado lo siguiente:

Se ha tratado de establecer varios antidotos para luchar contra este mal de la administración pública denominado corrupción y la antítesis termina siendo la transparencia, un elemento que atrae, que suena muy bien, pero que el momento de llevarlo a la práctica no termina siendo tan fácil de implementarlo en su integralidad, ni otorgando los resultados anhelados por el mismo sistema burocrático complejo que ha montado el estado²⁰.

Por su parte, Cristhian José López Leones en su reciente análisis de la contratación pública en el Ecuador durante la pandemia a establecido lo siguiente:

La Contratación Pública, a través de su ente rector el Servicio Nacional de Contratación Pública ha generado directrices para que tanto las instituciones públicas como los Proveedores del Estado las MIPYMES, puedan tener una mayor participación y evitar la discrecionalidad y objetividad en las compras que se realicen durante la emergencia, a pesar de ciertos procesos que son visibles para la población que se determina en otra manera²¹.

3. Del objeto de la Administración Pública:

El fin de la Administración Pública es obtener el cumplimiento de los derechos y valores mediante la satisfacción de las distintas necesidades que pueda tener el interés general de la población dentro de un determinado Estado. Rodríguez-Arana plantea que interés general se refiere “al interés social, al interés de todos y cada uno de los ciudadanos”²². Patricio Secaria por su parte establece que “la Administración Pública es la actividad permanente, irrenunciable y concreta del

¹⁸ Juan Francisco Díaz, “Los procedimientos de emergencia en la contratación pública”, *Foro: Revista De Derecho*, (2018), 107-118.

¹⁹ “Id”.

²⁰ Juan Francisco Díaz, “La corrupción en la contratación pública”, *Universidad Andina Simón Bolívar* (2019), 1.

²¹ Cristhian López Leones, “Contratación pública y gestión de las Mipymes de Manabí durante la pandemia del Covid-19”, *Journal Business Science 1*, (2020), 73-85.

²² Jaime Rodríguez, “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas”, *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (2010), 35.

Estado para lograr sus objetivos por medio de un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico”²³. Por lo que la Administración Pública, busca alcanzar el bien común de la población al satisfacer y cumplir con sus necesidades mediante la aplicación de la justicia, los derechos y garantías establecidas por el ordenamiento jurídico del Estado. No obstante, dados los avances globales y la evolución de las distintas actividades, estilos de vida y necesidades de la población, el aparato administrativo no siempre se ha visto en la capacidad de poder cumplir y satisfacer cada una de estas necesidades y derechos por si sola. Es por esto que, se ha visto obligada a contratar con particulares, los cuales, mediante la prestación de servicios o bienes, ayudan a cumplir a la Administración Pública con su objetivo y finalidad, satisfacer las diferentes necesidades de la sociedad de una manera idónea, efectiva y justa.

Los contratos que celebra el Estado con privados son otorgados por las distintas instituciones que conforman la Administración Pública, dichos contratos se encuentran reglados mediante una normativa especial que asegura el cumplimiento a cabalidad de los distintos procedimientos mediante los cuales, las instituciones del Estado puede contratar con los particulares en virtud de la normativa expresa que rige esta materia. La LOSNCP es la normativa vigente en el Ecuador la cual, se encarga de determinar y regular a cabalidad los distintos procedimientos por los cuales el Estado puede contratar. Dentro de estos procedimientos se encuentran los procedimientos a aplicar dentro de situaciones normales según las características, objeto y precio del contrato. También, esta ley es la que determina y regula el procedimiento especial que las entidades públicas deben aplicar y seguir en caso de contratar con particulares durante una situación de emergencia. El procedimiento determinado por ley para contratar bajo estas situaciones es el procedimiento de Contratación Directa, el cual, se utiliza para obviar ciertos parámetros legales que en un procedimiento ordinario se utilizaría sobre todo en la etapa precontractual o preparatoria, esto con la finalidad de atender y sobrepasar una situación que cumpla con las características que la cataloguen como emergente de la mejor manera.

La finalidad y lo que busca la Administración mediante la Contratación Directa, es precautelar el orden y necesidades públicas los cuales al ser permanentemente cambiantes²⁴ se ven afectados a causa de una situación imprevista y emergente que al ser de improvisado y gran magnitud

²³ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 40.

²⁴ François Godicheau, “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna histórica: Universidad del País Vasco* (2013), 108.

no permite el normal funcionamiento de la contratación estatal. Dicho de otra manera, el objeto de la Administración pública durante una situación de emergencia es solventar la misma, de tal forma que el orden público sea resguardado mediante el cumplimiento y ejecución efectivo de los derechos de la población los cuales se encuentran en riesgo a causa de la situación sobreviniente. Al resguardar el orden público la Administración va a tener como finalidad y objetivo final asegurar un procedimiento transparente, legal y honesto en el cual, prime sobre todo el bien de la población y este no se vea amedrentado por los intereses particulares que pueden surgir en una Contratación Directa.

3.1. De los Principios que Regulan la Contratación Pública

Como prescribe taxativamente el artículo 4 de la LOSNCP, los principios que regulan la Contratación Pública son los siguientes: el Principio de Legalidad, Trato Justo, Igualdad, Calidad, Vigencia Tecnológica, Oportunidad, Concurrencia, Transparencia, Publicidad y Participación Nacional²⁵. Para el propósito de este ensayo jurídico se hará referencia únicamente a los principios que se aplican de manera certera dentro del procedimiento de Contratación Directa. Como establece Jaime Rodríguez-Arana, la importancia de estos instrumentos recae en que son la base de las normas que rigen la contratación pública:

Estos principios son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos al manejar fondos públicos de actuar con transparencia, de fomentar la igualdad y adjudicar el contrato a la mejor oferta con miras al interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación²⁶.

El Derecho Administrativo es una rama fundamental del Derecho Público, por mencionada razón el principio angular que regula y está presente en la Contratación Pública es el Principio de Legalidad. Primero, el Principio de Legalidad establece que el Estado y por ende sus órganos administrativos solo pueden actuar conforme a derecho, solo pueden hacer lo que la ley expresamente permite y condiciona en la forma y términos en que la misma prescribe. El principio de legalidad permite que el Estado regule y actúe en estricto apego a la ley, de tal manera que pueda cumplir con su actividad, objeto y función evitando la arbitrariedad y el abuso que pueden emanar de sus facultades exorbitantes. Vale decir que, por ende, traza un claro límite que guía el accionar de la Administración y sus funcionarios. El principio de Legalidad conduce y regula la

²⁵ Artículo 4, LOSNCP.

²⁶ Jaime Rodríguez- Arana, “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, *Derecho PUCP* (2011), 29-54.

Contratación Pública ya que limita, estructura y direcciona la contratación entre el Estado y los particulares. Obliga tanto a la entidad contratante como a los contratistas a tener las reglas de juego determinadas, un campo de juego con lineamientos, parámetros y bases legales que direccionan el accionar y regulan la contratación y sus procedimientos mediante la normativa vigente y los principios del Derecho Administrativo.

Es fundamental la aplicación del Principio de Legalidad dentro de cada uno de los diferentes contratos estatales que permite la ley y en especial dentro de la Contratación Directa. Esto se debe a que este principio permite regular el ejercicio del poder público bajo los parámetros determinados por el ordenamiento jurídico, de tal forma que ayuda evitar el abuso, la arbitrariedad y discrecionalidad de los funcionarios públicos. El principio de legalidad evita una perpetración a la seguridad jurídica de los administrados en especial durante la aplicación de un procedimiento que carece de tantos resguardos legales y por ende puede permitir el abuso por parte de las instituciones públicas.

Segundo, respecto al principio de Trato Justo, este es un principio fundamental por el cual debe regirse la Administración Pública durante el ejercicio de sus actividades. El trato justo establece que la Administración Pública no puede pretender prorrogar sus potestades exorbitantes con la finalidad de buscar la falta de equidad dentro de una contratación. La Administración debe buscar y asegurar la transparencia, homogeneidad y protección del sinalagma contractual entre precio y servicio contratado. De esta manera, el trato justo busca igualar las oportunidades en el mercado entre los diferentes oferentes dentro del país.

Durante una situación de emergencia, el trato justo consiste en evitar los sobrepagos por parte de la Administración Pública y los contratistas, busca evitar el beneficio a costa de la necesidad y situación catastrófica de una emergencia durante una contratación estatal. Este principio es fundamental pues determina que no debe existir preferencias o ventajas a favor de los distintos oferentes dentro de un procedimiento de selección directa. La aplicación de este principio debe ser tomada en cuenta cuando las actuaciones de la Administración pueden paralizarse en un procedimiento el cual prescinde de todas las regulaciones que tiene un procedimiento ordinario. Al aplicar el principio de trato justo se busca que la institución pública que se encuentre contratando durante una emergencia, no utilice el acontecimiento y necesidad de contratar para beneficio económico de propios y particulares, sino por el contrario, busque encontrar el mejor

contrato dentro de los parámetros posibles para poder adquirir una prestación que contenga equitativamente una relación precio-servicio o bien ofrecido.

Tercero, el Principio de Igualdad consiste en el trato justo entre contratistas, se refiere al trato igualitario y equitativo durante todo el procedimiento de selección y adjudicación del contrato. La igualdad ayuda a que se garantice la imparcialidad durante el procedimiento de selección dentro de la contratación. Esto significa que la entidad pública contratante dentro de una contratación debe garantizar que el proceso se realice con ecuanimidad y ética donde se pueda ponderar de manera objetiva las cualidades de cada contratista para poder escoger al mejor oferente.

En los casos de Contratación Directa durante una situación de emergencia si bien el tiempo es limitado y la etapa preparatoria carece de exhaustividad, la entidad pública debe emitir y no puede prescindir de su criterio imparcial de selección, haciendo énfasis en este principio y dejando a un lado las arbitrariedades y beneficios personales para poder seleccionar objetivamente la mejor opción dentro de un rango limitado tanto de oferentes como de tiempo y recursos. Este principio tiene como finalidad evitar que, dentro de una Contratación Directa, las relaciones e intereses personales sean los beneficiados tras la adjudicación de un contrato estatal y por el contrario se tenga en cuenta el mejor oferente independientemente de sus relaciones y estatus personales.

Cuarto, el Principio de Oportunidad hace referencia a la agilidad y eficiencia que se deben tener dentro los procesos de contratación pública, incluso más durante una situación de emergencia. Este principio da la potestad a la institución pública a determinar cuando es el momento ideal y de mayor conveniencia para contratar. El principio de oportunidad se vincula y aplica directamente en las situaciones de emergencia ya que se refiere a la agilidad y eficiencia con la cual actúa la institución pública para solventar la necesidad mediante la Contratación Directa, de tal forma que se pueda subsanar la emergencia con la celeridad que el caso amerita protegiendo prioritariamente los derechos de la población y el interés general de la misma.

Quinto, el Principio de Transparencia es fundamental y constituye el eje angular dentro de cualquier procedimiento de contratación estatal ya que presupone la evaluación de la legalidad mediante la rendición de cuentas por parte de la Administración Pública²⁷. La contratación pública debe estar manejada bajo la transparencia dentro del accionar administrativo ya que se trata del manejo y uso de recursos públicos. El mencionado principio se basa en que la Administración

²⁷ “Id”.

Pública debe actuar de inicio a fin en una contratación bajo el manto de la ley y los valores rectores de moralidad y responsabilidad. Dicho principio evita que los funcionarios públicos puedan aprovecharse de sus cargos y potestades para contratar de manera incorrecta, inmoral y abusiva con recursos del Estado. El principio de transparencia pretende que todos los actos de la Administración sean motivados, que persigan un fin certero, real y necesario de tal forma que la población pueda saber con certeza la inversión realizada y el resultado de la contratación. Es así como este principio recto de transparencia funciona como un filtro y límite al accionar administrativo mediante el cual la población conoce y se empapa acerca del manejo de los fondos públicos generando una presión social condicionada al buen manejo de los mismos.

Durante una situación de emergencia este principio no debe nunca verse condicionado, afectado o vulnerado, ya que mediante la transparencia se garantiza que la población tenga la certeza de que se está contratando de manera correcta, sin corrupción ni beneficios para los funcionarios públicos. La motivación de la situación de emergencia de una entidad pública es fundamental, de tal forma que se pueda garantizar la veracidad y certeza de la situación y que no se utilice la emergencia general como un medio para obviar los procedimientos que rigen en situaciones normales. Lo que puede resultar en la composición de un beneficio para el funcionario público y sus allegados por sobre el interés general de población.

Sexto, el Principio de Publicidad se refiere al deber que tienen las entidades públicas de informar al ciudadano acerca de la necesidad de un bien o servicio determinado, además se refiere al deber de informar en que, con quien y bajo que valor y parámetros está contratando la Administración. El principio de publicidad permite que el mayor número de interesados pueda tener conocimiento de las necesidades de la Administración y que la población esté enterada de la contratación²⁸.

Mediante la aplicación del principio de publicidad se garantizan el empleo de principios como la transparencia, pues otorga pleno conocimiento a la población de las inversiones que está realizando el Estado. Para garantizar este principio, se exige que se publiquen los procedimientos de contratación en el Portal de Compras Públicas, esto con la finalidad de que sea de libre acceso público. Este principio debe ser aplicado durante emergencias para así la población pueda tener un

²⁸ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2015),368.

informe claro y una perspectiva certera de las contrataciones y presupuesto empleados por las diferentes instituciones públicas.

4. De las Situaciones de Emergencia

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cataloga a las situaciones de emergencia como situaciones extraordinarias, que escapan de lo habitual y usual al verse expuestas a fenómenos de distintos tipos que no han podido ser previstos. Estos fenómenos imprevistos exigen al Estado a actuar espontáneamente, afrontando una nueva realidad que sale de la cotidianidad de tal manera que se pueda proceder a superar la crisis de la mejor forma. Son estas situaciones de emergencia las cuales obligan al ordenamiento jurídico y al legislador a flexibilizarse y permitir la adaptabilidad, aplicación e interpretación de la normativa a una situación excepcional para poder así superarla la misma desde el aparato legal del Estado. Asimismo, las situaciones emergentes van a obligar a la aplicación de principios rectores e interpretaciones legales para poder sobrepasar una situación que sale de lo habitual y por lo tanto puede salir del presupuesto legal que contemplan las normas.

Como menciona, Tomás Hutchinson las situaciones de excepción “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”²⁹. La declaratoria de emergencia por parte de un Estado constituye y es un acto de gobierno que tiene finalidad de precautelar los intereses y la seguridad de la población mediante la adaptabilidad y aplicación de procedimientos especiales que permitan aventajar una situación excepcional. El ordenamiento jurídico ecuatoriano debe acogerse estrechamente e ir de la mano de los principios rectores que permitan la adaptabilidad de todo el aparato administrativo, con la finalidad de poder regular de manera certera una situación especial que requiere y necesita de la contratación pública urgente para poder abastecer y solventar las necesidades inmediatas de la población.

4.1. De las Situaciones de Emergencia contempladas en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Las situaciones excepcionales requieren procedimientos excepcionales para poder continuar garantizando el cumplimiento de los diferentes objetivos y necesidades estatales y de la población. La LOSNCP, establece y prescribe un procedimiento excepcional para afrontar las

²⁹ Tomás Hutchinson, “La Emergencia y el Estado de Derecho”, *Rubinzal-Culzoni: Revista de derecho público* (2002), 31.

situaciones de emergencia, dicho procedimiento busca que se realice la contratación pública con celeridad y eficiencia. El numeral 31 del artículo 6 de la mencionada ley prescribe que las situaciones de emergencia son:

Aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva³⁰.

Como se puede destacar de la norma antes señalada, la situación de emergencia alude a diferentes hechos certeros, extraordinarios e impredecibles cuya relevancia y peligro superé cualquier situación previsible o que se considere normal. Consecuentemente, en estas situaciones de emergencia se puntualiza escenarios que constituyen un caso fortuito o de fuerza mayor. El artículo 30 del Código Civil ecuatoriano establece que “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir”³¹.

Si bien para el legislador ecuatoriano no existe ni establece ninguna diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, la doctrina si establece ciertas diferencias que permiten distinguir al uno del otro. Se puede determinar que el primero se trata de un hecho excepcional que no proviene ni es generado por la naturaleza³². Se puede evidenciar que, se trata de un hecho que, si bien podría llegar a ser previsible, las situación y acontecimiento en el que se genera el suceso es completamente irresistible. Mientras que el segundo se refiere a un acontecimiento proveniente de la naturaleza, es decir, completamente independiente de la voluntad del hombre que es tanto imprevisible como irresistible³³.

4.2. De las características de las Situaciones de Emergencia

Van a existir situaciones de carácter inadvertido y de tal gravedad las cuales, requieren que la Administración Pública otorgue una solución ágil para contrarrestar los daños producto de la emergencia. Esas circunstancias excepciones permiten que las instituciones públicas contratantes puedan aplicar un procedimiento rápido y preciso que permita superar idóneamente el contexto excepcional. La ley ecuatoriana reconoce y acepta la aplicación de un procedimiento emergente dónde basta que la entidad contratante cumpla con ciertos requisitos mínimos para poder elegir a

³⁰ Artículo 6, LOSNCP.

³¹ Artículo 20, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 46 de 08 de julio de 2019.

³² 107 Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, (Buenos Aires: Editorial Heliasta) 108.

³³ “Id”.

su discrecionalidad la contratación con un determinado particular sin la necesidad de aplicar un procedimiento común para dicha contratación. Como prescribe el artículo 6 de LOSNCP en su numeral 31, una situación de emergencia para ser considerada como tal debe cumplir con las siguientes características: concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva³⁴. Es necesario que, para poder aplicar un régimen de contratación especial, se puedan comprobar y verificar las características que permiten la constitución de una emergencia real. Esto con la finalidad de que no se utilice este procedimiento excepcional únicamente para obviar los parámetros legales establecidos en el resto de contratos estatales que aplican en situaciones comunes.

Concreta, alude a un hecho o situación determinado, particular y exacto. Para ser considerado un hecho concreto es importante que se pueda delimitar con exactitud al acontecimiento específico que está afectando al interés general del Estado y el cual se busca superar mediante la declaración de emergencia. Por ende, no puede ser o constituir un hecho vago o general, debe tener características exactas y claras que permitan su delimitación.

Inmediata, se refiere a que el determinado hecho o situación ya sea de caso fortuito o fuerza mayor produzca sus efectos repentinamente, es decir ocasione perjuicios relevantes en ese momento en el cual se está desarrollando.

Imprevista, hace referencia a que la situación determinada no ha podido preverse, en el sentido de que existe un desconocimiento de la magnitud de lo que va a suceder u ocasionar. Esta característica se refiere a que la situación catalogada como emergente haya sido inesperada por lo que no permitió el tiempo para poder subsanarla y evitar sus efectos y desenlaces es las diferentes magnitudes. Se puede decir al tratarse de una situación imprevista, que se trata de un hecho o situación que no se ha podido prever en la medida en que no se la ha planificado ni se la ha tomado en cuenta con anterioridad al hecho como tal o a su vez a la magnitud de su desenlace.

Probada, se refiere a que la situación la cual se está alegando efectivamente exista y constituya una emergencia que afecta a la entidad pública. Esto es que la situación alegada constituya una verdad que puede ser probar a través de diferentes hechos que comprueben su existencia veracidad.

Objetiva, hace referencia a un hecho imparcial que nace del objeto como tal, nace de un caso fortuito o de fuerza mayor que no ha sido motivado o detonado por intereses personales de

³⁴ Artículo 6, LOSNCP.

una persona o grupo de personas, es decir se da por las características de las situaciones como tales.

5. Del Procedimiento Especial de las Contrataciones en Situación de Emergencia.

Para poder aplicar la Contratación Directa por emergencia la institución pública debe cumplir con ciertos requisitos esenciales para la declaratoria de la misma. La declaratoria motivada debe contener fundamentos de hecho y de derecho mediante razones jurídicas que validen la existencia de la situación de emergencia. Debe, además, constituir una situación manifiesta e imprevista, la primera hace alusión a que tal situación debe ser actual, grave, clara e improrrogable. Mientras que la segunda, se refiere a que debe constituir un hecho o efecto inadvertido e inesperado, razón por lo que la Administración no lo ha podido prever o planificar.

Cómo establece la Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7 inciso 1, la declaratoria de emergencia por parte de la entidad contratante debe ser motivada, misma que debe determinar en ella claramente los fundamentos de hecho y derecho que justifiquen la declaratoria de emergencia para poder así aplicar un régimen de contratación excepcional³⁵. La motivación constituye una garantía al debido proceso ya que mediante la misma se legitima que efectivamente la Administración Pública está actuando conforme a derecho asegurando el cumplimiento de la seguridad jurídica y el interés general del Estado al aplicar un régimen excepcional en materia de contratación.

El procedimiento de contratación que rige durante emergencias se encuentra prescrito en el artículo 57 de la LOSNCP, mismo que estipula las situaciones en las cuales una vez motivada la declaración de emergencia, la contratante está habilitada para aplicar el procedimiento de Contratación Directa³⁶. Misma normativa taxativamente establece la responsabilidad de la máxima autoridad para declarar la emergencia y poder contratar mediante la Contratación Directa. De tal forma que al aplicar este procedimiento se puedan obviar los procedimientos precontractuales que ordinariamente se llevarían acabo para así poder atender a la situación emergente que se busca superar de manera inaplazable y urgente.

La motivación de la declaratoria de emergencia, establece la formalidad esencial para poder aplicar el procedimiento especial, esto es fundamental ya que funciona como un filtro de validez y certeza de la efectiva existencia y necesidad de aplicar un procedimiento de Contratación Directa.

³⁵ Artículo 76, Constitución.

³⁶ Artículo 57, LOSNCP.

La motivación constituye un requisito esencial para que proceda el acto administrativo mediante el cual se ratifica la necesidad y la urgencia de la contratación a través un procedimiento que, al ser de carácter ágil e inminente es limitado en cuanto a su exigencia legal y procedimental. En la mencionada motivación se debe establecer la fecha del inicio de la emergencia al igual que el hecho o situación sobreviniente que se busca superar mediante la adquisición urgente y de imprevisto que se busca sobrepasar. Misma que para ser válida debe cumplir a cabalidad con las características esenciales de la emergencia antes mencionada. La motivación va a determinar las necesidades urgentes e imprescindibles que debe enfrentar la entidad contratante mismas que deben estar detalladas y claras con la finalidad de que efectivamente se esté utilizando el procedimiento de Contratación Directa para sus fines legales y no para obviar, contratar y utilizar el procedimiento para evitar los mismos.

La resolución motivada donde se declara el suceso emergente instituye el parámetro o requisito fundamental que marca el inicio de un procedimiento de Contratación Directa. Dicha resolución debe estar publicada en el portal institucional de COMPRASPÚBLICAS donde se establezca un informe detallado que instaure las contrataciones realizadas durante la emergencia al igual que un claro referente del presupuesto utilizado, los resultados y beneficios obtenidos. Esta información es pública y podrá igualmente estar al alcance tanto de la autoridad como de la población para que mediante la aplicación del principio de transparencia se pueda realizar un control permanente a la Administración Pública que se encuentre contratando.

5.1. De la Contratación Directa

El procedimiento de Contratación Directa es el procedimiento determinado por la LOSNCP para regular los contratos otorgados por la Administración Pública durante una situación de carácter emergente. Como se mencionó en el apartado anterior, el procedimiento de emergencia está regulado en el artículo 57 de la LONSCP, sin embargo, no existe una regulación legal expresa en la cual se determina el procedimiento para la selección del contratista a diferencia del resto de contratos públicos. Por esta razón, se puede entender que la intención del legislador, es que dada la emergencia y la necesidad inminente de superar la misma, la selección del contratista en este procedimiento debe estar sujeta al criterio y discrecionalidad de la máxima autoridad de la entidad contratante.

La característica esencial del procedimiento de Contratación Directa es la omisión de filtros de control y pasos a seguir durante la etapa precontractual de la Contratación Pública. Por esto,

para la adjudicación de este contrato, no se establece un procedimiento que permita una comisión o regulación independiente e imparcial que revise y califique las ofertas. Esta revisión, consolidación y justificación del contrato es responsabilidad única de la máxima autoridad de la entidad pública. El artículo 57 de LONSCP permite a la entidad contratante seleccionar de manera unilateral y subjetiva al proveedor que considere que cumple con la mejor oferta incluso, si este contratista es una empresa extranjera y no cumple con los requisitos y garantías obligatorias que rigen en los contratos públicos en situaciones comunes³⁷. De igual manera, dichas garantías esenciales para la adjudicación de otros contratos públicos, durante la Contratación Directa podrán verificarse de manera ex post y no en la etapa precontractual antes de adjudicar el contrato.

5.2. De las resoluciones 104, 105 y 106 del SERCOP con relación al artículo 57 de LOSNCP.

Es indudable que durante una situación de emergencia debe primar una contratación rápida, ágil, pero sobre todo efectiva, misma que permita la adquisición de bienes y servicios necesarios para proteger el interés general de la población lo antes posible. La emergencia no cambia la contratación pública en el sentido de que en esta deben primar los valores y principios que rigen ordinariamente en la contratación, lo que si cambia durante una emergencia son las normas de integridad ya que estas permiten eludir excepcionalmente ciertos controles administrativos.

La emergencia sanitaria a causa del COVID-19 constituyó sin lugar a duda un desafío para la Administración en materia de Contratación Pública. El artículo 57 de la LOSNCP, permite y otorga una cierta libertad casi absoluta al funcionario público al poder seleccionar y adjudicar contratos estatales a su discrecionalidad y criterio. Misma libertad normativa, permitió que se den grandes casos de corrupción dentro de la Administración al existir adjudicaciones con sobreprecios, irregularidades a la hora de selección e imparcialidades que beneficiaron el interés económico de particulares y perjudicaron al interés estatal y de la población. La exigencia de los Datos Abiertos por parte del SERCOP permitió evidenciar y transparentar los datos precisos de las grandes sumas económicas invertidas por parte del Estado en contratos llenos de irregularidades legales y morales.

Por estas razones, es válido el cuestionamiento al procedimiento de Contratación Directa en cuanto a su efectividad en la práctica en especial durante una pandemia, dónde la emergencia constituye una amenaza a la vida de la población del Estado. El procedimiento de Contratación

³⁷ Artículo 57 LOSNCP.

Directa permite que se contrate en base a una normativa relajada y ligera, misma que permite la agilidad para poder solventar una emergencia. Es un procedimiento que presenta un desafío a la Administración Pública porque pone en tela de duda y cuestiona la moral y los valores del servidor público en el sentido en que durante este procedimiento debe primar su criterio y objetividad a la hora de contratar.

Se puede llegar a decir entonces que la emergencia dejó en evidencia a la efectividad e idoneidad del alcance de la normativa aplicable para este tipo de situaciones. Si bien los riesgos de fraude y corrupción siempre están presentes en los contratos estatales, se puede llegar a cuestionar si el procedimiento de Contratación Directa permite de manera deliberada que los agentes del estado abusen de su posición de poder para el beneficio propio y de terceros.

Tal fue la magnitud de las irregularidades legales a lo largo de la pandemia, que la normativa aplicable no fue suficiente para poder superar la emergencia de la misma. Debido a esto, el SERCOP se vio en la necesidad de emitir tres resoluciones que delimiten el procedimiento establecido de Contratación Directa al igual, que el alcance del mismo establecido en la normativa vigente en el país.

5.2.1. Respetto de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020- 0104

El 19 de marzo del 2020, la Directora del SERCOP emite la resolución 104, misma que establece, regula y delimita el procedimiento de Contratación Directa vigente y aplicado durante la emergencia del COVID-19. Misma resolución amplía el alcance del procedimiento y establece ciertos parámetros de control a aplicar en el procedimiento de Contratación Directa. La Resolución 104, hace énfasis en la declaratoria de emergencia por parte de la entidad contratante, misma que debe ser motivada en el sentido en que garantice que efectivamente esa específica institución pública se encuentra en emergencia y es imposible por ende aplicar un procedimiento común. Lo que busca esto es limitar que cualquier institución pública se aproveche de una situación de emergencia a nivel nacional para poder aplicar un procedimiento especial sin no es completamente necesario. Igualmente, la resolución establece la importancia de publicar inmediatamente en el Portal de COMPRASPÚBLICAS la resolución donde se declara la emergencia, constituyendo un habilitante para poder aplicar el procedimiento especial. Esto permite que los datos e información de la contratación durante la emergencia puede ser transparentes y públicos.

Dentro de esta resolución asimismo se establece que la entidad contratante deberá recopilar toda la información generada durante la emergencia en un expediente, logrando que se pueda

controlar el accionar de las instituciones publicas que se encuentren contratando durante la emergencia. Agrega además al procedimiento de contratación durante situación de emergencia el requisito esencial de la existencia de una “relación directa y objetiva entre la emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación para suplir una necesidad actual y emergente”³⁸. De esta forma el ente rector busca prever que la institución contrate bienes y servicios mediante el procedimiento especial que no sean necesarios para contrarrestar y superar la emergencia, previniendo que el procedimiento sea utilizado para obviar los parámetros legales de los procedimientos comunes.

Respecto a la situación económica, la resolución agrega al procedimiento la necesidad de que la institución pública tenga un presupuesto referencial de los bienes y servicios a contratar de esta manera que pueda existir un control respecto a los sobrepuestos que puedan concurrir en el mercado. Ratifica la importancia de que la máxima autoridad seleccione los proveedores de manera transparente y que la oferta constituya los mejores costos según el bien o servicio. Sobre todo, la resolución agrega la incorporación de informes parciales de las contrataciones realizadas por la contratante de tal forma que el SERCOP pueda estar al tanto. Por lo que se puede decir que, mediante esta resolución el SERCOP busca delimitar el alcance del artículo 57 al igual que generar regulaciones que permitan el funcionamiento correcto y cumplimiento del objetivo de la Contratación Directa. Por lo tanto, la Resolución 104 no aporta una modificación sustancial a la normativa vigente como tal, pero si aporta una modificación exhaustiva a la aplicación correcta del procedimiento especial de contratación pública. Esta modificación a la aplicación del procedimiento hace énfasis especial en la transparencia y control que se debe tener por sobre la contratación realizada durante este periodo excepcional.

5.2.2. Respecto de la Resolución No. RE-SERCOP-2020-0105

El 06 de abril del presente año el SERCOP se ve en la necesidad de emitir una segunda resolución respecto al procedimiento que regula la contratación durante una situación de emergencia. Establece en la resolución 105, la necesidad de que en las contrataciones cuyo objeto sean la adquisición de “fármacos, dispositivos o insumos médicos, reactivos bioquímicos o de diagnostico, y demás bienes estratégicos en salud”³⁹, se dará por cumplido el análisis de oferta en el mercado cuando las entidades contratantes publiquen sus necesidades en la web institucional.

³⁸ Resolución 104, SERCOP.

³⁹ Resolución 105, SERCOP.

Es ahí donde en un tiempo definido la contratante podrá seleccionar la oferta que más le convenga, sin embargo, debe tomar en cuenta para la adjudicación del contrato las condiciones actuales de oferta y demanda del bien dentro del mercado actual.

Al emitir esta resolución el SERCOP busca limitar la Contratación Directa en el sentido de que debe existir un parámetro a seguir en cuanto a la necesidad de la contratante por contratar y el bien o servicio que va efectivamente a contratar. En esta situación se busca delimita la discrecionalidad de la máxima autoridad de la entidad contratante otorgada por la LOSNCP mediante parámetros y límites económicos en los cuales se deberá proceder a contratar, es decir el precio del mercado actual del bien o servicio a adquirirse. Previendo así que la discrecionalidad que tiene la autoridad competente le permita contratar por emergencia con cualquier oferente sin considerar objetivamente el precio del bien o servicio en el mercado actual.

Igualmente, la resolución establece la necesidad de la presentación de facturas y contratos adjudicados ya sea por medios físicos o electrónicos de los bienes o servicios contratados durante la emergencia. Esto con la finalidad de que exista un detalle del gasto realizado en relación al objeto o bien adquirido para que así la entidad pueda someterse a un control por parte de la máxima autoridad. El tener la documentación de la contratación al día en cualquier medio, permite que se lleve tanto un control interno de la entidad pública como un control externo por parte de las autoridades estatales, para así poder tener la certeza de las necesidades afrontadas en la emergencia, la contratación de determinados bienes y servicios, el precio de los mismos y la relación contractual por parte de las partes.

5.2.3. Respetto de la Resolución No. RE-SERCOP-2020-0106

Posteriormente, el 16 de julio del 2020, el Director General del SERCOP expide la resolución 106. Mediante la cual se solicita que la entidad contratante durante las contrataciones por emergencias debe en las especificaciones técnicas y estudio de mercado agregar las proformas y cotizaciones recibidas por parte de los proveedores, misma deben ser desglosadas y enumeradas detallando claramente cada bien o servicio que conforman el objeto contractual. Esto significa que las entidades contratantes deben tener al día y al detalle la información proporcionada por parte de los oferentes, de tal forma que se asegure que el procedimiento de emergencia se está utilizando para la contratación de bienes o servicios que forman parte esencial para poder solventar la emergencia.

La resolución 106, de la misma forma establece que las personas naturales o jurídicas ya sean nacionales o internacionales que tengan la intención de ser proveedores del Estado al momento de su inscripción, deberán seleccionar únicamente los bienes o servicios que guarden relación directa con su actividad económica registrada. Esto con la finalidad de que efectivamente se proceda a contratar con oferentes que se dediquen a la actividad económica que ofertan para de tal manera evitar que la adjudicación del contrato termine en beneficio del funcionario público y sus terceros allegados. También y de manera muy relevante la resolución establece que la máxima autoridad de la entidad contratante durante un procedimiento de emergencia, debe calificar y por ende verificar que los proveedores cumplan con los requisitos de idoneidad “capacidad jurídica, económica y técnica”⁴⁰, misma calificación que debe constar en un acto administrativo debidamente motivado. Esto es fundamental ya que establece otro parámetro más que debe cumplir la Contratación Directa, es decir ya no solo se debe tomar en cuenta la urgencia de la contratación, pero inclusive la idoneidad de con quien se contrata. De tal forma que sirva como una garantía que se efectivamente se está contratando con un oferente que va a proporcionar un servicio idóneo para sobrepasar la emergencia.

A su vez, la resolución establece que los contratos de emergencia a excepción de aquellos destinados a la adquisición de insumos médicos o bienes estratégicos para la salud deberán contener ciertos documentos en los que conste los requerimientos de intervención técnica, procedimental y económica. Esta información permitirá que el proveedor sepa el alcance de su intervención y pueda aceptar a las condiciones de la misma en los documentos destinados para la ejecución del contrato. Buscando así que los posibles proveedores puedan realizar al detalle la propuesta económica que efectuarán a la entidad contratante. Una vez se encuentra realizado el detalle y la propuesta económica, esta será analizada por la máxima autoridad donde esta deberá revisar si la propuesta cumple con las características de idoneidad antes mencionadas. Esto representa otra especificación para la adjudicación de un contrato mediante de el procedimiento especial para contratar en situaciones de emergencia.

También la resolución prescribe la prohibición de realizar procedimientos de emergencia de bienes o servicios que se encuentren catalogados. Esta restricción al procedimiento de Contratación Directa se encuentra para los bienes que consten en el catalogo electrónico. Salvo en los casos en los cuales la máxima autoridad de la entidad mediante resolución motivada, establezca

⁴⁰ Resolución 106, SERCOP.

la inconveniencia de la provisión de los bienes y servicios que se encuentran en el catálogo electrónico debido a que según su criterio estos impidan atender o superar la emergencia. De tal manera que mediante esta restricción se busca que la entidad acuda a realizar los procedimientos comunes en los bienes y servicios que se encuentren en el catálogo electrónico antes de acudir a contratar directamente los mismos mediante el procedimiento de Contratación Directa, restringiendo así el alcance del mismo.

6. Conclusiones

Una vez finalizado el análisis de la normativa en vigor en lo que cabe respecto al procedimiento de contratación pública durante situaciones de emergencia se puede concluir lo siguiente. La contratación pública se utiliza como un mecanismo de contratación donde el Estado contrata con particulares con la finalidad de precautelar el interés general de la población, sus derechos y necesidades. Los principios rectores que regulan la contratación pública como los son la legalidad, trato justo, igualdad, transparencia y publicidad guían y delimitan la actuación de la Administración durante todo el proceso de contratación.

Los principios rectores reconocidos por la normativa ecuatoriana, deben estar presentes dentro de todos los contratos estatales ya que estos determinan y tutelan la actividad de la Administración y su correcto accionar. Si bien dentro de una situación de emergencia, al ser considerada como un hecho imprevisible y de urgencia, algunos principios de la contratación pueden verse omitidos dentro de todo el iter contractual a causa de la emergencia, principios como el de igualdad y transparencia deben permanecer fundamentalmente presentes en este tipo de contrataciones ya que complementan a la normativa en vigor. Esto debido a que estructuran y presentan un control necesario a la contratación por emergencia, logrando que la Administración cumpla con el objeto de la contratación de manera correcta y clara.

La motivación de la declaratoria de emergencia constituye una parte fundamental para la aplicación del procedimiento excepcional, de tal manera que se garantice que las instituciones públicas se amparen en los decretos de excepción irracionalmente para omitir los procedimientos de contrataciones comunes y realizar así contrataciones estatales aprovechándose de un estado emergente. Es fundamental que para declarar la emergencia las mismas cumplan con ciertas características como ser concretas e imprevistas, para que se asegure certeramente que el procedimiento se está utilizando para sobrepasar efectivamente una situación de emergencia. Como establece el artículo 31 en su numeral 6 de la LOSNCP, las situaciones de caso fortuito o

fuerza mayor catalogadas como emergentes deben ser concretas, inmediatas, imprevistas, probadas y objetivas. De tal forma que conforme el artículo 57 del mismo cuerpo normativo proceda a aplicarse el procedimiento de Contratación Directa, mismo que promueve la rapidez y agilidad en la contratación pública.

El procedimiento de Contratación Directa, es un procedimiento que carece de ciertas formalidades y exigencias de tal forma que se pueda garantizar la brevedad de la contratación y así se pueda subsanar eficientemente una emergencia. La falta de una estricta regulación permite una cierta relajación en la normativa aplicable la cual ha permitido que se omitan ciertos parámetros legales como la motivación administrativa, un presupuesto referencial o un estudio de mercado, permitiendo que muchas instituciones publicas se aprovechen de esto para contratar con sobreprecio, sin tener en cuenta el precio objetivo del mercado, sin estar dentro de una emergencia certera, o bien contratar con proveedores que no representan la mejor opción para el interés general.

La regulación normativa en vigor se vio sobrepasada durante la pandemia, durante los primeros meses de la misma la mayoría de contratos otorgados por el Estado ya presentaban irregularidades dentro del proceso de contratación. Existieron grandes casos de irregularidades contractuales a nivel nacional tanto de corrupción como delitos contra la Administración Pública. La ligereza con la que se sobrepasaba por sobre la normativa vigente, puso en cuestión no solo a la efectividad de la normativa aplicable, pero a la validez del sistema jurídico ecuatoriano. Si bien, una Contratación Directa debe proceder durante una situación de emergencia, porque lo fundamental es sobrepasar la emergencia que esta afectando a los derechos e intereses de la población. La misma presenta un cuestionamiento a su idoneidad, si efectivamente se utiliza este procedimiento para sobrepasar una emergencia o si se lo utiliza para omitir ciertos procedimientos legales que se encuentran vigentes en los procedimientos normales.

Las resoluciones por parte del SERCOP durante los meses de la emergencia sanitaria certificaron que las dudas respecto a la transparencia y objetividad dentro del procedimiento de Contratación Directa eran reales. Las resoluciones por lo cuanto constituyen un limite y regulación de manera más rigurosa a la Contratación Directa prescrita en el artículo 57. Estableciendo controles a cumplir dentro del procedimiento con la finalidad de asegurar que el procedimiento de Contratación Directa se encuentre direccionado a beneficiar a la población y no a convertirse en la escapatoria perfecta para omitir los parámetros legales normales y beneficiarse particularmente

de los mismos. Las resoluciones hacen énfasis en la correcta aplicación del procedimiento de Contratación Directa, y buscan precautelar los principios de legalidad y transparencia mediante los controles a la entidad contratante como la publicación en la web institucional de sus contrataciones y actividades en lo que subsiste la emergencia. Por lo que se puede concluir que, si bien durante una situación de emergencia debe proceder el procedimiento de Contratación Directa al verse en juego los derechos e intereses de la población, el procedimiento tal y como está regulado en el artículo 57 no permite el cumplimiento idóneo y efectivo de la Contratación Directa. Es correcto decir que en la Contratación Directa debe ante todo primar la agilidad y brevedad del procedimiento, pero a su vez no se debe dejar de lado ciertos parámetros regulatorios como el precio del mercado de los bienes, la motivación de la declaratoria de emergencia, el control de los bienes que se adquieren y de quien se adquieren y la certera transparencia en el accionar administrativo. Para que de tal forma se asegure certeramente que la contratación especial cumple con su última finalidad y no constituye un eslabón para generar perjuicios a la Administración y al Estado.