

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia:
análisis de la normativa y desarrollo pragmático en Ecuador**

Karol Valeria Pozo Samaniego

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: Karol Valeria Pozo Samaniego

Código: 00137047

Cédula de identidad: 0604003889

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

**PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA:
ANÁLISIS DE LA NORMATIVA Y DESARROLLO PRAGMÁTICO EN ECUADOR¹**

**EMERGENCY PROCUREMENT PROCEDURES: ANALYSIS OF REGULATIONS AND
PRAGMATIC DEVELOPMENT IN ECUADOR**

Karol Valeria Pozo Samaniego²
karolpozo1999@gmail.com

RESUMEN

En Ecuador, el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia ha sido un medio para el cometimiento de múltiples delitos, cuestión de la que el Derecho Penal se ha hecho cargo; El presente ensayo jurídico aborda el tema desde el Derecho Administrativo, con el objetivo de conocer donde reside el problema; haciendo uso de metodología analítica e inductiva, con las cuales, se analiza la normativa ecuatoriana existente, su aplicación en procedimientos de contratación, los sistemas habilitados por el Sistema Nacional de Contratación Pública y los mecanismos de control ejercidos por parte de las entidades correspondientes a los procedimientos. De esta manera, se concluyó que, el problema no radica en el ordenamiento jurídico que regula este procedimiento de contratación, sino, en su errónea aplicación por parte de los funcionarios públicos y, por otro lado, en la inoperancia de los mecanismos de control que existen sobre los contratos públicos en situaciones de emergencia.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, emergencia, control, excepcional, procedimiento.

ABSTRACT

In Ecuador, the emergency procurement procedures has been a means of committing multiple crimes, an issue that has been taken up by the Criminal Law. Therefore, this legal essay addresses the issue from the perspective of Administrative Law, with the aim of knowing where the problem lies. Using analytical and inductive methodology, with which, the existing Ecuadorian regulations are analyzed, their application in contracting procedures carried out, the systems enabled by the SERCOP and the control mechanisms exercised by the entities corresponding to the procedures. In this way, it was concluded that the problem does not lie in the legal system that regulates this contracting procedure, but in its erroneous application by public officials and, on the other hand, in the inoperability of the control mechanisms that exist on public contracts in emergency situations.

KEYWORDS

Public procurement, emergency, control, exceptional, procedure.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

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 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, autorizó 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.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN - 2. MARCO NORMATIVO - 3. MARCO TEÓRICO – 4. ESTADO DEL ARTE – 5. LEGISLACIÓN ECUATORIANA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA – 5.1. DIFERENCIACIÓN DE LA “SITUACIÓN DE EMERGENCIA” CON OTROS ESCENARIOS JURÍDICOS – 5.2. RESOLUCIONES RECIENTES DEL SERCOP – 6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA “SITUACIÓN DE EMERGENCIA” – 7. PRINCIPIOS LEGALES QUE RIGEN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA – 7.1 PLATAFORMAS HABILITADAS POR EL SERCOP – 8. REVISIÓN Y ANÁLISIS DE PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES - 8.1. ESMERALDAS 2010: REFINERÍA DE ESMERALDAS – 8.2. GUAYAQUIL 2016: SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES – 8.3. PORTOVIEJO 2011: RECETARIOS HOSPITAL DE PORTOVIEJO - 9. CONTROL EX POST – 10. RECOMENDACIONES - 11. CONCLUSIONES

1. Introducción

Los contratos públicos en situaciones de emergencia son aquellos dirigidos al cese de circunstancias excepcionales de fuerza mayor, calamidad, desastres³, entre otras causales. Se caracterizan por tener un proceso abreviado de contratación, conocido como contratación directa⁴ o procedimiento negociado⁵. Asunto que implica la “relajación de la normativa”⁶ justamente para atender las situaciones apremiantes.

Ecuador, en los últimos años ha sido víctima de acontecimientos que han requerido de contrataciones públicas en situaciones de emergencia, como lo es el terremoto de 2016 o la actual pandemia por COVID-19; sin embargo, también se han presentado eventos de menor escala que han habilitado dichos procedimientos.

Entre los numerosos contratos de emergencia celebrados por las entidades estatales, la corrupción y otros delitos han encontrado un espacio para inmiscuirse en reiteradas ocasiones, situación de la que se ocupa el Derecho Penal. No obstante, la respuesta del por qué se configuran aquellos delitos debe ser dada por el Derecho Administrativo, ya que el procedimiento de contratación en cuestión es parte de esta área del Derecho.

De esta forma, el presente ensayo utilizará como metodología de investigación el método analítico e inductivo; mediante los cuales, se realizará a lo largo del presente ensayo un análisis de la normativa ecuatoriana, como de sus elementos o requisitos más importantes, además, a través de procedimientos de contratación en situaciones de

³ Ver, Bertha Cecilia Rosero Melo, *Contratación Estatal* (Bogotá: Ediciones de la U, 2016), 189.

⁴ *Id.*

⁵ Ver, Luis Lloret, *Novedades de su Regulación en Contratación Pública – II* (Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1997), 212.

⁶ Marco Cerletti. “Seminario Virtual: Fraude y Corrupción en Tiempos de Crisis” (webinar, Grupo Banco Mundial, 01 de octubre de 2020)

emergencia se demostrará el problema planteado, es decir, se brindará conclusiones generales partiendo de casos específicos, y, por último, se relacionarán diversos tópicos que demuestran la existencia de la problemática, como lo son los mecanismos de control que giran entorno dicho procedimiento de contratación.

En cuanto al desarrollo del presente ensayo, primero, se expondrá de manera general la normativa legal que regula al procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, como también, aquella que hace referencia a regímenes o situaciones que se encuentran relacionados con este para establecer su diferenciación, como lo son: el estado de excepción y el estado de emergencia sanitaria.

A continuación, se presentarán las teorías que giran en torno a la forma de legislar o regular la contratación directa o procedimiento negociado; además, se expondrá el estado del arte de la temática planteada; haciendo alusión a autores importantes y destacados que se han pronunciado de manera general, como también aquellos que se han referido a la problemática de manera más específica.

Subsiguientemente, se procederá a realizar un análisis en relación con la normativa y las últimas reformas legales del procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia. De igual forma, se hará referencia a los principios legales que predominan en los contratos de este tipo, los sistemas o plataformas habilitados para la publicación de los procesos de contratación y la problemática existente alrededor de estos.

Asimismo, se mostrará los elementos, tanto legales y doctrinarios, que deben verificarse en los contratos públicos en situaciones de emergencia; donde, específicamente se expondrá el objeto legal y doctrinario de los contratos públicos en situaciones de emergencia, para realizar un contraste con el objeto de contratos celebrados en Ecuador. Por otro lado, se hará una breve referencia a los mecanismos de control que existen en la ley hacia los procedimientos de contratación pública en situaciones de emergencia. Por último, se expondrán las recomendaciones y las conclusiones respectivas.

2. Marco normativo

El procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de varios cuerpos legales; sin embargo, antes de proceder a su enunciación, es menester exponer aquellos escenarios o regímenes que se suelen confundir o equiparar a la situación en emergencia que habilita a este tipo de contratos.

El primer régimen es el estado de excepción, el cual se encuentra contenido en la Carta Magna del Ecuador, en el artículo 164, mismo que prescribe que es facultad del Presidente de la República declarar el estado de excepción, en todo el territorio ecuatoriano o en una parte de el cuando se presenten circunstancias de “agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”⁷; dicha declaración debe estar en concordancia con los principios de “necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad”⁸, también debe existir la debida motivación y causal que justifica la declaratoria de estado de excepción.

El segundo régimen es el estado de emergencia sanitaria, contenido en la Ley Orgánica de Salud, el cual lo define como el escenario causado por acción de las personas, desastres naturales, entre otros, que afectan directamente a la salud de las personas⁹, además es inmediata, concreta, objetiva, imprevista y probada. De esta forma, es responsabilidad del Ministerio de Salud identificar las zonas de alerta sanitaria o las poblaciones en riesgo para realizar la solicitud ante el presidente de la República, quien es el que finalmente decreta el estado de emergencia sanitaria¹⁰.

Por otro lado, la regulación específica de los contratos públicos en situaciones de emergencia inicia en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP), misma que prescribe únicamente lo que se entiende por estos contratos, es decir, su definición. Por otra parte, crea el ente líder y regulador de los procesos de contratación públicos, que hoy en día es el Sistema Nacional de Contratación Pública (SERCOP)¹¹.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Codificación de Resoluciones del SERCOP, sobretudo esta última, son los cuerpos legales que prescriben toda la regulación pertinente al procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, como lo son los procedimientos que se debe seguir o los principios que se deben observar.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

⁸ *Id.*

⁹ Ley Orgánica de Salud, R.O.S. 423, 22 de diciembre de 2016, reformada por última vez 18 de diciembre de 2018.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. Suplemento 395, 04 de agosto de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

3. Marco teórico

Las contrataciones públicas en situaciones de emergencia, son parte de las contrataciones o adjudicaciones directas¹², es decir, aquellas donde la Administración Pública escoge “directamente al contratista sin concurrencia, puja o oposición de oferentes”¹³; de igual manera, “la Administración, bajo su responsabilidad y con argumentos debidamente sustentados, elige a su co – contratante para la realización de una adquisición, obra o servicio determinado”¹⁴ atendiendo al carácter mismo de la emergencia o urgencia suscitada.

De esta forma, mediante la práctica legislativa de los diferentes Estados, se ha llegado a la conclusión de que existen tres teorías en cuanto a la forma de regular o normar la contratación o adjudicación directa. Se pueden dividir a las teorías en flexible, rígida y mixta.

La teoría flexible, como su denominación lo indica, corresponde a aquellos modos de legislar en los cuales se deja un marco mucho más abierto o dúctil para proceder con la adjudicación directa. En concreto, mediante la teoría flexible, el Estado puede contratar directamente sin la necesidad de atender a los lineamientos o procedimientos, ya que, estos son inexistentes en el ordenamiento jurídico. Es así como, esta teoría suele ser aplicada, por ejemplo, cuando “las ofertas son de precio menor a lo establecido en el presupuesto de egresos”¹⁵; donde, la legislación no establece el procedimiento que se debe seguir.

Específicamente, aplicando esta teoría en casos de emergencia, se tiene que la entidad pública podría contratar de manera directa, sin seguir ningún procedimiento establecido, en los casos en donde el monto del contrato destinado para superar la emergencia sea inferior a un valor referencial.

Por otra parte, de acuerdo con la teoría rígida, “los ordenamientos jurídicos del país [...] establecen lineamientos muy estrictos para contratar de manera directa”¹⁶, teoría que se ve reflejada en varios países alrededor del mundo. De esta manera, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia en el 2008 declaró que

¹² Ver, Roberto Dromi, *Licitación Pública*. (Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999), 117.

¹³ *Id.*

¹⁴ Miguel Oswaldo Zárate Martínez, *La Contratación Pública en México*. (México D.F: Tirant to Blanch). 51.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

“la contratación directa solo procede mediante el procedimiento determinado en la ley, sin que medie la subjetividad de los funcionarios encargados.”¹⁷.

De igual manera, la legislación argentina dispone que, para la selección del contratista en la contratación directa, la entidad contratante solo se encuentra “autorizado en los casos previstos por la regulación positiva”¹⁸, y, además, siguiendo los procedimientos tipificados en la ley. Del mismo modo, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de aquel país en el caso *Stamei SRL v. Universidad Nacional de Buenos Aires* al declarar que “la prescindencia del proceso previo de selección que tales excepciones comportan no puede, obviamente, quedar librado al arbitrio del administrador ni extenderse a otros supuestos que no sean los que aquellos incisos prevén”¹⁹. De esta manera, se afirma que la contratación directa solamente será posible en las causales determinadas y mediante los procedimientos previstos expresamente en la regulación.

Asimismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia en el 2015 refiriéndose específicamente a las situaciones de emergencia manifestó que:

La Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad²⁰.

De esta manera, la teoría rígida tiene como presupuesto que para que se pretenda llevar a cabo un procedimiento mediante la contratación directa se deben seguir estrictos lineamientos, ya que, procede en casos y situaciones excepcionales, donde la laxitud de las normas jurídicas prevalece por la naturaleza misma de los acontecimientos. De igual forma, los procedimientos claramente fijados responden a principios de índole público y a exigencias de la población.

Por último, se encuentra la teoría mixta, la cual es una fusión de la teoría flexible y de la teoría rígida; es decir que, el ordenamiento jurídico deja un marco de actuación abierto en ciertas ocasiones; pero, además, fija unos lineamientos o estándares estrictos

¹⁷ Bertha Cecilia Rosero Melo, *Contratación Estatal* (Bogotá: Ediciones de la U, 2016), 189.

¹⁸ Dromi, *Licitación Pública*, 117.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Rosero, *Contratación Estatal*, 193.

en otras situaciones. De esta forma, México cuenta con la teoría mixta impregnada dentro de su marco legal, ya que “los ordenamientos del país en ocasiones establecen lineamientos muy rígidos para contratar de manera directa, pero, en aquellos casos en los que las ofertas son de precio menor a lo establecido en el presupuesto de egresos, se otorga libertad total”²¹.

Es así como, los ordenamientos jurídicos de los países pueden variar en función de la teoría por la que se opte, cuestión que pone de manifiesto las diferentes formas de regular los procedimientos de contratación pública.

4. Estado del arte

Con respecto al estado del arte, se debe indicar que en principio solo existen autores que se han referido al tema de manera conceptual y procedimental, es decir, mostrando como funciona el procedimiento de contratación pública en situación de emergencia, sus requisitos y principios. Es así como, las referencias doctrinarias a la problemática en particular han sido consecuencia de los diversos casos de sobreprecio o corrupción que se han dado a conocer tras una emergencia suscitada en un país determinado. De esta manera, en el presente apartado se expondrán las posturas de diferentes autores con respecto a los elementos o requisitos para que se de paso a este procedimiento de contratación y, asimismo, los criterios que han surgido respecto a la problemática en específico.

Inicialmente se debe indicar que en la legislación y doctrina extranjera no se utiliza el término “emergencia”, sino que se suele usar el término “urgencia”. Términos que no necesariamente son sinónimos o que estrictamente no lo son, pero que pueden ser equiparados para fines del presente ensayo jurídico. De esta manera, Ecuador ha recurrido a utilizar el término “emergencia” en su legislación.

Gordillo con respecto a estos términos, urgencia o emergencia, declara que constituyen conceptos jurídicos indeterminados que actúan como un “criterio atributivo de determinada potestad a la administración”²², es decir, que se transforman en potestades o poderes “seudonormativas, por lo tanto, extranormativas y extrajurídicas”²³. De esta manera, se tiene que, a criterio del doctrinario, es un vocablo ambiguo que tiene como

²¹ Zárate, *La Contratación Pública en México*, 51.

²² Agustín Gordillo. “Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo”, en *Después de la reforma del Estado*. (Buenos Aires: Editorial Fundación del Derecho Administrativo, 1998), 712 – 713.

²³ *Id.*

finalidad dotar de ciertas facultades extras a los agentes del estado, con la finalidad de cumplir ciertos objetivos de interés común como la contratación pública.

De esta forma, se puede inferir que el carácter de “vago” que gira en torno a los términos “urgencia” o “emergencia” es una de las causas que genera que existan problemas alrededor de este tipo de contratación. Sin embargo, las legislaciones del mundo han tratado de delimitar su ambigüedad mediante la inclusión de elementos esenciales y de procedimientos propios para determinar que efectivamente se está frente a una verdadera emergencia.

Por otra parte, la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina, hace alusión específicamente a la expresión “situación de urgencia”, o lo que es lo mismo “situación de emergencia” en Ecuador. Es así como, para que una situación sea catalogada como urgente, esta debe ser objeto de “estudios técnicos, objetivos, previos y serios”²⁴ con la finalidad de evitar la subjetividad y una errónea interpretación de la norma por parte de los funcionarios responsables de la entidad declarada en emergencia. Siguiendo esta línea, se puede indicar que a pesar del carácter apremiante que se encuentra en las situaciones de urgencia o de emergencia, esto no elimina que la situación deba ser objeto de estudios o análisis previos a su declaración como tal.

Por su parte, Dromi expresa que no toda urgencia o emergencia da paso a la “excepción procedimental”²⁵, es decir, que para que se siga el proceso especial de dichas contrataciones se deben reunir ciertos requisitos; siendo estos: imprevista, probada, inmediata y objetiva. De esta forma, si no se reúnen estos requisitos se corre el riesgo de declarar una “situación de urgencia irreal, generalizándose de esta suerte este supuesto de excepción, que como tal debe ser de interpretación restrictiva y limitada”²⁶.

Dromi es claro al manifestar que no toda situación que a primera vista pareciera de urgencia o de emergencia puede calificar como una causal de contratación directa, y de la misma forma, la manera en que los servidores públicos interpretan la norma, en cuanto a los elementos que debe reunir una situación de emergencia, deber ser restrictiva; ya que, es un proceso excepcional que en ningún caso puede ser la regla general.

²⁴ Agustín Bonaveri, “Las debilidades de las contrataciones administrativas. ¿Puede la Ciencia de la Administración hacer algún aporte para su fortalecimiento?”, *Revista Jurídica Universidad de Palermo* (2019), 280. Edición PDF.

²⁵ Dromi, *Licitación Pública*, 141.

²⁶ *Id.*

Por su parte, Rodríguez – Arana²⁷ va mas allá al afirmar que la errónea interpretación de lo que se conoce legalmente como “urgencia” acarrea la conversión de un Estado de Derecho a un Estado de Policía. Es decir, que la interpretación de “urgencia” no puede quedar al arbitrio de los funcionarios públicos, sino que debe estar limitada por lo que establece el ordenamiento jurídico, en concreto, al principio de legalidad; al contrario, provocaría una regresión en la forma del Estado actual.

Específicamente en Ecuador, Dávila sostiene que a lo largo de los años ha existido un uso excesivo hacia los procedimientos de contratación pública en emergencia por parte de las entidades públicas; no obstante, el problema no ha sido únicamente el uso excesivo, sino también, la incorrecta aplicación de aquellos procedimientos en situaciones que no se encuadraban realmente como emergencia²⁸. De esta manera, el autor afirma que pareciera que la Administración Pública ha utilizado estos procedimientos como una solución de todos los contratiempos provenientes de los malos estudios previos o de las malas planificaciones realizadas, actuando las situaciones de emergencia como una especie de “varita mágica”²⁹ para las circunstancias donde jurídicamente no se aplicaría.

5. Legislación ecuatoriana que regula el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia

5.1. Diferenciación de la “situación de emergencia” con otros escenarios jurídicos

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) dispone que las situaciones de emergencia son provocadas por circunstancias graves como “accidentes, terremotos, inundaciones, sequias, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales”³⁰, además, deja un marco más amplio al determinar que la situación de emergencia puede devenir de cualquier otra causal que se repute como “fuerza mayor o caso fortuito”³¹. Respecto a esto último, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la causal de fuerza mayor o caso fortuito debe estar en concordancia

²⁷ Ver, Jaime Rodríguez – Arana. *Los desafíos del derecho administrativo en tiempos de emergencia en Derecho Administrativo Para las Emergencias*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020. Edición para Adobe Digital Editions.

²⁸ Ver, Pablo Oswaldo Dávila, *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015), 273 – 274.

²⁹ *Id.*

³⁰ Artículo 57, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

³¹ *Id.*

con la definición planteada anteriormente en la LOSNCP³², reduciendo la amplitud de las causales inicialmente detalladas. De esta manera, la ley no brinda una definición exacta de “emergencia” ni de “situación de emergencia”; sino que únicamente dispone las causales en las que se configura una circunstancia de emergencia.

Juntamente con la situación de emergencia que da paso a dichas contrataciones directas, existen otros regímenes que suelen ser confundidos con aquella; como lo son: el estado de excepción o el estado de emergencia sanitaria. En principio, la causal de declaratoria de estado de excepción o de emergencia sanitaria puede coincidir con la que da paso a la contratación pública; sin embargo, la sola existencia de uno de estos regímenes mencionados no faculta a una entidad pública a que contrate mediante el procedimiento especial³³. De igual forma, no es requerimiento previo que medie una declaratoria de estado de excepción o de emergencia sanitaria para que una entidad pública pueda celebrar contratos en emergencia.

De esta manera, el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia debe iniciar con una resolución motivada por parte de la máxima autoridad de la entidad que pretende contratar en emergencia; dicha resolución actúa como justificación de la futura contratación y la misma debe ser publicada en el Portal COMPRASPUBLICAS³⁴, ya que, constituye un requisito habilitante y previo³⁵. La resolución mencionada debe cumplir ciertos parámetros de motivación y hacer alusión a una de las causales de emergencia previamente establecidas mediante el ordenamiento jurídico³⁶.

Por su parte, la forma de contratación es directa, es decir que, se puede contratar “obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría [...] inclusive contratar con empresas extranjeras sin requerir requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías”³⁷, entre otros.

De esta forma, la legislación ecuatoriana se vuelve laxa cuando se presentan situaciones de emergencia; ya que, se modifica el procedimiento común de contratación, eliminando ciertas etapas o pasos previos a la adjudicación, con el fin de atender las circunstancias apremiantes que se presentan. Sin embargo, esto no significa que el

³² Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, R.O. Edición Especial 254, 29 de enero de 2018, reformada por última vez R.O. 298 de 28 de septiembre de 2020.

³³ *Id.*

³⁴ Artículo 57, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

³⁵ Artículo 361, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020.

³⁶ *Id.*

³⁷ Artículo 57, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

ordenamiento jurídico ecuatoriano no establezca el procedimiento abreviado que se deba seguir en las situaciones de emergencia; al contrario, la normativa dispone detalladamente el proceso a seguir frente a este tipo de circunstancias.

5.2. Resoluciones recientes del SERCOP

Las contrataciones públicas en situaciones de emergencia se han visto más utilizadas en los últimos años en Ecuador por las diferentes circunstancias que se han presentado; como el terremoto de abril de 2016 y la pandemia provocada por el COVID-19. De esta manera, mediante los diferentes contratos celebrados han salido a relucir los diversos inconvenientes en torno a este procedimiento de contratación.

Actualmente, alrededor de la Ley Orgánica de Contratación Pública existen 18 proyectos de ley en la Asamblea Nacional, de los cuales solamente cuatro hacen alusión al procedimiento excepcional de contratación pública en situaciones de emergencia. De esta forma, solo el último de ellos pretende introducir cambios sustanciales al cuerpo legal vigente; se trata del proyecto de ley propuesto por Lenín Moreno, presidente del Ecuador, el 24 de mayo de 2020. En este texto se plantea: la imposición de sanciones a aquellos servidores públicos que eludan procesos de contratación, como también a aquellos que declaren en emergencia a una entidad estatal cuando no se reúnen los requisitos establecidos por ley; por otro lado, se propone fijar por primera vez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un tiempo máximo de duración a la situación de emergencia de los contratos públicos, siendo este de sesenta días, pudiendo ser ampliado en circunstancias excepcionales³⁸.

Por otra parte, el SERCOP ha intentado reducir los problemas que se han presentado alrededor de estos contratos a través de la emisión de resoluciones administrativas que han reformado el procedimiento contractual. De esta forma, desde el 23 de marzo de 2020 se han emitido dichas resoluciones por parte del SERCOP³⁹, es decir, desde el brote de COVID-19 en Ecuador, mismo que generó la declaratoria de estado de excepción, de emergencia sanitaria y de varias entidades públicas en situación de emergencia.

³⁸ Ver, “Consulta de Propuestas y Proyectos de Ley”, Asamblea Nacional del Ecuador, acceso el 22 de septiembre de 2020, <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/23e8977c-b742-44b5-af57-7864f793844f/2020-05-24-pp-ref-coip-lmoreno-T.539-SGJ-20-0187.pdf>

³⁹ Ver, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 104, R.O. Suplemento 490 de 23 de marzo de 2020.

Dentro de las diversas normas y reformas incluidas por parte del SERCOP en los últimos meses, se encuentra un artículo que fija un plazo máximo de duración de la situación de emergencia, lo que hace que el Proyecto de Ley propuesto por Lenín Moreno sea inoperante respecto a esta parte, debido a que la resolución ya se encuentra en vigencia a diferencia del proyecto de ley. De esta forma, al igual que la iniciativa del ejecutivo, el plazo máximo de duración no puede ser mayor a sesenta días, con la diferencia de que el plazo puede ampliarse en el caso en el que el presidente de la República haya decretado estado de excepción; es decir, que este último se encuentre vigente a la par de la declaratoria en situación de emergencia⁴⁰.

Por su parte, la doctrina peruana establece que la “situación en emergencia” no puede ser indefinida; sino que, solo puede ser por la cantidad y tiempo precisos para cesar la circunstancia que le dio origen⁴¹. Respecto a este último punto, no se debe confundir la duración de los contratos en emergencia con la duración de la declaratoria en emergencia, ya que la duración del contrato dependerá del objeto de este y no de duración de la declaratoria en emergencia, sin embargo, el ordenamiento legal dispone que:

Las entidades contratantes de manera excepcional no se sujetarán al plazo previsto en el inciso anterior, cuando existan razones técnicas que acrediten y sustenten que el contrato celebrado en el período de declaratoria de emergencia, destinado a superarla, deba ejecutarse y cumplirse en un tiempo mayor de duración, como cuando debe construirse una obra, para evitar o prevenir que se cause ruina en otra infraestructura o se impida un daño mayor. Para tal efecto se deberá contar con la aprobación de la máxima autoridad sustentada en informes técnicos respectivos⁴².

De esta forma, la norma que dispone el plazo máximo admite excepciones, siempre y cuando se demuestre a través de estudios o informes fundamentados que es menester la ampliación de dicho plazo, sobretodo en aquellos contratos que tengan como objeto la construcción de una obra determinada.

Asimismo, se ha expresado que en ningún caso la entidad pública puede sostener “urgencias de futuro”⁴³ como causal de contratación, es decir, aquellas contrataciones efectuadas con el objeto de subsanar una circunstancia que no se ha presentado todavía, dado que la urgencia o emergencia que se pretende paliar debe ser improrrogable o impostergable⁴⁴.

⁴⁰ Ver, Artículo 361.1, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁴¹ Ver, Mario Linares, *Contratación Pública: Derecho Local, Internacional y de la Integración*. (Lima: Linares Consultores S.A.C, 2008), 137.

⁴² Artículo 361.2, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁴³ Dromi, *Licitación Pública*, 117.

⁴⁴ *Id.*

No obstante, existen ocasiones donde no se puede conocer claramente cual será el tiempo de duración de la emergencia que da lugar a las contrataciones públicas; pero, ni aún en estos casos la emergencia o urgencia puede ser indefinida. Linares afirma que se debe hacer alusión a un plazo aproximado, y, además, la resolución de emergencia debe estar sujeta a la condición de que una vez finalizado el hecho que dio origen a la emergencia se dará por culminado el contrato⁴⁵. De esta forma, el Estado y la ciudadanía en general se garantizan que las contrataciones públicas en situaciones de emergencia estén estrictamente direccionadas hacia circunstancias realmente apremiantes, donde el cese de esta es primordial y de interés público.

No obstante, aquello no ocurría en Ecuador, ya que la regla del plazo máximo de duración de la situación de emergencia era inexistente hasta hace un par de meses, lo que provocó que las declaratorias de emergencias sean perennes en el tiempo, desnaturalizando así el carácter excepcional de dicho régimen, por otro lado, la duración de los contratos en emergencia no estaba supeditada a ninguna norma, a diferencia de lo que dispone actualmente el ordenamiento jurídico.

Es así como, en el Sistema Oficial de Contratación Pública se puede visualizar que existen declaratorias de emergencia en estado “cursando emergencia” desde el 2010⁴⁶, es decir, que existen entidades públicas declaradas en emergencia desde hace 10 años, cuestión que hace dudar acerca del carácter de urgente de estas. De esta forma, se observa que existen mas de tres mil declaratorias de emergencia desde el 2010 que hasta la presente fecha no han sido superadas por parte de las entidades públicas correspondientes, lo que acarrearía que erróneamente se contrate directamente teniendo como fundamento la declaratoria de emergencia, cuestiones que como se indico anteriormente constituyen contextos diferentes.

Por otra parte, se entendería que desde la entrada en vigor de la Resolución 104⁴⁷ del SERCOP, que fija el plazo máximo de duración de la situación en emergencia, las declaratorias de emergencia emitidas con posterioridad a esta ya deberían fijar un plazo máximo de 60 días. Sin embargo, se advierte que existen declaratorias con una fecha estimada de finalización de más de 60 días, como por ejemplo la “Declaratoria de

⁴⁵ Ver, Linares, *Contratación Pública: Derecho Local, Internacional y de la Integración*, 137.

⁴⁶ Ver, “Sistema Oficial de Contratación Pública”, Servicio Nacional de Contratación Pública, acceso 30 de septiembre de 2020

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/SL/view/Emergencia/buscarResolucion.cpe>

⁴⁷ Ver, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 104, R.O. Suplemento 490 de 23 de marzo de 2020.

Emergencia del Botadero Municipal de Basura del Cantón del Guabo”⁴⁸; en donde, la emergencia inició el 11 de agosto del presente año y tiene como fecha estimada de finalización el 07 de enero de 2020.

Asimismo, el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural Santiago de Calpi se declaró en emergencia producto de la pandemia provocada por el COVID-19 con el objetivo de adquirir kits de alimentos para los Centros de Desarrollo Infantil. Es así como, la declaratoria de emergencia se llevó a cabo con fecha 06 de mayo de 2020, no obstante, no consta ninguna fecha de finalización de este.

6. Elementos constitutivos de la “situación de emergencia”

En cuanto a los elementos con los que debe contar una situación de emergencia para que sea catalogada como tal, Dromi expresa que solo serán objeto de contrataciones públicas mediante el procedimiento directo aquellas urgencias o emergencias que cumplan con cinco requisitos, siendo estos: concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva⁴⁹.

- 1. Concreta:** la emergencia o urgencia debe ser de carácter especial y particular, dirigida a una circunstancia o situación definida. Es decir, que la causal que da paso al procedimiento excepcional no puede ser en ningún caso abstracta o encaminada a situaciones comunes de contratación⁵⁰, ya que, se estaría aplicando la causal excepcional a situaciones irreales, desnaturalizando su esencia y carácter.
- 2. Inmediata:** el presente elemento hace alusión al factor temporal de la emergencia o urgencia, es decir, es el carácter de “apremiante” el que hace que la situación deba ser cesada en el menor tiempo posible. De esta manera, la situación debe ser “actual, presente, impostergable o improrrogable”⁵¹, por lo cual, el único mecanismo factible para paliar la urgencia o emergencia es mediante la aplicación de un procedimiento directo, donde este es abreviado en cuanto a sus etapas y tiempos; de otra manera, el empleo de un procedimiento común de contratación, como la licitación pública, únicamente

⁴⁸ Sistema Oficial de Contratación Pública”, Servicio Nacional de Contratación Pública, acceso 30 de septiembre de 2020
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacionResolucion.cpe?idRes=9629>

⁴⁹ Ver, Dromi, *Licitación Pública*, 141.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Dromi, *Licitación Pública*, 142.

provocaría un perjuicio mayor a la ciudadanía que el ocasionado por las circunstancias apremiantes⁵².

3. **Imprevista:** este requisito es el que específicamente faculta que se lleve a cabo un procedimiento excepcional de contratación, dado que la situación causante debe ser inesperada o inadvertida⁵³. Por otra parte, Dromi diferencia la urgencia como causal individualizada de contratación pública directa, de la urgencia provocada por la negligencia de los funcionarios públicos en un determinado proceso de contratación, es decir en aquellos casos en donde el transcurso del tiempo ha provocado que las situaciones se vuelvan “gravemente imperiosas”⁵⁴. De esta manera, en este último caso igualmente se aplicaría el procedimiento directo de contratación porque es necesario remediar la situación; sin embargo, se debe hacer responsables a los funcionarios que estuvieron a cargo de aquellos procedimientos⁵⁵.
4. **Probada:** para que una circunstancia sea calificada como urgente no basta el solo criterio de los funcionarios públicos a cargo; sino que, se deben realizar los “estudios técnicos objetivos previos y serios”⁵⁶ por parte de la Administración Pública que confirmen que efectivamente existe una situación de urgencia o de emergencia. Por lo que no es suficiente la sola resolución en emergencia por parte de la entidad contratante para dar paso al procedimiento excepcional de contratación.
5. **Objetiva:** el presente requisito tiene doble significado, por una parte, para que proceda el procedimiento directo de contratación es necesario que exista una exigencia o necesidad estatal, y, por otra parte, se encuentra ligado al requisito mencionado anteriormente, es decir que, la circunstancia de urgencia o de emergencia debe estar sujeta a un escrutinio imparcial o ecuaníme, donde no solo se fundamente en el juicio de los funcionarios públicos⁵⁷. De esta manera, el objetivo es que no se de cabida a la subjetividad o arbitrariedad que muchas veces se ve inmiscuida en este tipo de contratos.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, 143.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Ver, Dromi, Licitación Pública, 143.*

Al contrario de lo que establece Dromi, existen autores que afirman que para que una situación o circunstancia sea catalogada como urgencia o emergencia no se necesitan estudios previos para dar paso a la contratación directa⁵⁸. De esta forma, la determinación de la situación de emergencia quedaría únicamente a discernimiento de los funcionarios de la entidad pública, posición que resulta flexible; en cuanto no se establece mayores exigencias para continuar con el procedimiento excepcional, lo cual prioriza el interés público y el carácter apremiante de la situación, eliminando pasos con el fin de paliar la emergencia o urgencia. Por otro lado, se observa un régimen que confía en los agentes públicos al dejar a su potestad la determinación de una situación apremiante.

De esta manera, en concordancia con lo que establece Dromi, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé que “una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”⁵⁹; existiendo así identidad con los principios establecidos por la doctrina. Asimismo, para que una situación califique como de emergencia se requiere que la circunstancia se encuadre dentro de una las causales previstas por la ley, siendo estas: “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”⁶⁰; por tanto, la resolución debe estar debidamente motivada, relacionando la causal aludida con los elementos detallados anteriormente.

En cuanto a los estudios previos que Dromi afirma que se deben realizar para proceder con las contrataciones directas, el artículo 23 de la LOSNCP se refiere a aquello; sin embargo, se puede decir que existen dos lecturas de la norma, misma que dispone:

Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad⁶¹.

De esta forma, la primera interpretación de la norma concluiría que los estudios o evaluaciones constituyen un requisito previo a las contrataciones públicas en situaciones de emergencia, ya que, se encuentra dentro del capítulo de “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”. Es así como, la prescindencia de estos

⁵⁸ Ver, Rosero, *Contratación Estatal*, 191.

⁵⁹ Artículo 57, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Artículo 23, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

ocasionaría que se inicie el debido proceso de investigación, y posteriormente la sanción de los funcionarios encargados, en caso de que se los declare responsables⁶².

En cambio, la segunda interpretación concluiría que se puede prescindir de los estudios o evaluaciones mencionados, atendiendo justamente a la naturaleza de los contratos públicos en situaciones de emergencia, es decir, a la urgencia que estos envuelven, por lo que proceder a realizar dichos pasos preliminares llevaría a que se empeore la situación apremiante. Por otra parte, la norma jurídica se refiere expresamente al “procedimiento precontractual”; sin embargo, las contrataciones públicas en situaciones de emergencia carecen de dicha fase preliminar por sus características propias, lo que llevaría a indicar que el artículo en mención no se aplicaría en el procedimiento contractual en cuestión.

Por otro lado, la reglamentación ecuatoriana exige que la entidad contratante debe declarar expresamente que la contratación pretendida es justamente para superar la emergencia y que esta no se puede llevar a cabo mediante las formas comunes que dispone la ley⁶³. En el caso en que esto no se cumpla, se considerará a la contratación efectuada y a sus consecuencias como “elusión de procedimientos precontractuales”⁶⁴.

Asimismo, dispone que debe existir “relación directa y objetiva entre la situación de emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación para suplir una necesidad actual y emergente”⁶⁵, aquello en los contratos de obras, bienes y servicios, inclusive los de consultoría. Del mismo modo, no se puede “utilizar la emergencia para realizar contrataciones que se encontraban planificadas en la entidad”⁶⁶, a menos que aquella contratación sea estrictamente necesaria y guarde relación directa con la emergencia producida.

Respecto al objeto de los contratos públicos en situaciones de emergencia, la Codificación de Resoluciones del SERCOP determina como regla general que se puede adquirir bienes, contratar servicios o consultorías, siempre y cuando el plazo de ejecución de estos no supere el tiempo previsto para la declaratoria de emergencia. Sin embargo, a reglón seguido, la misma norma dispone que excepcionalmente se puede extender el tiempo de la declaratoria de emergencia⁶⁷, como se señaló previamente.

⁶² *Id.*

⁶³ Artículo 361, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

Por su parte, Clavero Arévalo afirma que estos procedimientos contractuales se han vuelto habituales hoy en día, principalmente por dos razones. Primero; la actividad de la Administración Pública se ha visto inmiscuida en un sin número de ámbitos, donde la intervención de la figura de “urgencia” ha sido necesaria en mas de una ocasión con el fin de superar inconvenientes, y segundo; los contratos públicos por urgencia han sido consecuencia del abuso de poder de la Administración Pública, lo que ha generado que se los emplee incluso en aquellos casos donde no concurre realmente una urgencia.

Es así como, el doctrinario ilustra que existe una dicotomía en los contratos públicos en situaciones de emergencia, es decir que, por un lado, la celebración de dichos contratos hoy en día se ha vuelto imprescindible para la Administración Pública, ya que, la contingencia de que se generen circunstancias que se enmarquen entre las causales es muy alta, y por otro lado, lado se ha generado que se siga el procedimiento excepcional incluso en aquellos casos donde realmente no era necesaria una contratación en emergencia, cuestión que refleja el problema del presente ensayo jurídico.

7. Principios legales que rigen en el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia

La LOSNCP dispone que todos los procedimientos de contratación pública, que se encuentran contenidos en el cuerpo legal, deben observar los principios de “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, participación nacional”⁶⁸. De esta manera, en un inicio, todos los principios mencionados se deben aplicar a los procedimientos de contratación pública en situaciones de emergencia; no obstante, dada la naturaleza apremiante que impera en dichas circunstancias, la aplicación de ciertos principios resulta más laxa, mientras que la aplicación de otros se vuelve imperante.

Un ejemplo de lo mencionado se refleja en las “importaciones en emergencia”⁶⁹, en donde la normativa dispone que en este caso no será necesario que se verifique la “no existencia de producción u oferta nacional”⁷⁰; por lo que, a priori se prescinde del principio de participación nacional, justamente para atender la situación de emergencia suscitada.

Por otro lado, el principio de legalidad constituye un principio transversal en toda la actividad de la Administración Pública, es decir, que en ninguna circunstancia se puede

⁶⁸ Artículo 361, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

prescindir de este. Es así como, este principio, en los procedimientos de contratación pública, se traduce en que el objeto de los contratos se encuentre dirigido para paliar una circunstancia causada únicamente por alguna de las causales o situaciones incluidas expresamente en la norma⁷¹. De la misma forma, la declaratoria en emergencia de una entidad pública tiene que ajustarse a las causales contenidas en la ley.

En la legislación ecuatoriana se puede verificar que se distinguen dos principios que podrían ser objeto de confusión, siendo estos: la transparencia y la publicidad. Por una parte, el principio de transparencia involucra el libre acceso a la información pública, como por ejemplo a criterios de selección y adjudicación de procesos de contratación, entre otros. De esta manera, el objetivo del principio de transparencia es que la información se encuentre disponible en distintos medios, con el fin de que sea objeto de veedurías por parte de entes estatales de control, de otras entidades del sector público y de la ciudadanía en general. Asimismo, la aplicación del presente principio reduce prácticas ilícitas y genera que se manejen de forma adecuada los recursos o fondos públicos⁷².

Por otra parte, se encuentra el principio de publicidad, mismo que tiene un doble sentido; primero, en la etapa de convocatoria de proveedores la publicidad se refleja en que el mayor número de personas interesadas conozcan del anuncio realizado por parte de la Administración Pública para que puedan presentar su oferta. Segundo, en el desarrollo del procedimiento todos los actos o sucesos, como la apertura de ofertas, deben desarrollarse de manera abierta al público en general⁷³. De esta forma, la publicidad involucra un papel mucho más activo de las entidades públicas, al verse inmiscuidas actividades adicionales para dar a conocer una determinada acción, como por ejemplo la publicación de un extracto de la información acerca de la actividad realizada por parte de la entidad pública en un periódico⁷⁴.

7.1. Plataformas Habilitadas por el SERCOP

En los procedimientos públicos en situaciones de emergencia, el SERCOP con el fin de cumplir con los principios de transparencia y publicidad, ha habilitado en su plataforma web diversos mecanismos, en donde se pueden cumplir las obligaciones de

⁷¹ Rosero, *Contratación Estatal*, 191.

⁷² Ver, Linares, *Contratación Pública: Derecho Local, Internacional y de la Integración*, 137.

⁷³ Ver, Dromi, *Licitación Pública*, 104.

⁷⁴ *Id.*, 218.

las entidades públicas contratantes y además son el espacio en el cual el SERCOP ejerce su control hacia dichas contrataciones.

De esta manera, como forma de acatar el principio de transparencia, la legislación ecuatoriana dispone que todas las entidades públicas contratantes tienen la obligación de utilizar el apartado de “Publicaciones de Emergencia”, mismo que se encuentra en el Portal web Institucional del SERCOP⁷⁵. En definitiva, esta plataforma electrónica es el medio a través del cual se cumple con el principio de transparencia; ya que, es en este espacio en donde las entidades públicas deben publicar la resolución de emergencia, los contratos públicos en emergencia y los informes requeridos por ley⁷⁶.

Específicamente, la norma dispone que los contratos públicos en situaciones de emergencia deben publicarse en la plataforma web en el “término máximo de dos días posteriores a la fecha del instrumento”⁷⁷. Asimismo, el ordenamiento jurídico manda que las entidades públicas contratantes deben realizar informes parciales y periódicos cada 10 días, en los cuales se estipulará: “el número de contrataciones realizadas, su objeto, nombre y RUC de los contratistas y el monto al cual ascienden las mismas”⁷⁸. Estos informes deben ser publicados, de manera obligatoria, en la plataforma electrónica mencionada anteriormente. Por otro lado, el informe final⁷⁹ debe elaborarse una vez que se ha superado la situación de emergencia y este debe contener los resultados de las contrataciones realizadas, el valor de dichas contrataciones, entre otros elementos.

Por otra parte, el SERCOP se ha encargado de elaborar estadísticas en base a lo que se refleja en su Portal web Institucional, es decir, tomando como fundamento las publicaciones mencionadas anteriormente de las resoluciones de emergencia, los contratos, los informes finales y parciales. Es así como, en la página web se puede evidenciar diferentes gráficos y cuadros estadísticos, sin embargo, aquello no constituye en estricto sentido el cumplimiento del principio de publicidad, ya que este último debe reflejarse en cada una de las contrataciones realizadas, más no de manera general como lo ha venido haciendo el SERCOP hasta el momento. Se puede decir que esta recolección y compilación de datos constituye una forma en la que el SERCOP cumple con su obligación de control hacia los contratos públicos, debido a que pone de manifiesto a la

⁷⁵ Artículo 362, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Artículo 363.1, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

⁷⁹ *Id.*

ciudadanía que observa los procedimientos de contratación celebrados, al menos de manera general y superficial.

De esta manera, el SERCOP cuenta con un Sistema de Datos Abiertos desde el 2008, es decir que existe la obligación legal de publicar todas las etapas del procedimiento de contratación pública⁸⁰, con el fin de que la ciudadanía tenga libre acceso, participación y ejerza de cierta manera control sobre la actividad de la Administración Pública. Es así como, este sistema, en conjunto con el Portal Web de la SERCOP, hacen que en principio se transparente la información relacionada a los contratos públicos.

El Sistema de Datos Abiertos se ha transformado en la noción de “Gobierno Abierto”, es decir una “cultura de gobernanza”⁸¹ que nació gracias a la colaboración de varios actores de la sociedad civil y estados miembros. Tiene como objetivo el fomento de los principios de integridad, participación, rendición de cuentas y transparencia. Ecuador es parte de dicha organización desde el 2018⁸², y a través de esta se pretende incluir el uso de nuevas tecnologías, impulsar la participación ciudadana y crear mecanismos que fomenten la colaboración de la sociedad civil con el gobierno⁸³.

De esta forma, se evidencia que el Ecuador a lo largo de los años ha incluido diversas políticas, normas y mecanismos que logren cumplir con el principio de transparencia. Concretamente, en los procedimientos de contratación pública en emergencia el Portal web Institucional del SERCOP juega un papel fundamental, ya que es realmente el único medio a través del cual se puede controlar a este tipo de contratación, y, por ende, a las entidades públicas contratantes, por lo que es menester su buen desarrollo en la práctica.

8. Revisión y Análisis de Procedimientos Contractuales

Una vez que se han indicado los requisitos que se deben reunir para iniciar un procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia y la obligación que tienen las entidades públicas contratantes de publicar cierta documentación al respecto, a continuación, se procederá a realizar un análisis de procedimientos efectuados en Ecuador.

⁸⁰ Ver, Silvana Vallejo. “Seminario Virtual: Fraude y Corrupción en Tiempos de Crisis” (webinar, Grupo Banco Mundial, 01 de octubre de 2020)

⁸¹ Gobierno de España, “Gobierno Abierto”, Portal de la Transparencia acceso 20 de octubre de 2020, https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto.html

⁸² Ver, “Ecuador”, Open Government Partnership, acceso el 20 de octubre de 2020, <https://www.opengovpartnership.org/members/ecuador/>

⁸³ Ver, “Qué es la alianza para el gobierno abierto?”, Gobierno Abierto Ecuador, acceso el 20 de octubre de 2020, <https://www.gobiernoabierto.ec/ecuador-en-la-aga/>

8.1. Esmeraldas 2010: Refinería de Esmeraldas

La Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR se declaró en situación de emergencia en dos ocasiones en el año 2010, la primera, en el mes de septiembre y la segunda, en el mes de diciembre. Sin embargo, ambas declaratorias de emergencia cuentan con el mismo número de resolución, y, por ende, es la misma. De esta manera, ambas declaratorias de emergencia se realizaron mediante la Resolución No. P-2010060, en la cual, la causal alegada por la entidad pública es “caso fortuito o fuerza mayor”⁸⁴. En dicha resolución se hace referencia a varios artículos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre los cuales se encuentra la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la LOSNCP y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que gira en torno a la posibilidad de declararse en emergencia y las facultades que tiene la empresa pública en mención⁸⁵.

Por otro lado, en cuanto al motivo específico de declaratoria de situación de emergencia se estipula que “es necesario dar atención inmediata y prioritaria a situaciones que puedan provocar peligro para la vida humana, existencia material y económica, por eventuales siniestros que pueda afectar a la Refinería Estatal de Esmeraldas”⁸⁶; por tanto, “es necesario que la Gerencia de Seguridad, Salud y Ambiente dentro del ámbito de su competencia, realice las contrataciones que coadyuven a superar la Emergencia declarada en la Refinería Estatal de Esmeraldas”⁸⁷.

De esta manera, Petroecuador se declaró en emergencia haciendo alusión a la causal de “caso fortuito o fuerza mayor”; sin embargo, en ningún momento la resolución emitida especifica cual es la emergencia suscitada en la entidad, por tanto, no hace alusión a ninguno de los requisitos contenidos en la ley, sino que se limita a mencionar, de forma general, que existe una situación que requiere atención inmediata. Es así como, la motivación que dispone la normativa del SERCOP no se cumple en el presente caso, dado que es necesario que exista un razonamiento y análisis entre la normativa aludida y la causal de declaratoria de emergencia; de esta forma, la inexistencia de aquello denota la

⁸⁴ “Sistema Oficial de Contratación Pública”, Servicio Nacional de Contratación Pública, acceso 11 de octubre de 2020, <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacionResolucion.cpe?idRes=173>

⁸⁵ *Ver, Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ “Sistema Oficial de Contratación Pública”, Servicio Nacional de Contratación Pública, acceso 11 de octubre de 2020, <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacionResolucion.cpe?idRes=173>

falta de importancia y seriedad de la autoridad máxima hacia lo que legalmente se concibe como “situación de emergencia”, debido a que se limita a cargar una resolución que le habilite proseguir con el procedimiento, sin tomar en cuenta su contenido.

Por otra parte, se debe mencionar que ambas declaratorias en emergencia no se encuentran superadas hasta la presente fecha, es decir, que la Refinería Estatal de Esmeraldas después de diez años sigue en situación de emergencia, lo que pone en tela de duda la existencia de una real emergencia en la entidad pública, y, por otro lado, evidencia la problemática que se configuraba antes de la existencia de la norma que fija un tiempo máximo para la emergencia. De la misma forma, hasta la presente fecha no existe la publicación de ningún contrato en emergencia efectuado por parte de la Refinería Estatal de Esmeraldas para superar la emergencia, a pesar de que la resolución indica que se llevaran a cabo las contrataciones necesarias, como se verifica a continuación:

Ilustración 1: Captura de pantalla del SERCOP del procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia de EP Petroecuador

Viernes 13 de Noviembre del 2020 07:24 [Ingresar al Sistema]

»Información Resolución de Emergencia

Publicación de Emergencia

Entidad Contratante	Empresa Pública de hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR
Número de Resolución	P-2010060
Descripción de Resolución / Resuelve	DECLARAR LA EMERGENCIA A LA REFINERIA DE ESMERALDAS
Causa de Emergencia	Fuerza Mayor o caso Fortuito
Motivo/Justificación	LA REFINERIA DE ESMERALDAS HA SUFRIDO UN COSNTANTE DETERIORO QUE PODRÍA COMPROMETER SU OPERATIVIDAD, SIENDO NECESARIO DAR ATENCIÓN INMEDIATA Y PRIORITARIA A SITUACIONES QUE PUEDEN PROVOCAR PELIGRO PARA LA VIDA HUMANA, EXISTIENDO MATERIAL Y ECONÓMICO, POR EVENTUALES SITUACIONES QUE PUDEABN AFECTAR A
Tipo Autoridad	Delegado Responsable
Máxima Autoridad o Delegado	VALM (SP) MANUEL ZAPATER RAMOS
Cargo	GERENTE GENERAL DE LA EP PETROECUADOR
Estado de Emergencia	Cursando Emergencia

Fechas de Control

Fecha de publicación de Resolución	2010-09-29 16:29:58
Fecha de Inicio de Emergencia	2010-09-29 17:00:00

Archivos Asociados

Archivo Obligatorio: Resolución Motivada para la declaración de emergencia

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
RESOLUCION DECLARACION EMERGENCIA	Descargar

Documentación Adicional

Archivo Obligatorio: Resolución de delegación de funciones

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
RESOLUCION	Descargar

Fuente: Obtenido de la página web del SERCOP⁸⁸.

⁸⁸ *Id.*

Ilustración 2: Captura de pantalla del SERCOP del procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia de EP Petroecuador

The screenshot displays the 'Sistema Oficial de Contratación Pública' interface. At the top, it shows the date 'Viernes 13 de Noviembre del 2020 07:24' and a login button. The main content area is titled '»Información Resolución de Emergencia' and contains the following details:

Publicación de Emergencia	
Entidad Contratante	Empresa Pública de hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR
Número de Resolución	P2010060
Descripción de Resolución / Resuelve	EMERGENCIA REFINERÍA ESMERALDAS (REE)
Causa de Emergencia	Fuerza Mayor o caso Fortuito
Motivo/Justificación	La Refinería Esmeraldas ha sufrido un constante deterioro que podría comprometer su operatividad. Es necesario dar atención inmediata y prioritaria a situaciones que puedan provocar peligro para la vida humana, existencia material y económica, por eventuales siniestros que puedan afectar a la REE
Tipo Autoridad	Representante Legal
Máxima Autoridad o Delegado	Zapater Ramos Manuel Elias
Estado de Emergencia	Cursando Emergencia

Fechas de Control	
Fecha de publicación de Resolución	2010-12-01 13:55:11
Fecha de Inicio de Emergencia	2010-12-01 13:55:00
Fecha estimada de Finalización de la Emergencia	2011-03-31 13:53:00

Archivos Asociados

Archivo Obligatorio: Resolución Motivada para la declaración de emergencia

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
RESOLUCION EMERGENCIA	 Descargar

Documentación Adicional

At the bottom right, there is an 'Imprimir' button and a copyright notice: 'Copyright © 2008 - 2020 Servicio Nacional de Contratación Pública.'

Fuente: Obtenido de la página web del SERCOP⁸⁹.

8.2. Guayaquil 2016: Servicio de telecomunicaciones

Es de público conocimiento que en abril de 2016 Ecuador sufrió un terremoto, mismo que tuvo repercusiones adversas mayoritariamente en provincias de la Costa. De esta forma, fueron necesarias varias contrataciones públicas en situaciones de emergencia para poder restablecer las circunstancias o paliar las afectaciones provocadas por el movimiento telúrico. De esta manera, el sector de telecomunicaciones, dentro del cual se encuentra el servicio de internet, también se vio afectado, por lo que se efectuaron ciertas contrataciones para poder restituir aquel servicio, es decir, que en principio el objeto del contrato de emergencia debió ser únicamente el restablecimiento del servicio en aquellos sectores que se vieron menoscabados.

Sin embargo, de la revisión y lectura del objeto del informe de resultados, se tiene que de cierta forma se “aprovechó” la situación en emergencia para poder contratar servicios adicionales bajo la figura de “contrato en emergencia”⁹⁰; ya que, expresamente se dice que “además se generó una necesidad urgente de ampliar los servicios para conectar a algunas zonas afectadas que no lo poseían”⁹¹. Por lo tanto, el fin del contrato

⁸⁹ *Id.*

⁹¹ “Informe de Resultados de Contrataciones en Situaciones de emergencia No. EASYNET – 001 – 20171”, EASYNET S.A, acceso el 20 de octubre de 2020,

en emergencia se vio trasmutado, dado que se aplicó este procedimiento excepcional para solventar circunstancias que no necesariamente constituyen una emergencia a la luz de lo que establece la doctrina y la normativa ecuatoriana. Principalmente se incumplió la norma que establece que los contratos públicos en situaciones de emergencia deben ser utilizados para paliar la circunstancia apremiante, por lo que la necesidad de ampliar el servicio de internet no se genera directamente del movimiento telúrico ocurrido en Ecuador.

Por otra parte, se revisó y se dio lectura al “informe de resultados”; ya que, en la página web del SERCOP no se publicó el contrato en emergencia celebrado para paliar la situación apremiante, sino que, únicamente se publicó la resolución de contrataciones en emergencia, la resolución de delegación de funciones, la resolución de inicio y el informe de resultados⁹², siendo este último documento el que hace alusión al contrato, su objeto, el monto al que asciendió, entre otra información. No obstante, no se puede equiparar este informe con el contrato en situación de emergencia, ya que, la norma es clara al disponer que se deben publicar los contratos efectuados; por lo que, la entidad pública contratante no cumplió con su obligación legal, como se demuestra a continuación:

Ilustración 3: Captura de pantalla de la página web del SERCOP del procedimiento de contratación del Servicio de telecomunicaciones de Guayaquil.

»Información Resolución de Emergencia

Ver resultados finales de las contrataciones realizadas

Publicación de Emergencia

Entidad Contratante	EASYNET SA
Número de Resolución	001-EMER-EASYNET-003
Descripción de Resolución / Resuelve	Construcción de la planta externa Nodo Prosperina de Guayaquil, provincia del Guayas para dotar de servicios de telecomunicaciones como de internet por la tecnología XDSL a algunos barrios de la localidad referida
Causa de Emergencia	Terremotos
Tipo Autoridad	Delegado Responsable
Máxima Autoridad o Delegado	Franklín Pacheco
Cargo	Delegado Técnico
Estado de Emergencia	Emergencia superada
Presupuesto utilizado	USD 38,003.15

Fechas de Control

Fecha de publicación de Resolución	2016-10-24 17:23:41
Fecha de Inicio de Emergencia	2016-05-30 17:22:00
Fecha de Finalización de la Emergencia	2017-03-30 11:22:30

Archivos Asociados

Archivo Obligatorio: Resolución Motivada para la declaración de emergencia

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
Resolución Contrataciones de Emergencia	Descargar

Documentación Adicional

Archivo Obligatorio: Resolución de delegación de funciones

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
Resolución Delegación de funciones	Descargar

Archivo Opcional

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
Resolución de inicio	Descargar

Archivo Obligatorio: Contiene el Informe general de resultados

Descripción del Archivo	Descargar Archivo
INFORME DE RESULTADOS	Descargar

Fuente: Obtenido de la página web del SERCOP⁹³.

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacionResolucion.cpe?idRes=6553>

⁹² Id.

⁹³ Id.

8.3. Portoviejo 2011: Recetarios Hospital de Portoviejo

En el 2011 el Hospital del IESS de la ciudad de Portoviejo bajo el procedimiento excepcional de contratación en situación de emergencia, contrató la adquisición de recetarios para los médicos de la entidad de salud, aludiendo que aquello constituye una circunstancia apremiante que debe ser paliada en el menor tiempo posible, por lo que la única vía para hacerlo es a través de la contratación directa que se deriva de la contratación pública en emergencia. De dicha contratación, se analizarán ciertos aspectos en el presente apartado.

¿Existe realmente una emergencia de conformidad con lo que dispone la normativa ecuatoriana en el presente caso? Para dar una respuesta a la interrogante, lo primero que se debe observar es la resolución de emergencia publicada en el SERCOP. En esta, no se especifica cual es la causal de la emergencia, sino que se establece de manera general que existe una circunstancia apremiante que debe ser atendida. De esta manera, la resolución contiene que:

[...] Se solicita de manera urgente la adquisición de 300 BLOCK RECETARIOS 20.5 X 10CM, PAPEL QUIMICO ORIGINAL Y 2 COPIAS, DEL 13001 AL 132000, DEL 132001 AL 16100, los mismos que son necesarios para que los médicos puedan prescribir los medicamento en el área de Hospitalización, Terapia Intensiva, Emergencia, Sala de Parto y Quirófano [...] ⁹⁴.

Al no encuadrarse dentro de una de las causales que manda la ley para proceder con el procedimiento excepcional de contratación en situaciones de emergencia, la entidad pública contratante afirma que la ley le faculta adquirir “las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia”⁹⁵, con lo cual pretende fundar que la adquisición de dichos recetarios se encuentra justificada.

Por otro lado, se puede decir que la adquisición de los recetarios médicos es una contratación que se realiza a menudo en un hospital, dados los servicios que estos brindan. Por lo que se entendería que constituye una contratación planificada en la entidad pública, cuestión que atenta contra las normas que rigen la contratación pública en situaciones de emergencia. Si bien es cierto, la norma prevé que de forma excepcional si se pueden llevar a cabo mediante el procedimiento excepcional los contratos que se encontraban

⁹⁴ “Resolución de Declaratoria de Emergencia No. PUB-001-EM-HPIESS”, Hospital General Portoviejo, acceso el 20 de octubre de 2020

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacionResolucion.cpe?idRes=521>

⁹⁵ *Id.*

planificados dentro de la entidad pública; no obstante, aquello solo puede proceder cuando exista estricta relación entre el contrato a efectuar y la emergencia, situación que no se evidencia en el presente caso.

En cuanto a la obligación de publicar la documentación relativa al contrato, se evidencia que la entidad pública contratante no publicó el contrato en emergencia celebrado para paliar la supuesta emergencia suscitada, como se demuestra a continuación, sino que únicamente consta en el Portal Web Institucional del SERCOP la resolución de emergencia, la resolución de adjudicación y la entrega de recetarios⁹⁶, en donde, el objeto del contrato se puede verificar de cierta forma en la resolución de emergencia, sin embargo, aquello no constituye, en ninguna circunstancia el contrato celebrado.

Ilustración 4: Captura de pantalla del SERCOP del procedimiento de contratación pública del Hospital General de Portoviejo - provisión de recetarios

The screenshot displays the 'Sistema Oficial de Contratación Pública' interface. At the top, it shows the date 'Viernes 13 de Noviembre de 2020 | 07:01' and a login button '[Ingresar al Sistema]'. The main section is titled '»Información Resolución de Emergencia' and includes a link to 'Ver resultados finales de las contrataciones realizadas'. Below this, there are two tables: 'Publicación de Emergencia' and 'Archivos Asociados'.

Publicación de Emergencia	
Entidad Contratante	HOSPITAL GENERAL - PORTOVIEJO
Número de Resolución	PUB-001-2011
Descripción de Resolución / Resuelve	DECLARATORIA DE EMERGENCIA PARA LA PROVISION DE 300 BLOCK RECETARIOS
Causa de Emergencia	Fuerza Mayor o caso Fortuito
Motivo/Justificación	POR DESABASTECIMIENTO DE RECETARIOS EN LA UNIDAD CON EL OBJETO DE QUE LOS MEDICOS PUEDAN PRESCRIBIR MEDICAMENTO HASTA LA ADQUISICION DE PROCEDIMIENTOS DINAMICOS
Tipo Autoridad	Representante Legal
Máxima Autoridad o Delegado	DAZA ALVARADO MARCELO ANTONIO
Estado de Emergencia	Emergencia superada
Presupuesto utilizado	USD 1,950.00

Fechas de Control	
Fecha de publicación de Resolución	2011-03-14 15:35:01
Fecha de Inicio de Emergencia	2011-03-14 15:32:00
Fecha de Finalización de la Emergencia	2011-03-16 15:36:24

Archivos Asociados	
Archivo Obligatorio: Resolución Motivada para la declaración de emergencia	
Descripción del Archivo	Descargar Archivo
RESOLUCION DE EMERGENCIA	Descargar
Archivo Obligatorio: Contiene el Informe general de resultados	
Descripción del Archivo	Descargar Archivo
RESOLUCION DE ADJUDICACION	Descargar
ENTREGA DE RECETARIOS / FACTURA	Descargar

Additional elements include a 'Documentación Adicional' link, an 'Imprimir' button at the bottom right, and a 'Ver resultados finales de las contrataciones realizadas' link at the top of the main section.

Fuente: Obtenido de la página web del SERCOP⁹⁷.

9. Control Ex Post

Una vez que se han celebrado los contratos públicos en situaciones de emergencia, el SERCOP tiene la facultad de tomar las acciones de control requeridas para cumplir con el control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública⁹⁸, a través del cual puede “recomendar a la entidad contratante la suspensión de cualquier

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Artículo 14, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018.

actuación o inclusive de la declaratoria de emergencia [...] por la inexistencia de nexo entre las contrataciones que se están realizando con la situación de emergencia declarada⁹⁹. Además, del control efectuado por parte del SERCOP, este último, en caso de que lo considere necesario puede informar a la Contraloría General del Estado (CGE) para llevar a cabo el control ex post a los procedimientos llevados a cabo¹⁰⁰.

Es así como, con fecha 14 de agosto de 2020, la CGE presentó un boletín, en el cual, se informa que, hasta aquella fecha, se estaba llevando a cabo exámenes especiales a las contrataciones públicas en situaciones de emergencias realizadas en el marco del COVID19.

Dichos exámenes especiales ascendían a más de 300 auditorías realizadas sobre todo a hospitales o dependencias de salud, Gobiernos Autónomos Cantonales y empresas públicas municipales¹⁰¹. En este boletín se indica que se llegó a la conclusión de que los problemas existentes en los contratos públicos en situaciones de emergencia celebrados durante este periodo se resumen en: incumplimiento de la normativa, sobrepagos en los contratos y adjudicaciones direccionadas¹⁰². De esta forma, el perjuicio al estado asciende a más de:

USD 17'887.852, monto que incluye valores por la adquisición de bolsas para cadáveres, insumos y dispositivos médicos, pruebas rápidas COVID-19, servicios de desinfección, kits de alimentos, y el anticipo no devengado de la construcción del Hospital de Pedernales, por USD 8'214.000¹⁰³.

De esta forma, se presenta el siguiente cuadro que resume las entidades auditadas, los contratos efectuados y la diferencia del valor del contrato que no se ha podido justificar:

Tabla 1: Datos derivados del control ex post realizado por parte de la CGE a las contrataciones públicas en situación de emergencia celebradas producto COVID19

Entidad	Compra	Diferencia Injustificada
Hospital de los Ceibos	4.000 bolsas para cadáver	54 8720
Hospital del Guasmo	144 bolsas para cadáver	19 287
	1.200 bolsas para cadáveres	65 136
	Insumos generales	36 786

⁹⁹ Artículo 364.1, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Ver*, “Boletín de la Contraloría General del Estado”, Contraloría General del Estado, acceso 20 de octubre de 2020 <https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=2673&tipo=doc>

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

	120 bolsas para cadáver	14 082
Hospital de Ibarra	200 bolsas para cadáver	6968
Construcción Hospital de Pedernales	Anticipo no devengado	821 400
Hospital Teodoro Maldonado Carbo	Medicamentos, insumos y equipos médicos	302692
	Equipos de prótesis	45 5880
	Insumos de stock crítico y suero para enfermería	29 5000
	Insumos de uso general y materiales de curación para enfermería	1 242 882
	Ventiladores mecánicos	8800
IESS	Insumos y dispositivos médicos	5 000 509
Servicio Nacional de Gestión de Riesgos	7.000 kits de alimentos	475 620
Prefectura del Guayas	50.000 kits alimenticios	85 320
	77.000 kits alimenticios	79 690
	Mascarillas y pruebas rápidas	319 500
EMAPS	Servicios de desinfección de instalaciones	409 312
	Equipos de protección	73 455
EMASEO	Equipos de protección	23 4124
Total		17 887 852

Fuente: Elaborado a partir del Boletín de la Contraloría General del Estado¹⁰⁴.

Por otro lado, la CGE manifiesta que, gracias a las auditorías y exámenes especiales realizados a los procedimientos de contratación pública en situaciones de emergencia, se han elaborado informes con indicios de responsabilidad de penal¹⁰⁵, con el fin de que se sancione a los funcionarios pertinentes, es decir, que a través de este control ex post que realizada dicha entidad se inicia el proceso penal pertinente a los funcionarios implicados.

Del análisis del control ex post se puede indicar que se ha optado por este mecanismo de vigilancia debido al carácter urgente que se manifiesta en este procedimiento contractual, es decir, para evitar que se cause un perjuicio mayor a los ciudadanos que han sido afectados por una circunstancia fatídica que ha habilitado el

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

procedimiento especial. Por lo que, para impedir que transcurra más tiempo entre la circunstancia presentada y la contratación a efectuarse, se eliminan pasos previos (como se ha demostrado a lo largo del ensayo) entre los cuales se incluye el control previo.

Por su parte, la existencia del Sistema de Datos Abiertos del SERCOP constituye por sí mismo una forma de control, al ser el espacio habilitado para conocer y estar al tanto de los procesos de contratación efectuados, no obstante, en líneas anteriores se demostró que las entidades públicas contratantes no cumplen con la disposición de publicar los documentos, situación que convierte al sistema de Datos Abiertos en ineficaz, y que el control ciudadano sea inaccesible.

10. Recomendaciones

Primero, se recomienda que se impulse el funcionamiento adecuado de los espacios en línea habilitados por el SERCOP, es decir, que esta entidad sea el ente veedor en todas las etapas del procedimiento, sobretodo en el inicio de este para evitar que se de paso a contrataciones en emergencia innecesarias.

En definitiva, el objetivo debe ser que los controles que existen en la actualidad efectivamente funcionen, por tanto, no hace falta que se establezcan nuevas herramientas de control, sino que se activen los existentes, lo cual envuelve que se haga cumplir la ley y se acate las disposiciones normativas por parte de todos los funcionarios de las entidades públicas.

En cuanto a la errónea aplicación de la ley, se recomienda que se instruya a los funcionarios públicos que están llamados a aplicarla, es decir, que es necesario que se socialice y se haga conocer a fondo los supuestos a los cuales se encuentra dirigido el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia. Asimismo, es menester que el SERCOP suspenda desde primer momento aquellos procedimientos que realmente no reúnen los requisitos establecidos por ley para proceder con la contratación directa, con lo cual la entidad sentaría precedentes que servirían de ejemplo para posteriores procedimientos de contratación.

Asimismo, se debe garantizar el correcto desarrollo y funcionamiento del Sistema de Datos Abiertos que tiene el SERCOP, en concordancia con la ideología de “Gobierno Abierto” que se pretende fomentar en el Ecuador, ya que este es el único medio con el que cuentan los ciudadanos para conocer acerca de los procedimientos de contratación que se efectúan, por tanto, la idea de que los ciudadanos son los principales y primeros veedores de la actividad pública se transforma en una realidad, como hasta en la actualidad no lo es debido a la deficiencia del sistema. De la misma forma, con el correcto

desarrollo de los sistemas o plataformas existentes, la Administración Pública lograría obedecer los principios normativos que se estipulan en dichos contratos.

11. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha analizado el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia desde diferentes aristas. De esta manera, del estudio de la legislación correspondiente, se concluye que el Ecuador cuenta con un sistema rígido a la hora de establecer el procedimiento a seguir y este a la vez se caracteriza por ser laxo, en comparación con los procedimientos comunes, dada la naturaleza apremiante de las situaciones en emergencia. Asimismo, se concluye que el problema no radica en la normativa vigente; sino en su errónea aplicación en la práctica, es decir que, los funcionarios, miembros de las entidades públicas, no emplean el procedimiento excepcional de la forma en que dispone la ley y asimismo no respetan los requisitos y principios.

De esta forma, a través de los procedimientos de contratación pública en situaciones de emergencia analizados, se ha logrado demostrado dos aspectos. Primero, existen ciertos contratos efectuados mediante el procedimiento excepcional que realmente no reúnen los requisitos o principios que dispone la ley para proceder con este régimen, sino que, dichas contrataciones podrían haber sido llevadas a cabo por medio de procedimientos de contratación común. Como consecuencia de este aspecto se destaca la falta de motivación en las resoluciones que justifican la situación de emergencia, escenario que tiene sentido, dado que, si en un principio la entidad pública en emergencia no se encuentra frente a una situación de emergencia, lo más probable es que no se logre motivar con los parámetros exigidos por ley. Por lo que se concluye que en Ecuador se presenta un erróneo enfoque al objeto de las contrataciones en situaciones de emergencia.

Segundo, se ha verificado que las entidades públicas no cumplen con su obligación de publicar los contratos públicos celebrados en la página web habilitada por el SERCOP, ni los informes parciales y periódicos requeridos en la ley, sino que, únicamente se limitan a publicar la resolución de emergencia, uno o dos informes y el informe final, en donde se suele hacer un resumen del contrato celebrado. No obstante, este informe final no puede compararse, equiparse, ni suplir la publicación del contrato en la plataforma habilitada.

En cuanto a las dificultades para elaborar el presente ensayo, se tiene que estas surgieron a la hora de analizar los contratos, dado que, como se mencionó anteriormente, la publicación de estos en la página web del SERCOP es casi inexistente, por tanto,

examinar el objeto para verificar si cumplen o no con los requisitos establecidos en la ley resultó complejo.

Por último, el presente ensayo tiene repercusiones y aportes en otras áreas diferentes al Derecho Administrativo, ya que, identifica un problema, que, si bien nace en aquella rama del derecho, generalmente termina en un extenso proceso penal, en donde no se soluciona la problemática de raíz, sino que únicamente se sanciona a los responsables; por tanto, a través de la investigación realizada se pretende soslayar y prevenir el problema detallado. Asimismo, el tema planteado abre otras líneas de investigación como lo es el control efectuado por parte de la CGE, la responsabilidad de los funcionarios públicos como consecuencia de las contrataciones efectuadas por la Administración Pública, la efectividad del control ex post, entre otras.