

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La Declaración de Emergencia como mecanismo de elusión de procedimientos comunes en el Sistema Nacional de Contratación Pública


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Ana Cristina Izquierdo Robles

Director:

David Fernando Torres Rodas

ORCID:  0009-0006-2555-8707

Cuenca, Ecuador

2023-07-10

Resumen

El presente trabajo investigativo se centra en el estudio de la declaración de emergencia y los procesos de contratación pública que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El objetivo principal es analizar tanto el procedimiento de régimen común como el procedimiento especial de contratación, examinando sus características, requisitos, rigurosidad y flexibilidad de sus procesos. Asimismo, se realiza un análisis del caótico escenario de compras públicas durante la emergencia sanitaria del Covid-19, tomando como caso de estudio un proceso de contratación ocurrido en 2020. A través de esta investigación se busca aportar al conocimiento y la comprensión de los mecanismos de contratación pública en situaciones de emergencia, identificando posibles desafíos.

Palabras clave: contratación pública, declaración de emergencia, emergencia sanitaria



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This investigative work focuses on the study of the emergency declaration and the public procurement processes contemplated in the Organic Law of the National Public Procurement System. The main objective is to analyze both the common regime procedure and the special hiring procedure, looking deep into the characteristics, requirements, rigor and flexibility of the processes. Likewise, an analysis of the chaotic scenario of public purchases during the Covid-19 health emergency, taking as a case study a contracting process that happened in 2020. Through this research, the aim is to contribute to knowledge and understanding of public procurement mechanisms in emergency situations, identifying possible challenges.

Keywords: public procurement, emergency declaration, health emergency



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice

Resumen	2
Abstract	3
Índice.....	4
Índice de Ilustraciones.....	6
Índice de Tablas.....	7
Dedicatoria	8
Agradecimientos	9
Introducción	10
Capítulo 1	11
Estado de Emergencia	11
1.1 Emergencia y Excepción	11
1.2 Estado de Emergencia y su Principio de Temporalidad	13
1.3 Estado de Emergencia en otras legislaciones	15
1.4 Estado de Emergencia y Compras públicas	18
Capítulo 2	21
Sistema Nacional de Contratación Pública: Procesos	21
2.1 Alcance de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	21
2.2 Los procedimientos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	22
2.2.1 Fases de la Contratación Pública	22
2.2.2 Procedimientos Dinámicos de Contratación Pública	39
2.2.3 Procedimientos de Contratación en Régimen Común	41
2.2.4 Procedimientos de Contratación en Régimen Especial	46
2.2.5 Procedimientos Especiales	54
Capítulo 3	59
Declaración de Emergencia en el Sistema Nacional de Contratación Pública	59
3.1 Características de las Situaciones de Emergencia	61
3.2 Procedimiento de Contratación en Situaciones de Emergencia	64
3.2.1 Etapa Preparatoria y Precontractual.....	65
3.2.2 Etapa Contractual	68
3.2.3 Etapa posterior a la Superación de la Emergencia	69

3.3 Vulnerabilidad y corrupción en Situaciones de Emergencia bajo la LOSNCP	70
3.4 Contratación Pública frente al COVID 19	72
3.5 Caso Adquisición de Reactivos para determinación de COVID 19 por PCR- POLIMERASA para la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito	76
Conclusiones	94
Referencias	96

Índice de Ilustraciones

Ilustración 1 Proceso Fiscalía	91
Ilustración 2 Proceso Fiscalía	92

Índice de Tablas

Tabla 1 Informe de ofertas	77
Tabla 2 Proceso de Contratación de Emergencia	80

Dedicatoria

Este trabajo de titulación se lo dedico a mi padre, una de las personas que más he amado y a la que más extraño. Fue la persona que me guio, me animo, me apoyo y me sostuvo en todo momento, nunca van a ser suficientes las palabras para terminar de agradecerle por todo lo que hizo, y sé que en lugar en donde se encuentre ahora se va a sentir orgullo de su pequeña niña. Te amo mucho Jack Eduardo.

Se la dedico a mi madre, mi mayor ejemplo de fortaleza y dedicación, te amo con todo mi corazón, espero siempre llenarte de alegrías y triunfos porque la que soy ahora te lo debo todo a ti.

Y por último, se la dedico a mi mejor amigo, mi compañero, mi hermanito Rafael. La persona que me demuestra que cada día es una aventura diferente, y que a pesar de nuestras diferencias somos el mejor equipo.

Siempre seremos los cuatro contra el mundo.

Agradecimientos

Para comenzar agradezco a la Universidad de Cuenca, en especial a la Facultad de Jurisprudencia por todos los años llenos de enseñanza y aprendizaje.

Al Dr. Fernando Torres Rodas, por la ayuda brindada en este trabajo de titulación; pues con su paciencia, apoyo y enseñanza fue mucho más llevadero el trabajo de investigación.

A mi inmensa familia, que nunca me ha dejado sola y siempre ha estado pendiente de mí.

A mi mejor amiga Alex, quien siempre me anime y me alienta en todo lo que me propongo lograr.

Y al apoyo incondicional de Jaime, Gaby, Thomas, Kevin y Theo, sin ellos, cursar esta carrera no hubiera sido tan emocionante; tengo la certeza de que haber coincidido en las aulas de clase fue una de las mejores aventuras de mi vida.

Introducción

El ordenamiento jurídico tiene como propósito establecer una serie de normas para regular una realidad específica, la cual se considera como propia de un momento determinado y se estima que cualquier modificación ocurrirá paulatinamente. Pero en el caso de estudio, hay una modificación abrupta e imprevista, lo que ha generado un giro en la legalidad y ha hecho que la permanencia sea considerada injusta e insegura, puesto que se enfrenta a la urgencia de la crisis y emergencia.

En ocasiones excepcionales, la seguridad jurídica debe renunciar a cierta estabilidad de derecho y al cumplimiento riguroso de normas y pactos, para poder conservarse. (Dromi, 2003)

En este trabajo de investigación, nos centraremos en los procedimientos aplicados en el campo de la contratación pública dentro del marco legal ecuatoriano, especialmente en el procedimiento especial de contratación en situaciones de emergencia, el cual permite satisfacer de manera inmediata las necesidades de las entidades públicas, ofreciendo una solución eficaz y rápida con el objetivo de superar la crisis existente.

Sin embargo, hay que tener presente que al implementar este proceso especial, surgen desafíos como un mayor riesgo de presentar actos de corrupción y abuso por parte de los funcionario o proveedores, ya que al tratarse de un procedimiento de aplicación directa, no se exigen todos los lineamientos y filtros necesarios que emplea normalmente un procedimiento de régimen común.

En este punto de la investigación, se plantea la interrogante sobre si, en situaciones de emergencia, existen funcionario y/o proveedores que buscan aprovechar la flexibilidad del procedimiento especial con el objetivo de eludir el procedimiento común del Sistema Nacional de Contratación Pública; en caso de esto se suceda, se cuestiona si realmente logran su objetivo.

Capítulo 1

Estado de Emergencia

El Estado de Emergencia en la contratación pública se entiende como una medida excepcional que faculta a las entidades públicas a agilizar los procesos de contratación en situaciones de emergencia que demandan una respuesta rápida. Según el numeral 31 del artículo 6, las situaciones de emergencia se conciben como eventos significativos como accidentes, sismos, inundaciones, disturbios internos, amenazas bélicas internacionales, catástrofes naturales y en los casos en lo que se presenten situaciones de fuerza mayor o eventos imprevistos a nivel nacional, sectorial o institucional, la emergencia que se caracteriza por ser específica, instantánea, no anticipada, comprobada y objetiva, así lo establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Con el Estado de Emergencia, las entidades públicas tienen la facultad de eludir los procesos de contratación de régimen común para poder contratar de manera ágil, oportuna y efectiva, sin embargo, hay que destacar que este mecanismo también conlleva un riesgo de abuso y corrupción, por lo que se requiere que las entidades responsables ejerzan un riguroso control sobre el proceso.

1.1 Emergencia y Excepción

Para Dallas, en su investigación de emergencia y control de la delegación legislativa, sienta que la raíz etimológica de la palabra “emergencia” proviene del latín “emerger”, lo que implica un proceso de transición desde una situación excepcional hacia un estado normal. (Dallas, 2003) En el Ecuador, a lo largo del tiempo, hemos observado diversas situaciones de emergencia que han llevado a la adopción de medidas fundamentadas en la Constitución, leyes, y demás normativa vinculante, con el único objetivo de superar dichas situaciones imprevisibles, las cuales no pueden prologarse indefinidamente.

En el ámbito de la contratación pública, los términos de “emergencia” y “excepción” han sido tratados de manera similar en cuanto a su valor jurídico, lo que ha llevado a una falta de claridad en cuanto a su distinción. La autora Susana Albense, al citar al experto Bidart Campos, propone una definición más precisa del término de emergencia, pues establece que las emergencias corresponden a situaciones anormales o críticas, que pueden ser tanto

previsibles como imprevistas, pero a su vez, se las considera excepcionales debido a que se alejan del orden previsto en la Ley; por lo que, son consideradas peligrosas y requieren medidas para garantizar la seguridad jurídica, aplicando la doctrina del estado de emergencia. (Albenese, 2004)

La Real Academia ofrece una definición acerca del estado de emergencia, el cual indica que es una situación en la que se procede a declarar la presencia de un grave peligro debido a conflictos sociales, catástrofes naturales u otras cosas. (Real Academia Española, 2022) Lamentablemente, en los países latinoamericanos existe una tendencia a considerar a las palabras urgencia, necesidad o excepción como sinónimos, todas ellas utilizadas para describir medidas provisionales urgentes que buscan proteger el bien público y la seguridad en general. (Cisneros Salgado, 2013)

Continuando con el concepto de excepción, la Real Academia lo establece en relación al estado de excepción, como la medida que el Gobierno declara en caso de grave perturbación del orden y que conlleva a la suspensión de ciertas garantías constitucionales. (Real Academia Española, 2022) Esta definición de igual forma conserva ciertas similitudes con la definición de emergencia previamente mencionada.

Encontramos diversas definiciones y variaciones en cuanto al uso de estas palabras en las distintas legislaciones internacionales, pero es importante tener en cuenta que, en el Ecuador, el término de excepción hace referencia al estado de emergencia/excepción contemplado en el art. 164 de la Constitución de la República; mientras que el concepto de emergencia se emplea para declarar, a través de un procedimiento especial, la contratación de recursos (bienes o servicios) en el ámbito público, de acuerdo con lo que establece el artículo 57 de la LOSNCP. (Cisneros Salgado, 2013)

El estado de emergencia en la contratación pública se refiere a una situación en la que se aplican procesos especiales de contratación debido a una situación de emergencia imprevisible; estos procedimientos se implementan con el objetivo de facilitar procedimientos rápidos y flexibles para una adquisición ágil, mientras se satisface las necesidades de la entidad pública.

Es relevante destacar que las entidades públicas tienen la facultad de emitir una resolución que declare la situación de emergencia, sin depender de una declaración de estado de

excepción, decretado por el Presidente de la República. Cada figura es independiente con propósitos diferentes.

1.2 Estado de Emergencia y su Principio de Temporalidad

El principio de temporalidad se esencial para el estado de emergencia, ya que su fin principal es imponer un límite necesario en cuanto a su duración, evitando que se extienda de manera indebida y, por ende, se convierta en una medida permanente. (Despouy, 1997)

El doctrinario Ramiro Ávila, sustenta que los principios son normas que tienen cierta ambigüedad al momento de aplicarse para resolver conflictos normativos o solucionar vacíos legales, lo que implica que los jueces deban interpretarlos para encontrar una solución. Estos principios son generales ya que nadie está exento de su respeto, y son abstractos porque funcionan como herramientas para interpretar las normas aplicadas a hechos específicos. (Medina, 2018)

La temporalidad es un aspecto fundamental que caracteriza a cualquier estado de excepción. De acuerdo con este principio, el estado no puede prologarse de manera indefinida o permanente, (Vivanco Maldonado, 2022) y es por esto, que es crucial aplicar el estado de emergencia con prudencia e inteligencia.

Como potestad del Presidente, es el de emitir un Decreto de Estado de Emergencia, también incluye decidir sobre su vigencia. La Constitución reconoce, en su artículo 164, que el estado de emergencia tendrá vigencia hasta por noventa (90) días, dividido este tiempo en dos partes: el primero, con la declaratoria se otorga una vigencia de hasta sesenta (60) días; y el segundo, en caso de renovación por hasta treinta (30) días más; por lo que no cabe expedir estados de emergencia sucesivos, ilimitados e indefinidos; y cabe mencionar que no se encuentra establecido en la norma una renovación adicional.

Al tratarse del principio de temporalidad, la preposición -hasta- señala claramente que tanto la vida jurídica de la declaración como su renovación están limitadas en el tiempo, por 60 y 30 días respectivamente. El artículo 30 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado (LSPYE) precisa de mejor manera el principio, ya que se establece que la duración debe adaptarse a las necesidades de la situación que se está enfrentando y no debe prolongarse más allá de lo debido, es importante evitar una extensión innecesaria. (Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2010) Puesto que, si la crisis llega a ser permanente, es

responsabilidad del Estado asegurar condiciones necesarias para enfrentar las situaciones de manera ordinaria.

El estado de emergencia es una institución política, constitucional y jurídica que se utiliza para gobernar en circunstancias inestables o crisis perturbadoras, con el fin de salvaguardar y restablecer la seguridad pública. Sin embargo, debido a su potencial para ser utilizada de manera arbitraria por el Presidente de la República, se debe tener precaución en su uso. (Medina, 2018)

El punto clave en esta situación es discernir cuando las crisis son extraordinarias y no males permanentes, pues en la legislación ecuatoriana se puede hallar numerosos ejemplos de estados de emergencia que excedieron el tiempo establecido en la Constitución, lo que condujo a la distorsión del marco jurídico.

Según el análisis por periódicos de Gobierno, se pueden identificar dos períodos diferentes: El primero, con una frecuencia baja, se extiende desde 1979 hasta 1999 y cuenta con un total de 73 decretos, siendo los gobiernos de Febres Cordero (17) y Durán Ballén (14) los que registraron los mayores picos en su uso. En cambio, en el segundo período, con una frecuencia alta, cubre un periodo de 2000 a 2011 y registra un total de 243 decretos, siendo el gobierno de Noboa (30) el que dio inicio a esta tendencia y el gobierno de Correa (131) el que más decretos emitió. (Benavides Llerena, 2011)

Uno de los ejemplos más concretos, es el caso de PetroEcuador, donde los Decretos de Estado de Emergencia se prolongaron por un período mayor al esperado, llegaron a durar alrededor de 16 meses consecutivos. Las declaraciones y renovaciones de excepción se dieron consecutivamente, por lo que el plazo máximo fijado de noventa (90) días fue superado en más de una ocasión. Incluso hubo casos en que se declaró un Estado de Emergencia inmediatamente después de otro, como sucedió con el Decreto de Estado de Emergencia No.1440 del 19 de noviembre de 2008 y el No.1544 del 20 de enero de 2009. Es evidente que no se cumplió con el principio de temporalidad, lo que impide que una situación extraordinaria se prolongue de manera injustificada en el tiempo. Es importante mencionar que el Decreto de Estado de Emergencia No.1440 emitido durante el gobierno de Correa, es el antecedente de otros 84 decretos emitidos desde finales del 2008 hasta inicios del 2017, tras la promulgación de la Constitución de 2008. (Medina, 2018)

Cabe aclarar que el Ecuador no es el único país en donde hay evidencia del uso arbitrario y desmesurado de esta institución jurídica; pero hay que tomar en cuenta las medidas que establece el país vecino, Colombia, para frenar de alguna manera este indebido manejo.

La sentencia C-802-02 de la Corte Constitucional de Colombia establece que el principio de temporalidad implica la limitación y definición en el tiempo de las medidas excepcionales y sus efectos. Asimismo, se indica que bajo este criterio se hace necesario reparar los daños ocasionados a las personas afectadas. Además, se especifica que el estado de excepción debe finalizar justo en el momento en que cesa la amenaza que lo motivó o cuando se puede manejar la perturbación a través de las facultades ordinarias. (Medina, 2018)

Existe en Colombia una limitación en cuanto a la cantidad y el plazo de los estados de excepción que el Presidente puede proclamar en el transcurso de un mismo intervalo anual. Esta medida busca evitar el uso arbitrario y garantizar que el Estado no esté sujeto al poder ilimitado del gobernante de turno. Sería adecuado incluir esta medida en la legislación ecuatoriana con el fin de prevenir cualquier posible abuso de poder.

Es indudable que un Estado requiere de instituciones jurídicas como los estados de emergencia, porque son sumamente necesarios en situaciones extraordinarias, graves e intempestivas, siendo estas impredecibles, y que provocan un gran peligro en la sociedad; a pesar de todo lo que conlleva y de la gravedad que implica su uso, el estado de emergencia no es una renuncia a los derechos garantizados por la Constitución, sino que es un mecanismo especial que habilita y, al mismo tiempo, limita la concentración máxima de poder. (Garrido López, 2007)

1.3 Estado de Emergencia en otras legislaciones

Al comprender mejor las implicaciones de un estado de emergencia, en cuanto a su denominación y su propósito como medida extraordinaria para afrontar situaciones excepcionales; es importante examinar como se aplica esta institución en países cercanos como Colombia y Venezuela, donde ya se identifica una diferencia por su origen. Por lo que considero de gran valor conocer más sobre estos casos.

1.3.1 Colombia

La Constitución Colombiana de 1991 contempla un estado de guerra exterior como un escenario extremo con posibles consecuencias a nivel regional y local. Según el artículo 212, los decretos legislativos emitidos por el gobierno suspenderán la normativa incompatible con el estado de guerra y estarán en vigencia por el tiempo que ellos mismos establezcan, pero dejarán de tener efecto una vez que se declare restablecida la normalidad. En cualquier momento, el Congreso puede reformar o derogar estas medidas. (Constitución Política de Colombia , 1991)

En la Constitución colombiana se establece otro caso que justifica la declaración del estado de conmoción interior, cuyo factor para declarar es la grave perturbación del orden público que no puede resolverse con las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía y que amenaza la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; como lo establece el artículo 213: en situaciones graves, el Presidente de la República, previa firma de los ministros, tiene la facultad de declarar el estado de conmoción interior. Esta medida puede aplicarse en todo el territorio colombiano o en una parte específica, y su duración no debe superar los noventa (90) días; además, puede ser prorrogado por dos (2) periodos iguales, siempre y cuando se cuente con la aprobación previa y favorable del Senado de la República en el segundo periodo. (Constitución Política de Colombia , 1991)

La siguiente opción que hay en la Constitución Colombiana es declarar el estado de emergencia cuando ocurren situaciones imprevistas, como desastres naturales, crisis económicas causadas por la caída de los precios, escasez de combustible, enfermedades altamente contagiosas, entre otros eventos que pueden afectar gravemente la estabilidad económica, social o ecológica del país. En caso de que ocurran estos sucesos, los cuales no se encuentran contemplados en los artículos 212 y 213 de la Constitución, el Presidente, con el apoyo de todos los ministros, puede declarar el estado de emergencia. La medida tendría una duración máxima de treinta (30) días, y no se pueden acumular más de noventa (90) días declarados en el mismo año calendario. (Constitución Política de Colombia , 1991)

La vigencia de las medidas excepcionales en Colombia fue limitada por la Constitución de 1991, debido a que los delegados de la Asamblea Constituyente manifestaron su inquietud por la falta de límites en la Carta Política de 1886. Lo lógico se podría decir que es el no limitar el tiempo, porque no se puede llegar a predecir cuándo concluirá la situación perturbadora. Pero basados en la realidad que ha demostrado Colombia con los estados

de excepción, la prolongación del tiempo del estado de excepción no resuelve el desorden, sino que da evidencia de que llega a agravarlo. (Medina, 2018)

1.3.2 Venezuela

El artículo 337 de la Constitución de Venezuela, establece que el Presidente tiene la facultad de declarar estado de excepción en situaciones en las que los ciudadanos, las instituciones y la seguridad de la nación se ven afectadas gravemente por circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico y las medidas existentes son insuficientes. Sin embargo, en el artículo 338 se especifica la designación para cada situación: estado de alarma por 30 días (renovable); estados de emergencia económica por 30 días (renovable); para situaciones y estados de conmoción interior por 90 días (renovable). El autor Carlos Medina destaca la importancia de distinguir entre estas categorías para evitar la utilización inapropiada o abusiva de estas medidas excepcionales, ya que los eventos naturales como sequías, terremotos o inundaciones se diferencian de las protestas políticas y los levantamientos armados. (Medina, 2018)

Se puede declarar el estado de alarma en caso de que se produzcan catástrofes o calamidades públicas, o cualquier otro acontecimiento similar que comprometa la seguridad de la Nación o sus ciudadanos, y su duración no debe superar los treinta (30) días, pero puede ser prorrogado por otros treinta (30) días; por otro lado, el estado de emergencia económica se puede declarar si hay situaciones económicas extraordinarias que puedan afectar negativamente la economía nacional, y su duración máxima es de sesenta (60) días, con posibilidad de una prórroga del mismo período. En cuanto, al estado de conmoción interior o exterior, se puede declarar en situaciones de conflicto interno o externo que pongan en peligro la seguridad nacional, los ciudadanos o las instituciones, con una duración máxima de noventa (90) días y con la posibilidad de prórroga por otros noventa (90) días. En relación a la prórroga de los estados de excepción, la Asamblea Nacional tiene la autoridad para otorgar la aprobación correspondiente. Además, existe una ley orgánica destinada a regular los estados de excepción y establecer las medidas que se pueden adoptar en consecuencia. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999)

1.3.3 Ecuador

La Sentencia No. 001-08-SEE-CC de la Corte Constitucional menciona la opinión del doctrinario Adolfo Gabino, quien sostiene que un Estado Democrático debe contar con

herramientas en su Constitución para hacer frente a situaciones críticas que pongan en peligro la subsistencia del Estado, aun cuando esto implique la concentración temporal del poder en ciertas personas u órganos y la restricción de los derechos y garantías constitucionales. (Corte Constitucional, 2008)

En la Constitución de la República del Ecuador se utiliza una única denominación para referirse a la institución del estado de excepción o emergencia. No obstante, existen seis posibles situaciones o causales, como la agresión, el conflicto armado interno o internacional, conmociones internas graves, calamidades públicas o desastres naturales, por las que se podría declarar un estado de excepción. (Constitución de la República del Ecuador, 2008); de acuerdo con el artículo 164, es importante resaltar que no se establece ninguna diferencia entre los distintos motivos que pueden dar lugar a la declaración de un estado de excepción o emergencia, ya que todos se denominan de la misma manera. Además, el período de duración puede extenderse hasta los sesenta (60) días y, en caso de persistir las circunstancias que llevaron a su declaración, se puede renovar por treinta (30) días adicionales. En consecuencia, el estado recurre a esta herramienta legal para hacer frente a situaciones excepcionales y emergentes. (Corte Constitucional, 2008)

La decisión de regular el estado de excepción a nivel constitucional es ampliamente justificada, ya que su aplicación puede afectar los derechos humanos y el equilibrio de poder en mayor o menor medida. (Vivanco Maldonado, 2022) Según Sebastián Echeverría Duque, los estados de emergencia son herramientas empleadas por los líderes gubernamentales para hacer frente a situaciones excepcionales y amenazas graves para la nación. Por lo tanto, deben ser regulados en las constituciones para asegurar su uso adecuado. (Medina, 2018)

1.4 Estado de Emergencia y Compras públicas

Al darse un Estado de Emergencia, las medidas que llegue a tomar el gobierno siempre traerán consecuencias, en distintas áreas, tanto sociales, económicas o políticas; pero nos centraremos en el ámbito económico, sin perjuicio de la problemática social y jurídica.

La declaración de un estado de emergencia siempre tiene un impacto en la economía del Ecuador, ya que normalmente se toman medidas económicas inmediatas en la esperanza de que sean rápidas y efectivas, entre las cuales se encuentran las compras públicas.

Rozenwurcel y Fernández definen las compras públicas son todas aquellas operaciones en las que el Estado adquiere bienes y servicios con el propósito de cumplir los objetivos que la sociedad le ha asignado. (Quevedo-Barros & Vásquez, 2020)

Según lo dispuesto en el art. 288 de la Constitución, las compras públicas deben cumplir con estándares de eficiencia, transparencia, calidad y responsabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008), recalcando que se priorizará los productos y servicios nacionales.

Asimismo, la LOSNCP establece en su artículo 57 que el Estado ecuatoriano debe seguir un proceso precontractual con el fin de concretar las contrataciones requeridas para responder de manera urgente a situaciones apremiantes, como las que pueden surgir a causa de catástrofes naturales, conmoción interna, accidentes y otras circunstancias imprevistas y graves. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Ahora bien, debido a la naturaleza de emergencia, la contratación pública que se realiza para hacer frente a situaciones de crisis debe ser limitada y seguir los criterios objetivos establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. No cabe duda de que las situaciones de emergencia tienen que contar con procedimientos ágiles, porque al presentarse un acontecimiento que necesita soluciones urgentes y este no puede ser resuelto dentro de un procedimiento ordinario, se debe seguir con otro procedimiento que se adecue a la necesidad que se requiere en ese momento. Por lo que, mediante la Asamblea Constituyente, se incorporó dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el procedimiento denominado contrataciones en situaciones de emergencia. (Lozada Vargas, 2015)

La normativa permite a las entidades contratistas emplear de manera directa y expedita los procedimientos establecidos para enfrentar rápidamente situaciones graves e imprevistas, evitando que la crisis se prolongue y se convierta en un problema permanente. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta forma excepcional de contratación debe ser utilizada con prudencia y solo en casos precisos, y que se deben buscar y analizar los medios más adecuados para garantizar un control interno y externo eficiente; el objetivo es utilizar esta herramienta únicamente por el tiempo necesario para superar el problema sin abusar de ella. (Paliz Núñez, 2007)

La situación lamentablemente es que, antes se requería autorización del Presidente de la República y a continuación informes favorables de la Procuraduría y la Contraloría General para llevar a cabo el procedimiento de contratación de emergencia. Sin embargo, estos controles previos se han derogado progresivamente hasta el punto en que actualmente no se requiere ningún consentimiento anticipado de las entidades correspondientes; por lo tanto, la responsabilidad exclusiva del proceso de contratación de emergencia recae en la máxima autoridad de las entidades contratantes, mientras que la Contraloría se encarga de supervisarlos. (Lozada Vargas, 2015)

Se debe observar claramente que en los últimos años ha habido un aumento considerable en el uso de los procesos excepcionales en la Contratación Pública para abordar situaciones de emergencia por parte de diversas instituciones públicas; Varios de estos contratos, casos de grandes sumas económicas, mostraron evidencia de contener varias anomalías legales ocurridas dentro del proceso directo que se les aplicó por encontrarse en un estado de emergencia. Esto genera la duda de si en verdad el régimen de contratación abierto que estamos empleando es transparente y hace uso óptimo de los recursos, es decir, que los recursos sean adecuadamente invertidos y las contrataciones sean eficientes.

En consecuencia, se han registrado diversos casos notables de corrupción a nivel nacional, provincial y municipal, tales como el escándalo del Hospital del IESS y el que involucra a la empresa Municipal de Agua Potable de Quito; y justamente ahora acabamos de salir de un estado de emergencia provocado por la pandemia del Covid-19, e incluso aquí la fiscalía abrió numerosas investigaciones relacionadas con diversos delitos a nivel nacional, tales como corrupción, malversación de fondos, obtención ilegal de beneficios, influencias indebidas, entre otros. (Martínez Recalde, 2020)

Se puede concluir que, debido a la falta de regulaciones estrictas, la contratación en situaciones de emergencia puede ser empleada para evitar el procedimiento de contratación común, establecido por la Ley, en lugar de ser una solución eficiente y rápida. Esto puede llevar a un uso excesivo de recursos y a un resultado contrario al objetivo original de la figura excepcional.

Capítulo 2

Sistema Nacional de Contratación Pública: Procesos

Las entidades públicas del Estado se convierten en la figura más prominente para contratar recursos (bienes, servicios y/u obras) necesarios con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la sociedad en su conjunto. (Lozada Vargas, 2015) por consiguiente, se persigue garantizar el correcto desempeño de los mecanismos de contratación con la finalidad de gestionar de manera efectiva los recursos y establecer criterios objetivos en los procedimientos, para evitar cualquier posibilidad de elusión o desviación en las contrataciones públicas.

Para Rafael Manzana Ortega, es crucial la importancia de garantizar la transparencia en el manejo de recursos públicos, sin importar cuán efectivamente y con honestidad sean administrados. El fin es evitar posibles malinterpretaciones o mala utilización, y en cambio demostrar una aplicación adecuada y sin sospechas que pueda dañar la reputación de quienes los manejan. (Manzano Ortega, 2004)

2.1 Alcance de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La actividad contractual está regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, cuerpo normativo que se analizará, ya que contiene los procedimientos dinámicos, de régimen común, de régimen especial y especiales, dentro de los últimos se encuentra el régimen de contratación en situaciones de emergencia.

La LOSNCP surge como resultado de la obligación de establecer un sistema que unifique y coordine todas las entidades en las áreas de planificación, coordinación, supervisión, administración y adquisición de productos y servicios, así como en la realización de obras públicas y financieras con fondos estatales. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La Ley de Contratación Pública (LOSNCP) es el conjunto de normas que establecen los principios y las reglas que rigen los procesos de contratación, su objeto se encuentra detallado en su artículo 1, así como las entidades públicas que pueden ejecutarlo. Esta Ley, referente a la contratación pública, está estructurada en cinco títulos y a diferencia de las leyes que le preceden.

A su vez, la LOSNCP, establece de manera específica las entidades públicas que están sujetas a la normativa, incluyendo aquellas entidades privadas que hacen uso de recursos públicos. (Lozada Vargas, 2015) La unificación de todas las entidades bajo una misma Ley fue una iniciativa importante para mejorar el control, ya que antes había dificultades debido a que cada entidad contratante tenía su propia normativa y la Contraloría General del Estado no podía cumplir eficazmente con sus funciones de control.

Desafortunadamente, desde la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), algunas entidades contratantes han utilizado el régimen excepcional de contratación pública en situaciones de emergencia como un mecanismo para eludir los procedimientos comunes de contratación pública, y en consecuencia ocasionar graves perjuicios a los intereses públicos, violando los principios y normas que rigen la contratación pública.

2.2 Los procedimientos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Los procedimientos plasmados en la LOSNCP, específicamente en el título tres, son utilizados para que se lleve a cabo las contrataciones requeridas por el Estado para satisfacer las necesidades públicas; es por lo que se debe realizar un procedimiento administrativo, como regla general, para la selección de los contratistas, los cuales a su vez deben seguir cada uno de los pasos y requisitos precontractuales correspondientes plasmados en la norma. (Lozada Vargas, 2015)

Sin embargo, por diferentes situaciones o causas, la regla general cuenta con sus respectivas excepciones, pues el legislador ha dado paso a procedimientos sintetizados o simplificados, que permite a las entidades públicas realizar el proceso de contratación en un plazo más corto e incluso llegar a contratar de manera directa.

2.2.1 Fases de la Contratación Pública

Los diversos procesos comprendidos en la LOSNCP se deben cumplir estrictamente por parte de las entidades encargadas de contratar, con el fin de logara una contratación de manera apropiada. El proceso se divide en diferentes fases, que varían en su duración según la complejidad del objeto a contratar y el monto involucrado, hasta culminar en la

obtención del contrato administrativo; se puede apreciar en la Ley y en el Reglamento 4 fases dentro del proceso de contratación pública, primero está la fase preparatoria; segundo, la fase precontractual; y tercero, la fase contractual; adicionalmente puede darse una cuarta fase designada al control y la evaluación de la contratación pública.

La legislación en Ecuador establece tres etapas para los procedimientos de contratación, mientras que la doctrina española señala que la contratación pública debe estar sujeta a diferentes procedimientos. De hecho, antes de celebrar el contrato, es necesario llevar a cabo varias acciones previas, divididas claramente en dos etapas: la preparación del contrato y la selección del contratista, lo que conduce finalmente a la adjudicación del contrato. (Díaz Colmachi, 2019)

El primer capítulo del Reglamento a la LOSNCP, desde el artículo 41, explica con mejor detalle cada uno de los pasos necesarios en el proceso de contratación, pues el objetivo siempre será garantizar una selección eficiente de proveedores, al mismo tiempo que se busca asegurar la transparencia y equidad en todo el proceso. Las fases se encuentran divididas de la siguiente manera:

- *Preparatoria*: El primer paso para la contratación consiste en desarrollar el Plan Anual de Contratación o identificar las necesidades que tiene la institución → hasta la suscripción de la resolución de inicio;
- *Precontractual*: Aquí el proceso empieza con la divulgación en el Portal de Compras Públicas de la resolución de inicio → hasta la adjudicación o declaratoria de desierto o cancelación;
- *Contractual o de Ejecución del contrato*: El proceso comienza con la firma del contrato → hasta la firma del acta que da constancia de la entrega, recepción y conclusión del contrato; y,
- *Evaluación*: La conclusión del proceso se da al momento de suscribir el acta de entrega y recepción o al finalizar el contrato, incluyendo todas las acciones posteriores, incluso la evaluación ex post. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

2.2.1.1 Fase Preparatoria

De acuerdo con la LOSNCP, la fase preparatoria incluye un proceso de planificación antes de convocar un procedimiento de contratación pública. Dicha fase es sumamente relevante, ya que su propósito es cumplir con los objetivos, metas y necesidades institucionales. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) en este punto inicial, se busca garantizar una utilización adecuada, eficiente y transparente de los recursos públicos. Para una mejor apreciación se describirán cada uno de los pasos de la fase preparatoria a continuación, comprendidos en el Reglamento, desde el artículo 43 hasta el artículo 70:

- 1) *Plan Anual de Contratación (PAC)*: Anualmente, antes del 15 de enero, las entidades encargadas de contratación deben crear un plan que contemple sus necesidades de contratación para el año en curso, ya sea por su máxima autoridad o a través de un delegado. Este plan debe incluir todas las compras de bienes, servicios y obras, así como la contratación de servicios de consultoría.
- 2) *Informe de Necesidad*: Se requiere que se realice una evaluación exhaustiva del valor y la eficiencia de la contratación en cuestión en este paso, y que se documente en un informe de necesidad de contratación elaborado por la unidad que solicita el bien, servicio u obra.
- 3) *Certificación PAC*: Es esencial que la empresa contratante haya planificado y publicado adecuadamente la contratación en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, lo que garantiza que ha obtenido la Certificación PAC. Es por eso que cada proceso de contratación debe cumplir con este requisito crucial.
- 4) *Estudios*: Previo al inicio de cualquier procedimiento precontractual, la entidad correspondiente debe tener a su disposición estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, así como especificaciones técnicas que estén vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad; (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) para garantizar el cumplimiento adecuado de la Ley y elegir el procedimiento precontractual apropiado, es necesario que el estudio incluya un presupuesto detallado y justificado en todo momento.
- 5) *Objeto de Contratación*: El objetivo de este proceso es que la empresa contratante describa con claridad y precisión el bien, servicio u obra que desea contratar, de modo que los proveedores puedan comprender y presentar ofertas adecuadas y competitivas. Todos los detalles, características y especificaciones técnicas necesarias para satisfacer los requisitos de adquisición de la entidad contratante deben incluirse en este documento.

Este paso es crucial en la fase preparatoria, ya que asegura una utilización efectiva y eficiente de los recursos públicos al justificar adecuadamente y relacionar bien las necesidades institucionales de la entidad contratante.

- 6) *Presupuesto referencial*: Cuando las entidades contratantes consideren publicar sus procesos de contratación, es necesario que incluyan un presupuesto referencial que se ajuste a las condiciones actuales del mercado. Este es el motivo por el cual tanto el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) como la Contraloría General del Estado proporcionan criterios para determinar un presupuesto razonable según las necesidades de cada entidad. Cabe destacar que dicho presupuesto no debe incluir impuestos.
- 7) *Especificaciones Técnicas y Términos de referencia*: Durante esta etapa de la fase preparatoria, es fundamental especificar con exactitud y detalle las características y requisitos técnicos del bien, servicio u obra que debe ser contratado. Para ello, debe haber una estrecha relación entre estas formulaciones y el objeto de contratación. La especificación técnica define los requisitos básicos que deben tener los bienes o servicios solicitados, mientras que los términos de referencia detallan las condiciones exactas en las que se llevará la consultoría o se proporcionarán los servicios requeridos. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)
Entre los aspectos que deben incluirse en las formulaciones, están las características técnicas, los requisitos técnicos de calidad y rendimiento que solicita la entidad contratante, las pruebas y ensayos que se realizaron para garantizar el cumplimiento de la adquisición requerida, los plazos de entrega, garantía y términos de pago, etc. Es fundamental tener presente que las especificaciones técnicas y los términos de referencia deben cumplir obligatoriamente con los principios de economía y eficiencia, de forma que se pueda elegir la oferta optima en términos de calidad, costo y tiempo de ejecución, entre todo lo mencionado.
- 8) *Certificación de Disponibilidad de Fondos*: Con este paso se verifica la existencia de los recursos presupuestarios que se necesitan para cubrir los gastos de la contratación pública, con ello garantizamos que la entidad cuente con los recursos financieros antes de comprometer el gasto correspondiente a la contratación. El certificado debe ser emitido por el titular o un responsable de la entidad contratante.
- 9) *Pliegos*: Los procesos de contratación pública dependen en gran medida de estos instrumentos, que son esenciales para su realización efectiva y eficiente, pues son

el conjunto de documentos que establecen las bases, los términos de referencia, especificaciones técnicas, condiciones, requisitos y demás aspectos relevantes y solicitados para la realización de un proceso de contratación pública.

Es esencial que los pliegos se redacten de manera transparente y cumpliendo con los principios de igualdad, libre competencia y no discriminación, para asegurar un proceso justo y objetivo de selección de proveedores. Además, es importante mencionar que los pliegos deben ser publicados en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, con el fin de que todos los posibles oferentes puedan acceder a ellos y presentar ofertas adecuadas, basadas en la información que contendrán los pliegos publicados.

- 10) *Informe de Pertinencia*: La finalidad de este informe es analizar si es conveniente y beneficioso llevar a cabo la contratación pública, por lo que debe ser elaborado con imparcialidad y transparencia. Para este proceso de contratación, la máxima autoridad de la entidad contratante o su representante deben pedir a la CGE que emita un informe de adecuación. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

La fase preparatoria de la contratación pública es clave para prevenir la corrupción, ya que es durante esta etapa donde se pueden crear las condiciones que favorecen la ocurrencia de futuros actos corruptos en las etapas siguientes. En consecuencia, es crucial dar una atención especial a esta etapa, con el objetivo de garantizar la transparencia y legalidad a lo largo de todo el proceso de adjudicación. (Díaz Colmachi, 2019)

2.2.1.2 Fase Precontractual

Siguiendo con el análisis de las fases de la contratación pública, la fase precontractual inicia con la convocatoria, y la resolución administrativa que da inicio al proceso, la cual expresa la intención de la administración de adquirir lo indicado en los pliegos publicados en el Portal de COMPRASPÚBLICAS. (Díaz Colmachi, 2019) por lo que la fase precontractual viene a ser un conjunto de actividades y procedimientos realizados por la entidad contratante previos a la celebración de un contrato público con el proveedor seleccionado.

El SERCOP define la fase contractual de la contratación pública, a través de sus resoluciones, de la siguiente manera: el proceso se inicia cuando se publica el procedimiento en el Portal Institucional del SERCOP y abarca varias etapas, como la de

preguntas y respuestas, la eventual modificación de las condiciones contractuales o pliegos, la cancelación del proceso si es necesario, la recepción y apertura de las ofertas, así como la validación y evaluación de errores. Además, este proceso también involucra la presentación del informe de la comisión técnica o del delegado, la resolución y divulgación de la adjudicación o la decisión de declarar desierto el proceso, así como cualquier otro acto que tenga lugar desde la convocatoria y hasta la adjudicación o la declaración del proceso de contratación. (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2018)

De lo dicho, el Reglamento a la LOSNCP abarca de manera más detallada todo el proceso que implica la fase precontractual, desde el artículo 71 hasta el artículo 91, los cuales serán explicados brevemente a continuación:

- 1) *Publicación de la Convocatoria*: Una vez que se tengan los estudios, pliegos y la certificación presupuestaria, la máxima autoridad aprobará esta documentación en una resolución justificada, lo que posibilitará que se publique la convocatoria en el Portal de COMPRASPUBLICAS y de esta manera, se iniciará la etapa precontractual del proceso. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)
- 2) *Preguntas y respuestas*: Una vez publicada la convocatoria, los potenciales oferentes tienen la posibilidad de realizar consultas sobre todos los aspectos establecidos en los pliegos; pueden enviar todas las preguntas que deseen a la entidad contratante, la cual tiene la obligación de responder mediante la máxima autoridad, un delegado o, si es el caso la comisión técnica. Esta herramienta que tienen los proveedores pueden usarla hasta la fecha límite establecida en los pliegos.

Las preguntas realizadas tienen que referirse únicamente a aspectos relacionados con el proceso de contratación, como los términos, las especificaciones técnicas, las condiciones y ciertas particularidades del contrato; por lo que la entidad al dar respuesta de estas debe ser clara y precisa, y adicionalmente debe publicar las respuestas en el Portal de COMPRASPÚBLICAS para que todos los interesados puedan tener acceso a la misma información.

- 3) *Aclaraciones*: La entidad contratante utiliza este mecanismo para proporcionar información adicional o aclaraciones sobre cualquier aspecto relacionado con el proceso de contratación pública, puede ser por su propia iniciativa o a pedido de los proveedores.

Las aclaraciones pueden ocasionar cambios en los pliegos, siempre y cuando estos no afecten el objeto del contrato ni el presupuesto referencial establecido para el mismo. Es importante que sean claras, precisas y completas, y que sean publicadas en el Portal de COMPRASPÚBLICAS para que todos los oferentes tengan acceso a la misma información.

- 4) *Presentación de ofertas*: En este punto de la fase precontractual, los oferentes presentan sus propuestas para participar en el procedimiento de contratación, esto se realizará a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS hasta la fecha límite determinada.

Las ofertas presentadas en el procedimiento de contratación deben cumplir con las necesidades plasmadas en los pliegos, tanto las especificaciones técnicas como los términos de referencia, y seguir el procedimiento establecido por la entidad contratante. Es fundamental que los potenciales oferentes presenten sus propias ofertas de forma individual, sin estar relacionados o ligados a otras personas o empresas, para asegurar la transparencia y la igualdad de condiciones entre todos los oferentes. En caso de que exista una vinculación según el numeral 9.4 del artículo 6 de la LOSNCP, las ofertas vinculadas quedarán inhabilitadas para participar en el proceso.

- 5) *Apertura de ofertas*: La apertura de las ofertas se realiza en un evento público, una hora después del cierre oficial de recepción de propuestas. El encargado de llevar a cabo este proceso será el representante designado por la máxima autoridad de la entidad contratante, un delegado o la comisión técnica, y se realizará la correspondiente acta de registro. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)
- 6) *Integridad de la oferta*: Tras la apertura de las ofertas, es deber de la entidad contratante verificar que los documentos entregados por los potenciales oferentes estén completos, con el propósito de identificar errores que puedan ser validados según las pautas establecidas por el SERCOP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Nos enfocamos en la documentación proporcionada en las ofertas de los proveedores, ya que se espera que entreguen la información de manera honesta, precisa, completa y veraz, sin manipular ni distorsionar los documentos solicitados.

- 7) *Convalidación de errores de formas*: En este punto de la fase precontractual, se les permite a los proveedores corregir errores de forma que haya solicitado la entidad

contratante, se les notificara y contarán con un término de dos a cinco días; el termino lo fijará la entidad contratante en base a la complejidad y magnitud de la información que se requiere convalidar.

Se entiende que convalidar estos errores de forma no implica alterar la esencia o el contenido sustancial de la oferta presentada, pues son claramente formales, como errores de tipografía, ilegibilidad de la información, contradicciones, etc.

Es importante mencionar que la convalidación de errores de forma es una medida excepcional que solo se aplica a errores menores. No se permiten modificaciones que cambien la esencia o el contenido sustancial de la oferta y pueden resultar en la descalificación de la oferta.

- Errores no subsanables: Los errores que no pueden ser validados son: 1) Ausencia de firma en el formulario de oferta; 2) Modificación o alteración del contenido de la carta de presentación y compromiso, o de cualquier otra sección del formulario de oferta que sugiere la existencia de una propuesta condicional, lo que se entendería como una alteración de las condiciones originales de la oferta; 3) La condición y estatus legal del oferente exige la presentación de todos los número del formulario de la oferta, si no se cumple con la exigencia, se estaría incumpliendo con los requisitos establecidos; y 4) La falta de cumplimiento o la omisión de uno o varios de los requisitos obligatorios establecidos en el pliego. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)
 - Prohibición de convalidación: Durante la etapa de convalidación, la entidad contratante está completamente prohibida de solicitar a los oferentes cualquier documento o información que no esté relacionada con la oferta. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)
- 8) *Evaluación de ofertas*: El representante designado por la entidad contratante, o de ser el caso la comisión técnica, verificará y examinará todas las capacidades expuestas dentro de las ofertas de los proveedores para ver si cumplen con los parámetros señalados en el pliego de la contratación pública. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) Este proceso se realiza con el objetivo de verificar aspectos como la integridad de la oferta, el cumplimiento de los requisitos, la experiencia del proveedor, capacidad financiera, entre otros. Es necesario que el representante o

delegado indique en el acta correspondiente los resultados de la evaluación realizada.

Es importante resaltar que el proceso de evaluación de ofertas debe realizarse de manera exhaustiva y objetiva, ya que es responsabilidad de la entidad contratante determinar cuál es la oferta más adecuada y que cumple con todos los requisitos.

Causas de rechazo y descalificación de las ofertas: 1) No haber obtenido la convalidación de la oferta en los términos y condiciones establecidos dentro del plazo previsto; 2) La presencia de errores que no pueden ser validados o convalidados; 3) No cumplir uno o varios de los requerimientos mínimos establecidos por la entidad contratante, según el método de evaluación Cumple/No Cumple; y 4) no mencionar al beneficiario final al presentar la oferta, lo cual deberá ser registrado en el acta de calificación o informe de evaluación. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- 9) *Adjudicación – Declaratoria de desierto:* A partir de la fecha en que se emita la acción que culmina la fase de evaluación de ofertas, subasta o negociación correspondiente (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) se podrá emitir la resolución de adjudicación o la declaración de desierto del procedimiento. En caso de no emitirse la resolución de adjudicación o la declaratoria de desierto en los plazos correspondientes, la entidad está obligada a informar al SERCOP acerca de las causas que impidieron realizar dichas acciones, aportando una justificación suficiente.

Si no se ha emitido la resolución de adjudicación o la declaratoria de desierto dentro de los plazos correspondientes, la entidad contratante debe informar al SERCOP sobre las razones por las cuales no se procedió con la adjudicación o declaratoria de desierto, proporcionando una justificación adecuada.

La adjudicación es una de las opciones para finalizar la fase precontractual, la cual se lleva a cabo después de evaluar las ofertas y concluir que una de ellas cumple con todas las condiciones descritas en los pliegos y presenta las mejores condiciones en cuanto a lo teórico, económico y legal.

Después de seleccionar la oferta más favorable, la entidad contratante debe emitir una resolución motivada de adjudicación, siguiendo las pautas definidas en los numerales 17, 18 y 19 del artículo 6 de la LOSNCP, la cual debe ser publicada en el portal del SERCOP y notificada a todos los oferentes.

En esta etapa también es posible optar por la declaratoria de proceso desierto, la cual se aplica cuando no se han recibido ofertas o cuando las ofertas recibidas no satisfacen los criterios contemplados en los pliegos, lo cual implica que no es posible seleccionar un oferente ganador. En el artículo 33 de la LOSNCP detalla de manera concreta las situaciones en las que se puede declarar la nulidad del procedimiento, total o parcialmente, que son las siguientes: a) por no recibirse propuestas debido a la falta de presentación de ofertas por parte de los interesados; b) cuando todas las propuestas presentadas hayan sido inhabilitadas o si solo se recibió una oferta y también fue inhabilitada, de acuerdo a la ley; c) cuando se justifica que por motivos económicos, técnicos o jurídicos, y se evidencia por la declaratoria de inconveniencia, que todas las propuestas recibidas o la única presentada no son convenientes para los intereses institucionales o nacionales; d) en caso de que después de haberse adjudicado el contrato se evidencia la existencia de inconsistencias, simulaciones o información inexacta presentada por el adjudicatario, y no hay otras ofertas que cumplan con los requisitos técnicos y económicos necesarios, se declarará desierto el procedimiento, esto no impide tomar medidas legales contra el adjudicatario; e) en caso de no poder ser realizada la celebración del contrato debido a motivos atribuibles al adjudicatario y no se puede adjudicar el contrato a otra persona, se declarará la imposibilidad de contratación. Una vez que se ha declarado que el procedimiento es desierto, la máxima autoridad, puede elegir entre archivar o volver a abrir el procedimiento. La declaración de desierto implica la cancelación del proceso de contratación, lo que también resulta en que se archiva el expediente. Además, la cancelación o declaración de desierto del procedimiento no dará lugar a compensaciones o reparaciones a favor de aquellos que presentaron sus propuestas. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Si se produce esta situación, la entidad contratante tiene la opción de declarar el proceso desierto y volver a iniciar el proceso de contratación, o de optar por no continuar con la adquisición de los bienes, servicio u obras requeridos.

Cabe mencionar que, para evitar posibles reclamos o cuestionamientos por parte de los proveedores, es importante que la declaratoria este bien motivada, respaldada y documentada.

La fase precontractual finaliza con la resolución de adjudicación o la declaración de desierto del proceso, con el respaldo y asesoramiento del representante o el delegado, que son

designados por la máxima autoridad de la entidad contratante o, en su defecto, por la comisión técnica respectiva. Estos administradores tienen la responsabilidad de tomar una decisión fundamentada y objetiva sobre la concesión del contrato.

2.2.1.3 Fase Contractual y Ejecución Contractual

Cada contrato celebrado legalmente es vinculante para las partes involucradas, es un acuerdo en el que un parte se compromete a dar, hacer o abstenerse de algo para la otra parte. (Código Civil, 2005), específicamente, los contratos que surgen de la LOSNCP y que son celebrados entre entidades contratantes tienen un carácter administrativo. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Después de la adjudicación del contrato, se inicia la fase contractual que consiste en una serie de acciones. La primera de ellas es la formalización del contrato entre la entidad contratante y el oferente ganador. A continuación, se detallará de manera resumida como se desarrolla esta fase contractual:

- 1) *Suscripción del Contrato*: para formalizar la suscripción del contrato no es necesaria la autorización de ningún organismo o funcionario. Basta con que la máxima autoridad de la entidad delegue a un representante la tarea de celebrar el contrato de compras públicas. La formalización del contrato se llevará a cabo mediante una escritura pública dentro de un término de quince (15) días después de la notificación de la adjudicación.

Tanto la LOSNCP como su Reglamento establecen diversos requisitos para la celebración de contratos, la ley en su artículo 68 establece, 1) competencias que corresponden al órgano encargado del proceso de contratación; 2) la habilidad o aptitud de la persona o entidad que ha sido elegida como adjudicatario; 3) la presencia de los recursos financiero necesarios y la disponibilidad presupuestaria para llevar a cabo las obligaciones requeridas; y 4) el proceso de formalización del contrato debe ajustarse al debido proceso y cumplir con los requisitos definidos en la Ley y su correspondiente Reglamento. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008) Asimismo, el artículo 258 del Reglamento correspondiente a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública también establece requerimientos previos a la firma del contrato, que son los siguientes: 1) las garantías aplicables en las situaciones que les correspondan; 2) para las personas jurídicas, se exige

un documento que demuestre la representación legal del adjudicatario y su habilidad para asumir compromisos en nombre de la entidad jurídica; y, 3) y los demás requisitos adicionales que se necesiten de acuerdo a la naturaleza del contrato o a la situación legal del oferente, y que estén específicamente mencionados en los pliegos. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

En esta parte de la fase contractual, de ser el caso, como requisito se deben presentar las garantías necesarias correspondientes antes de firmar el contrato; estas garantías tendrán validez hasta la fecha en que se suscriba el acta de entrega recepción definitiva del contrato. Cabe mencionar que existen excepciones a la entrega de garantías, las cuales están establecidas en el Reglamento a la LOSNCP, estas excepciones se aplican en dos casos: el primero, al momento de suscribirse el contrato, su cuantía es inferior a multiplicar el coeficiente 0,00002 del presupuesto inicial del estado; y el segundo, contrataciones derivadas del régimen especial entre instituciones públicas. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Si el adjudicatario no firma el contrato dentro del plazo establecido debido a su propia responsabilidad, la entidad considerarlo como un adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. En caso de que la entidad contratante sea responsable de la imposibilidad de celebrar el contrato, el adjudicatario tendrá derecho a solicitar una compensación por los daños y perjuicios correspondientes o a presentar una reclamación administrativa por los gastos en los que haya incurrido. Asimismo, la entidad deberá implementar acciones en contra de los funcionario o colaboradores. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

De lo mencionado, la etapa de suscripción del contrato implica la revisión y aprobación del contrato presentado por el oferente ganador, con el objetivo de acordar los términos y condiciones del contrato antes de proceder con la firma por ambas partes. Una vez que se ha firmado el contrato, este se formaliza y se registra en el Portal de COMPRASPÚBLICAS.

La suscripción del contrato es un paso crucial en la contratación pública y es esencial para asegurar que la ejecución del contrato se lleve a cabo de manera transparente y siguiendo las leyes y procedimientos establecidos.

- 2) *Ejecución Contractual*: Es en esta etapa donde se lleva a cabo la ejecución de los acuerdos pactados entre la entidad contratante y el proveedor; se podrá iniciar con

la etapa de ejecución contractual únicamente cuando se haya dado la suscripción del contrato y se extiende hasta la culminación del mismo.

Aquí la entidad contratante tiene como objetivo supervisar y controlar la ejecución del contrato, lo que implica la realización de inspecciones y verificaciones para garantizar que se cumplan las especificaciones técnicas, los plazos establecidos y la calidad requerida. La entidad contratante garantizará la adecuada ejecución del contrato mediante la implementación de todas las medidas necesarias, para lo cual designará a un administrador del contrato de forma explícita, esta persona se encargará de vigilar que se cumplan todas las responsabilidades contractuales de manera apropiada y dentro de los plazos establecidos. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Los informes proporcionados por el administrador del contrato permiten a la entidad contratante estar al tanto del progreso y cumplimiento del contrato, y esto ayuda a garantizar la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas en el proceso de contratación pública. Sin embargo, es crucial que se utilicen de manera adecuada, dado que la integridad del administrador será puesta a prueba, al buscar alinear los objetivos institucionales con la supervisión del contrato. (Díaz Colmachi, 2019)

Si el contrato se refiere a trabajos de construcción, la entidad responsable deberá designar específicamente a un supervisor (fiscalizador) para que supervise la exacta ejecución de las tareas en el lugar de trabajo. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022).

Durante esta etapa, tanto la entidad contratante como el contratista tiene la opción de solicitar la celebración de contratos complementarios en caso de que surjan eventualidades durante la ejecución del contrato, los cuales estarán sujetos a los procedimientos establecidos en la Ley. Estos contratos complementarios se celebran con el fin de utilizarlos para completar, modificar o ampliar los términos y condiciones del contrato original.

Para suscribir un contrato complementario, es necesario cumplir con ciertos requisitos que principalmente se basan en justificar la necesidad técnica o la falta de previsión, demostrar la disponibilidad de fondos para cubrir los costos adicionales y, en caso de que hayan emitido garantías, complementarlas con el nuevo valor del contrato; y además si el contrato sea de obras, se debe contar con el informe favorable del fiscalizador designado. (Díaz Colmachi, 2019) Estos requisitos son necesarios para asegurar que la celebración de

contratos complementarios se realice de manera justa y transparente, y para garantizar que los fondos involucrados sean adecuados y estén debidamente respaldados.

La fase contractual permite garantizar que los bienes, servicios u obras contratados se ejecuten de manera eficiente y correcta de acuerdo con lo pactado en el contrato público.

- 3) *Terminación del Contrato*: Los contratos terminan de acuerdo con las estipulaciones específicas en el artículo 92 de la LOSNCP, las cuales son: 1) por cumplimiento de las responsabilidades contractuales acordadas; 2) por un acuerdo mutuo entre ambas partes; 3) por una sentencia o decisión que ha sido validada y promulgada; 4) por declaración unilateral, en el caso de que el contratista incumpla el contrato; y 5) en el caso de que el contratista muera o la entidad jurídica del contratista sea disuelta, siempre y cuando esto no sea el resultado de una decisión interna voluntaria de los órganos competentes de la entidad jurídica. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La terminación del contrato debe ser notificada por escrito y que ambas partes deben cumplir con las obligaciones pendientes y solventar cualquier controversia que pudiera surgir. Si es el caso de terminación por mutuo acuerdo, se lleva a cabo cuando se presentan circunstancias inesperadas, técnicas o económicas que deben estar debidamente justificadas, también en caso de eventos fortuitos que hacen que sea imposible o inapropiado para ambas partes cumplir completa o parcialmente el contrato. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008) Esto garantiza que la terminación del contrato sea justa y transparente.

En lo que se refiere a poner fin al contrato de manera unilateral, se seguirán las causales específicas que están indicadas en la LOSNCP, y se cumplirá con los requisitos requeridos en el artículo 99 Código Orgánico Administrativo para emitir la resolución. Además, esta resolución será publicada en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, lo que resultará automáticamente en la inhabilitación del contratista registrado en el RUP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- 4) *Recepción y Liquidación Contractual*: Con respecto a las recepciones, el artículo 81 de la LOSNCP establece las distintas clases que se pueden dar según el tipo de contrato. Esto significa que las partes deberán seguir las directrices establecidas

por este artículo al realizar las recepciones para garantizar que se realicen de manera adecuada y cumpliendo con todas las regulaciones.

Este es un acto mediante el cual la entidad contratante acepta los bienes, servicios u obras entregados por el contratista, y con ello se da por cumplido el objeto del contrato. Aquí el administrador del contrato tiene que intervenir, lo cual no pasa con el fiscalizador, pues tiene prohibido realizar alguna intervención en las recepciones.

Según las regulaciones, la recepción puede tener dos modalidades: provisional o definitiva. La recepción provisional se realiza cuando se entrega una parte de los bienes o servicios, y su objeto es verificar que se cumplan las especificaciones técnicas y demás términos establecidos en el contrato; si se cumplen dichas condiciones, se puede proceder a la recepción definitiva, que implica la aceptación total y final del objeto del contrato. De esta manera se busca que el proceso de recepción se realice adecuadamente.

La recepción debe estar debidamente documentada, pues es esencial, y debe ser realizada mediante la creación de actas de recepción tanto provisionales, parciales, totales o definitivas. El contratista y la comisión designada por la entidad contratante firmarán y redactarán los documentos que contengan información fundamental sobre los detalles de la ejecución del proyecto, liquidación, constancia de recepción y cualquier otra información relevante para el proceso. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

En relación a la liquidación del contrato, el Reglamento a la LOSNCP, es muy claro al establecer que en la liquidación económica y contable del contrato debe especificar todo lo ejecutado. Es necesario establecer los valores que han sido recibidos por el contratista, los pagos pendientes, las deducciones correspondientes, y aplicar los reajustes que correspondan. En caso de que se requiera, se pueden realizar compensaciones. El registro oficial de la liquidación final se llevará a cabo en el acta de recepción definitiva. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Una vez concluido el proceso de liquidación del contrato, se procede al cierre definitivo del mismo y se emiten los documentos pertinentes. De esta manera, se completa todo el proceso de cancelación del contrato y se registra adecuadamente los detalles relevantes para futuras referencias.

2.2.1.4 Control y Evaluación

La etapa de control y evaluación tiene el propósito de que el contrato se ejecute adecuadamente y se maneje los recursos públicos de manera transparente; se enfoca en garantizar que todo el proceso esté disponible para la debida revisión pública y así gestionar de manera justa y responsable.

- 1) *Inicio del procedimiento*: El Reglamento a la LOSNCP, en su artículo 337, indica que el SERCOP tiene la facultad de iniciar una verificación de manera oficial en el proceso de contratación, ya sea por petición de un oferente interesado, presentación de una reclamación o por medio de una denuncia. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

De Oficio: El Servicio Nacional de Contratación Pública tiene como finalidad asegurar que los recursos públicos se gestionen con transparencia, legalidad y eficiencia. Para lograr esto, una de las prioridades es vigilar las contrataciones públicas del Estado para evitar actos de corrupción o anomalías.

Por lo que, si el SERCOP llega a detectar cualquier procedimiento de contratación que contraiga alguno de los principios establecidos en el art. 4 de la LOSNCP, notificará al respecto y solicitará que se brinden explicaciones debidamente fundamentadas dentro del término establecido en la Ley. Se procederá a suspender temporalmente como una medida preventiva de control, de ser el caso. La planificación del control de las entidades contratantes debe incluir la revisión exhaustiva no solo de posibles inconsistencias en los procedimientos de contratación que hayan sido reportados a través de terceros, sino también la realización periódica de controles de oficio de manera aleatoria y basados en un análisis de riesgos por parte del SERCOP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Reclamación: Los oferentes que hayan sufrido afectación, daño o gravamen por las actuaciones de las entidades contratantes, establecidas dentro del artículo 1 de la LOSNCP, tienen el derecho de presentar un reclamo ante el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, el cual se realizará, de preferencia, de manera electrónica y únicamente durante la fase precontractual cumpliendo con el termino establecido en la Ley.

Denuncia: La denuncia es un medio disponible que tienen los ciudadanos, empresas, organizaciones y cualquier persona interesada en las contrataciones del Estado, para

reportar sobre situaciones sospechosas, como posibles casos de corrupción, incumplimientos de la normativa legal aplicable o cualquier otra irregularidad relacionada con los procesos de contratación.

De acuerdo con el Reglamento a la LOSNCP, si se presenta una denuncia que involucre una solicitud de investigación, el SERCOP puede abrir un expediente de monitoreo e investigación en el ejercicio de sus facultades. No obstante, este proceso no equivale a una aceptación de la denuncia. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- 2) *Medidas*: El SERCOP está facultado para disponer medidas preventivas temporales con el objetivo de proteger los principios establecidos en la LOSNCP, entre las cuales tenemos la suspensión de manera temporal o definitiva de los procesos de contratación según corresponda.

Suspensión temporal de los procedimientos de contratación: Es una medida que puede ser adoptada por el SERCOP, esta medida permite suspender temporalmente el proceso de contratación en cuestión, ya sea en su totalidad o en parte, con la suspensión de plazos y términos establecidos, hasta poder evaluar las posibles irregularidades o problemas en el proceso y tomar las medidas necesarias para corregirlas.

La suspensión temporal puede levantarse una vez que se hayan resuelto los problemas que motivaron su adopción, o puede convertirse en una suspensión definitiva si se determina que no es viable continuar con el proceso de contratación de manera adecuada bajo las circunstancias existentes.

Suspensión definitiva de los procesos de contratación: El Reglamento a LOSNCP establece que la interrupción definitiva del proceso precontractual de contratación pública puede ocurrir cuando se identifiquen problemas graves e irreparables en el proceso. Se tomará en cuenta en situaciones tales como: a) si una entidad contratante no cumple las recomendaciones obligatorias emitidas por el SERCOP y fundamentadas en la vulneración de los principios contemplados en el art. 4 de la Ley, la entidad en cuestión será notificada y también se informará a los otros órganos de control que forman parte del Subsistema Nacional de Control, quienes actuarán en el ejercicio de sus facultades de acuerdo a lo que corresponda; o b) por mandato o decisión de un juez que tiene competencia y la facultad necesaria para emitir dicha orden. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Esta mediada puede ser adoptada por el SERCOP para proteger los recursos públicos y garantizar que los procesos de contratación se realicen de manera adecuada y transparente en el futuro.

- 3) *Evaluación de la Compra Pública (Ex post)*: Se refiere a una evaluación que se realiza después de finalizado el proceso de contratación y de haberse entregado los bienes, servicios u obras correspondientes. Su objetivo es revisar los resultados obtenidos de la contratación para verificar que se hayan alcanzado los objetivos establecidos, así como los requisitos de calidad, plazo y costo. La evaluación ex post también puede ser utilizada para detectar oportunidades de mejora tanto en el proceso de contratación como en el desempeño de los proveedores, a fin de optimizar la gestión de los recursos públicos en futuros procesos de contratación.

De lo dicho, la evaluación consiste en un análisis posterior que la entidad contratante debe realizar para lograr determinar si el contratista cumplió con la necesidad que motivo el inicio del proceso de contratación pública. No en todos los casos la adquisición solicitada por la entidad cumple con las funcionalidades y la calidad exigidas en los pliegos, por lo que es de suma importancia llevar a cabo una evaluación detallada. (Soria Escobar, 2021) En otras palabras, su finalidad radica en evaluar la eficacia y eficiencia del proceso de contratación y su impacto en la gestión de los recursos públicos

2.2.2 Procedimientos Dinámicos de Contratación Pública

De acuerdo con lo que se establece en la Ley, en los casos en que se adquieran bienes y servicios normalizados, las entidades deberán emplear los procedimientos de contratación dinámicos correspondientes. Por su parte, el artículo 92 del Reglamento a la LOSNCP establece que los bienes y servicios normalizados se conseguirán a través del catálogo electrónico o de la subasta inversa, y solo se recurrirá a los otros procedimientos de contratación establecidos en la normativa aplicable si no es factible la aplicación de dichos procedimientos o si se han declarado desierto. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Estos procedimientos dinámicos son considerados diferentes a los tradicionales debido a su novedosa modalidad de contratación pública, ya que la competencia de este tipo de proceso se centra principalmente en el precio, y su propósito es garantizar la obtención de bienes y servicios de alta calidad al costo más conveniente, cumpliendo con los principios

de transparencia, publicidad y libre competencia mediante un proceso transparente y ágil. Se definirá de manera general cada uno de los procesos dinámicos con el propósito de lograr una mayor comprensión:

- ***Compras por Catálogo.***

Las compras por catálogo se realizan mediante el “catálogo electrónico”, que es producto de los Convenios de Marco que se celebran entre Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y los proveedores que son debidamente seleccionados. El Portal de COMPRASPUBLICAS brinda acceso al catálogo para las entidades contratantes, quienes pueden adquirir de manera rápida y sencilla los bienes y servicios normalizados tal como lo establece el artículo 43 y 44 de la LOSNCP.

Lo que se busca con la creación del catálogo electrónico, es que los proveedores oferten bienes y servicios normalizados, que requieren adquirir de forma recurrente las entidades contratantes, otorgando información detallada de los mismos y cumpliendo con las obligaciones que la Ley le exige.

Cuando se realiza una compra por catálogo electrónico, la entidad contratante genera una orden de adquisición y después de seleccionar el producto requerido, se confirma la acción mediante la emisión de la orden de compra a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS; esta forma de proceder tiene la ventaja de agilizar y hacer más eficiente el proceso de adquisición de bienes y servicios, lo que a su vez permite que la entidad ahorre tiempo y recursos. (Lozada Vargas, 2015)

Las compras por catálogo persiguen como objetivo la simplificación y optimización del proceso de contratación pública al evitar la elaboración de requisiciones individuales cada vez que una entidad contrate necesite adquirir un bien o servicio. Se reconoce que esta modalidad de contratación se ajusta mejor a la tecnología actual, permitiendo que el proceso de compra se realice ágilmente en el menor tiempo posible.

- ***Subasta Inversa.***

El artículo 47 de la LOSNCP regula la práctica de la subasta inversa, que se da cuando las entidades contratantes quieren adquirir bienes o servicios normalizados que no figuran en el catálogo electrónico. Los proveedores interesados en ofertar competirán entre sí, bien de manera presencial o a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS, en una subasta en línea

con un tiempo determinado para realizar ofertas sucesivas. La entidad contratante asignará la contratación al proveedor que haya presentado la oferta más baja al finalizar el tiempo de subasta.

De acuerdo al artículo 129 del Reglamento General a la LOSNCP, la subasta se considera el método común que las entidades contratantes deben utilizar para la adquisición de bienes y servicios normalizados que excedan el valor de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, en los casos donde no puede emplearse el procedimiento del catálogo electrónico. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Al realizar una subasta inversa, el procedimiento será ejecutado totalmente por la entidad contratante, desde la convocatoria pública hasta llegar finalmente a la adjudicación de un proveedor.

El propósito de este proceso es obtener un bien o servicio normalizado al mejor precio posible utilizando la tecnología a nuestro alcance, lo que permite reducir costos y fomentar un mayor número de participación de los proveedores, con el objetivo de promover transparencia e igualdad en la adquisición de bienes y servicios.

2.2.3 Procedimientos de Contratación en Régimen Común

La LOSNCP dentro de su normativa contiene los procesos empleados para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados, los cuales se viene utilizando tradicionalmente en diferentes legislaciones, como una regla general de la contratación pública, pero incluyendo de manera ocasional ciertas innovaciones con el propósito de renovar o mejorar ciertos aspectos de los procedimientos; la ley establece 5 tipos de procedimientos: a) menor cuantía; b) cotización de bienes, servicios y obras; c) licitación; d) ínfima cuantía; y, e) consultoría.

En este tipo de procedimientos de régimen común puede participar cualquiera persona, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por las entidades contractuales.

- ***Menor Cuantía.***

Es una modalidad de contratación pública establecida por la LOSNCP en Ecuador, que permite adquirir bienes y servicios no normalizados, ejecutar obras, y contratar en casos donde no es posible utilizar el proceso de catalogo electrónico o la subasta inversa, o estos

hayan sido declarados desiertos. Esta modalidad se utiliza como forma directa de contratación siempre y cuando el valor del contrato no exceda los límites definidos por la Ley.

Es un procedimiento de contratación pública que está contemplado en la LOSNCP de Ecuador; el cual consiste en una forma de contratación directa que se utiliza para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, ejecución de obras y si fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos de catálogo electrónico o subasta inversa, o cuando estos fueren declarados desiertos, siempre que el valor del contrato no supere un determinado límite establecido por la Ley.

El motivo por el que la LOSNCP en su artículo 51 establece el procedimiento precontractual de menor cuantía es para aplicarlo en los siguientes casos: 1) las adquisiciones de bienes y servicios que no se encuentren normalizados, con la excepción de los servicios de consultoría cuyo presupuesto referencial no supere el 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del respectivo año fiscal; 2) las adquisiciones de obras que tengan un presupuesto referencial menor al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del respectivo periodo fiscal; y, 3) en caso de que las medidas previstas en el Capítulo II de este Título para procedimientos dinámicos no sean factibles de aplicar, o en caso de que hayan sido declarados desiertos después de haber sido aplicados, procederá la convocatoria a una adjudicación simplificada cuando el valor referencial sea menor al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El objetivo de este procedimiento es simplificar y agilizar las contrataciones de bajo monto, además de promover la participación de microempresas, pequeñas empresas, artesanos y otros profesionales pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria en las contrataciones públicas.

- ***Cotización de bienes, servicios y obras.***

En este proceso se convoca a proveedores interesados a presentar ofertas para la adquisición de bienes, servicios y/o obras que no superen un monto determinado por la normativa, de acuerdo al artículo 50 de la LOSNCP, se estipula que el procedimiento de cotización podría ser utilizado en los casos que siguen: 1) cuando no sea viable aplicar los procedimientos dinámicos especificados en el Capítulo II de este Título o cuando dichos

procedimientos sean declarados nulos, se convocará mediante una adjudicación simplificada en caso de que el monto referencial para el presupuesto oscile entre 0,000002 y el 0,000015 del Presupuesto inicial del Estado del respectivo periodo fiscal; 2) contratar para la realización de obras, siempre que el presupuesto referencial se encuentre dentro del rango de 0,000007 a 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del respectivo ejercicio financiero; y 3) la contratación para la compra de servicios y productos no estandarizados, excluyendo los servicios de consultoría, estará permitida si el monto referencial oscila entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del estado para el correspondiente período financiero. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Los proveedores que estén inscritos en el CPC serán invitados a presentar sus ofertas en los casos mencionados, mientras la entidad contratante se tomará el tiempo de evaluar dichas ofertas antes de escoger al proveedor más adecuado para llevar a cabo el contrato.

La cotización es proceso ágil y sencillo que se emplea para obtener recursos (bienes y/o servicios) de bajo costo, con el objetivo de promover la participación de pequeñas y medianas empresas en las contrataciones públicas.

- **Licitación.**

El proceso de licitación es un método de contratación especificado en el artículo 48 de la Ley, y podrá ser utilizada para los siguientes escenarios: 1) cuando los procesos dinámicos establecidos en el Capítulo II d este título no sean factibles de aplicar, o cuando estos procedimientos hayan sido declarados desiertos, y el monto referencial supere el resultado de multiplicar 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado del respectivo período fiscal; 2) en caso de que el precio estimado para la adquisición de bienes o servicios no normalizados, excluyendo los servicios de consultoría, supere el valor resultante de multiplicar 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del respectivo período fiscal; y, 3) en caso de que el valor referencial del presupuesto de la obra sea mayor que el obtenido al multiplicar el coeficiente 0,00003 por el Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico respectivo. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La licitación consiste en un proceso administrativo transparente y competitivo en el cual se convoca a proveedores interesados a presentar ofertas para la adquisición de bienes, servicios u obras cuyo valor superen el monto establecido por la Ley aplicable.

Este procedimiento consiste en una serie de acciones destinadas a escoger al proveedor más adecuado para el Estado, y se establece que el procedimiento debe seguir un conjunto de normas tanto en su regulación que lo rige como en los pliegos que se elaboren para llevarlo a cabo. (Lozada Vargas, 2015) La convocatoria se realiza a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS y en ella se debe especificar las condiciones, requisitos y términos de referencia del proceso de contratación. Una vez recibidas las ofertas, se lleva a cabo la evaluación para determinar al oferente ganador del contrato.

- ***Ínfima cuantía.***

La contratación por ínfima cuantía es uno de los procesos previstos en la LOSNCP, por el cual la entidad contratante puede realizar de forma directa la contratación con el proveedor que haya seleccionado, sin requerir que este registrado en el RUP; y a su vez se procura que se obtenga por parte de la entidad al menos tres proformas, consideradas como ofertas, para elegir la más favorable.

De acuerdo con el artículo 52.1 de la LOSNCP, existe un procedimiento simplificado y rápido para adquirir bienes, servicios y obras, siempre y cuando el monto no supere ciertas cantidades determinadas por la ley, y en los siguientes casos: 1) para las contrataciones de bienes o servicios no normalizados, excepto servicios de consultoría, siempre y cuando el costo sea inferior al resultado obtenido al multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico respectivo; 2) las contrataciones destinadas a la obtención de bienes o servicios normalizados, que no estén en el catálogo electrónico y no sean de consultoría, pueden ser llevadas a cabo siempre y cuando su monto sea inferior al resultado obtenido al multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico respectivo; y 3) podrá realizarse contrataciones para reparar, reformar, remodelar, ajustar, mantener o mejorar una construcción o infraestructura ya existente, siempre y cuando el presupuesto referencial sea menor al resultado obtenido al multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico respectivo. En estos casos, se debe calcular el costo total de todas las actividades que se llevarán a cabo en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente, en lugar de considerar cada intervención individualmente. Si la finalidad de la contratación no se ajusta a la descrita en este numeral, se aplicará el procedimiento de menor cuantía. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La ínfima cuantía se aplica para sumas muy por debajo de los montos considerados para los demás procedimientos de contratación, como la licitación; para lograr una contratación más ágil y eficiente para bienes y servicios de bajo costo.

- **Consultoría.**

La consultoría, es un contrato celebrado por las entidades con el fin de llevar a cabo los análisis requeridos para los procedimientos de inversión, así como la asesoría técnica para la coordinación, control y supervisión de la contratación pública. Por lo tanto, los motivos que llevarían a una entidad a contratar servicios de consultoría se originan en las siguientes circunstancias: 1) el hecho de que la consultoría sea una actividad especializada significa que es necesario contar con consultores que puedan aportar conocimientos, destrezas y técnicas especializadas en un tema específico; 2) en caso de que el personal de una institución no tenga la capacitación o experiencia necesaria para manejar un problema con éxito, es probable que se requiera la aplicación de metodologías y técnicas especializadas para garantizar una solución efectiva; y 3) cuando se necesita llevar a cabo un proceso de cambio crítico que requiere una planificación y ejecución eficiente con la colaboración de un consultor especializado en un área concreta de conocimiento. (Morejón Espinosa, 2013)

En el proceso de consultoría se invita a personas y empresas, tanto nacionales como extranjeras, a presentar ofertas para servicios de asesoramiento, análisis, estudios o diagnósticos sobre temas relacionados con la administración pública; es importante destacar que la entidad contratante será la encargada de determinar la naturaleza de los participantes, ya que el proceso se llevará a cabo entre consultores de la misma naturaleza. Por ello, se debe publicar la convocatoria a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS, y en ella se deben especificar las condiciones, requisitos y términos de referencia del proceso de contratación.

La LOSNCP, como su Reglamento, prevé procedimientos de contratación que se sujetarán a las siguientes disposiciones, para celebrar contratos de consultoría,

- *Contratación Directa:* La contratación directa de servicios de consultoría por parte de la entidad contratante se realizará solo si el presupuesto de referencia del contrato es menor o igual que el resultado obtenido al multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial Estatal correspondiente al ejercicio económico respectivo;

- *Contratación mediante Lista Corta*: Si el presupuesto referencial del contrato supera el valor obtenido al multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto inicial del presupuesto del ejercicio económico correspondiente, pero es menor que el valor obtenido al multiplicar el coeficiente 0,000015 por ese mismo monto, la entidad contratante recurrirá a la contratación por lista corta;
- *Contratación mediante Concurso Público*: La contratación por concurso público será llevada a cabo por la entidad contratante solo si el presupuesto de referencia del contrato es igual o mayor que el monto obtenido al multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico en cuestión; y,
- *Contratación Directa por Terminación Unilateral*; (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

De lo mencionado, la consultoría es un proceso riguroso que garantiza transparencia y competencia en la contratación pública y se aplica para contratar servicios especializados de asesoramiento y análisis en la administración pública.

2.2.4 Procedimientos de Contratación en Régimen Especial

Siguiendo la línea de los procesos de contratación, de lo anteriormente mencionado, en el ámbito de la contratación pública, el Estado ordinariamente sigue una regla general, fundamental y obligatoria, que consiste en seguir un procedimiento administrativo para la selección de oferentes. Sin embargo, como sucede en la mayoría de los casos, para toda regla hay una excepción y este es el tema que abordaremos a continuación.

En el contexto de la contratación pública, se puede observar que hay situaciones en las que se pueden hacer excepciones en la selección de los contratistas y en el proceso para convertirse en contratistas, siempre y cuando sean justificables y no afecten la base del proceso; (García de Enterría & Fernández, 2008) es así que se establece un conjunto de normas para regular en forma rigurosas y efectiva los casos excepcionales que no se ajusten a los procedimientos convencionales establecidos en la Ley aplicable. (Dromi, 2001)

De lo mencionado, estos procedimientos solo se aplican en contrataciones especiales consideradas urgentes o estratégicas, que requieren atención específica para su adecuado desarrollo, y por esa razón no se someten a los procesos comunes establecidos en la Ley;

la entidad contratante que desea acogerse a este régimen especial debe tener en cuenta que hay ciertas características que debe cumplir,

- Que la excepción este expresamente contemplada: Se requiere que la legislación permita una excepción para que las entidades puedan evitar los procedimientos usuales de firma de contratos establecidos por la Ley. Esta característica se basa en el principio de legalidad que permite a estas entidades realizar procedimientos de contratación directa y ágiles;
- Que la excepción tenga interpretación estricta y restrictiva. – La excepción en las contrataciones públicas solo se aplica restringida y exclusivamente a los casos específicos establecidos por la Ley;
- Que la excepción tenga carácter facultativo. – La Ley otorga a la entidad la facultad para decidir si desea emplear un procedimiento excepcionales en lugar de procedimientos habituales, como la licitación u otros métodos que permitan seleccionar un proveedor estatal;
- Que la excepción obliga a la Administración a justificar su procedencia. – significa que la entidad contratante debe proporcionar justificación de que los hechos presentados son coherentes con las leyes que permiten la excepcionalidad en el proceso de contratación. (Dromi, Licitación Pública, 1999)

La necesidad de establecer este régimen especial surge precisamente de la naturaleza de las contrataciones que requieren procesos más eficientes, sencillos e incluso confidenciales. (Lozada Vargas, 2015) Con lo expuesto, la LOSNCP y su Reglamento, establece que tanto los procesos de régimen especial, como los procedimientos especiales, se encuentran exentos de aplicar o acogerse a un procedimiento común;

La LOSNCP, en su artículo 2, enumera taxativamente los casos que tienen carácter excepcional, a continuación, se explicará brevemente cada uno de los ellos,

- ***Adquisición de fármacos y bienes estratégicos en salud.***

Este procedimiento precontractual se refiere a una contratación especial que está destinada a la adquisición de productos específicos en el campo de la salud. Para poder llevar a cabo este procedimiento se debe cumplir con ciertos requisitos, y seguir una normativa específica que difiere con el procedimiento común, que implica justificar la necesidad, la selección de los proveedores y productos específicos.

Las entidades contratantes que forman parte de la Red Pública Integral de Salud utilizarán los procedimientos detallados a continuación para adquirir los medicamentos o productos estratégicos requeridos, según el artículo 174, del Reglamento a la LOSNCP, en el primer lugar tenemos el catálogo electrónico, en donde las entidades por medio de este procedimiento obtendrán los medicamentos y los bienes de salud estratégicos necesarios para abastecer cada establecimiento afiliado a dicha red; después esta la externalización de farmacias, que implica que las entidades que integran la Red de Salud distribuirán los medicamentos y productos de salud estratégicos para la atención externa en los establecimiento de la red correspondientes, a través de este procedimiento, de acuerdo con los requisitos expuestos en el Reglamento vigente; y por último, en casos especiales y de acuerdo con las normas establecidas en este reglamento, las entidades contratantes de la Red tendrán la opción de adquirir medicamentos y bienes estratégicos para la salud mediante métodos distintos. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

En cuanto a la elección de proveedores, se empleará la subasta inversa corporativa como método para obtener condiciones más favorables; después de seleccionar a los proveedores, se procederá a suscribir un convenio marco, el cual, concede al proveedor la facultad y el deber de figurar en el catálogo electrónico del Portal de COMPRASPÚBLICAS. Una vez registrado el proveedor en el catálogo, aquellas entidades que lo precisen, estarán autorizadas para efectuar compras directas mediante la generación de las respectivas ordenas de compra.

Además de la subasta inversa corporativa, existen otros métodos para la obtención de productos estratégicos y medicamentos en el campo de salud, los cuales son:

- Subasta inversa institucional → este procedimiento se empleará para la contratación de fármacos y bienes de salud que no estén disponibles en el catálogo electrónico, indistintamente del monto de contratación;
- Proveedor único para fármacos → se aplicará exclusivamente cuando el proveedor es único en el mercado; y solo se usará cuando el mismo no esté disponible en el catálogo electrónico;
- Adquisición a través de organismos o convenios internacionales → se utilizará este enfoque en el caso de la compra a través de organismos o acuerdo, dándoles prioridad sobre los procedimientos nacionales, siempre y cuando se logre una

optimización del uso de los recursos públicos y que se garantice un nivel adecuado de calidad y seguridad en la adquisición;

- Importación directa → se utilizará en casos en los que se necesiten medicamentos específicos que no se encuentran en el catálogo electrónico, ni estén disponibles en el país.
- Ínfima cuantía para adquisición de fármacos → para todas las entidades contratantes, definidas en el art. 1 de la LOSNCP, en las circunstancias poco concurrentes establecidas en el artículo 187 del Reglamento a la LOSNCP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

De lo mencionado, el SERCOP ha identificado que la subasta inversa corporativa es la opción de contratación más efectiva para lograr mejores términos comerciales al adquirir medicamentos o bienes estratégicos de las diferentes alternativas disponibles; dado que este proceso tiene la habilidad de consolidar las necesidades de varias entidades proveedoras de servicios de atención médica, incluyendo al Ministerio de Salud, el IESS, el ISSFA y el ISSPOL. (Lozada Vargas, 2015)

- ***Seguridad interna y externa.***

La contratación pública de recursos (bienes, obras y/o servicios) que aseguren la seguridad del Estado en su ámbito interno y externo es un proceso de contratación restringido y específico conocido como seguridad interna y externa; la responsabilidad de llevar a cabo este proceso recae en la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas.

Esta modalidad de contratación pública se encuentra sometida a una regulación especial, y es por lo que su procedimiento es ágil y simplificado a causa de la importancia que representa la seguridad interna y externa del Estado, y en vista de que la adquisición es de gran importancia, se maneja con total discreción y confidencialidad, por lo tanto, no se publica en el Portal de COMPRASPÚBLICAS.

- ***Comunicación social.***

El uso de este sistema está limitado a la adquisición de servicios publicitarios en medios de comunicación social, canales digitales y otras alternativas no convencionales, de conformidad con lo estipulado en el artículo 192 del Reglamento General a la LOSNCP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Durante el procedimiento de contratación pública, los proveedores que muestren interés deben cumplir con una serie de requisitos y criterios de selección que evalúan su experiencia en la ejecución de campañas publicitarias y de comunicación, así como la habilidad técnica y financiera necesaria para llevar a cabo el servicio; la selección de los proveedores, se lleva a cabo a través de los criterios establecidos en los pliegos, que fueron diseñados en función de las necesidades específicas de cada entidad contratante.

- ***Asesoría y patrocinio jurídico.***

La sección quinta del Capítulo III del Reglamento a la LOSNCP prescribe el proceso que las organizaciones contratantes deben seguir para contratar servicios de asesoría y representación jurídica. Según lo establecido, las entidades contratantes deben elaborar un informe minucioso que especifique las capacidades y habilidades, además de la formación y experiencia requeridas en las áreas del derecho relacionadas con el contrato en cuestión. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

El hecho de que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) incluya la contratación de servicios de asesoría y patrocinio jurídico como un proceso e régimen especial se considera como un gran avance, pues el proceso brinda a las entidades contratantes atender una gran cantidad de necesidades relacionadas con asuntos legales que exigen conocimientos especializados; pero cabe mencionar que la entidad contratante, para justificar la contratación de un profesional jurídico en este proceso, debe demostrar que no cuenta con profesionales que puedan asumir esta tarea. (Pérez, López Suárez, & Aguilar, 2011)

- ***Obra artística, científica o literaria.***

Esta es una modalidad peculiar de contratación pública, dado que la naturaleza del objeto a contratar requiere la participación de un contratista específico, capaz de cumplir con los requisitos establecidos por la entidad contratante. Por lo tanto, estos contratos se celebran con personas particulares que poseen las capacidades adecuadas para llevar a cabo el objeto contractual, basándose en su talento y experiencia en el campo artístico. (Vázquez, 2017)

Este es un procedimiento precontractual empleado exclusivamente para contrataciones relacionadas con obras o actividades artísticas, literarias o científicas.

- ***Repuestos o accesorios y proveedor único.***

En relación a la compra de piezas o complementos, el artículo 196 del Reglamento General a la LOSNCP establece que las entidades mencionadas en la Ley tienen la posibilidad de realizar contrataciones para el mantenimiento, reparación o mejora de los equipos que poseen, máquinas, componentes, entre otros, incluyendo servicios de instalación, soporte técnico y mantenimiento postventa, que no se encuentren disponibles en el catálogo electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS. Dichas contrataciones se realizarán con proveedores o contratistas capaces de satisfacer las necesidades específicas de la entidad en cuestión. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Este procedimiento se emplea principalmente cuando la adquisición de repuestos o accesorios es única en el mercado o solo puede ser proporcionada por un proveedor específico. Por lo tanto, la entidad contratante tiene la obligación de demostrar que no hay otros proveedores disponibles en el mercado o que el proveedor seleccionado es el único que cumple con las condiciones técnicas necesarias.

El procedimiento de adquisición de repuestos y accesorios seguirá una ruta similar en las siguientes situaciones: 1. Cuando un único proveedor esté disponible; 2. En casos de desarrollo o mejor de tecnologías ya existentes en la entidad contratante; y 3. Para la utilización patentes, marcas exclusivas o tecnologías que sean exclusivas y no permitan opciones técnicas alternativas. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- ***Transporte de correo interno e internacional.***

El transporte de correo, tanto interno como internacional, es una contratación de régimen especial, establecida dentro del artículo 2 de la LOSNCP y su procedimiento se detalla en el artículo 198 del Reglamento correspondiente.

Dicho procedimiento establece que las entidades contratantes deben seguir un proceso específico para realizar la contratación de servicios de transporte de correo mediante empresas de mensajería rápida o Courier.

- ***Contrato entre entidades públicas o sus subsidiarias.***

A esta modalidad especial de contratación pública se sujetarán las contrataciones que se celebran entre:

1. Las entidades del sector público, incluyendo el Estado y otras organizaciones gubernamentales.
2. El Estado o las entidades del sector público:
 - a. Las empresas, como las públicas, que tienen el cincuenta por ciento (50%) o más de su capital suscrito perteneciente a entidades de derecho público;
 - b. Las empresas que son subsidiarias de aquellas mencionada en el punto a), o las que son subsidiarias de dichas empresas;
 - c. Las entidades legales, compañías o sus subsidiarias establecidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, ingresos o recursos asignados sean propiedad del Estado en una proporción igual o mayor al cincuenta por ciento (50%); y,
3. Las empresas públicas, incluyendo sus subsidiarias, y cualquier compañía constituida bajo cualquier forma jurídica, deberán tener como mínimo el cincuenta por ciento (50%) de su capital, ingresos o recursos asignados pertenecientes al Estado para ser consideradas para procesos de contratación pública. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

El legislador ha clasificado esta modalidad como de régimen especial dentro de la LOSNCP debido a la naturaleza legal de las entidades y la importancia del estado en el avance económico de la sociedad; por lo tanto, las contrataciones celebradas entre entidades o empresas públicas, que tengan la habilidad técnica y jurídica para ejecutar el objeto de la contratación, se sujetarán por el procedimiento establecido en el artículo 199 del Reglamento a la LOSNCP. Sin embargo, en caso de que la entidad participe como miembro de un consorcio o asociación con entidades privadas nacionales o extranjeras, no será posible aplicar el procedimiento de contratación interadministrativa. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- ***Giro específico del negocio.***

Las compañías que se encuentren dedicadas al giro específico del negocio y que sean empresas públicas, cuyo capital suscrito pertenezca al menos en un cincuenta por ciento a entidades del sector público o a sus subsidiarias, estarán sujetas a este proceso de contratación pública.

Según esta definición, se considera un giro específico del negocio si la empresa puede demostrar que la contratación requiere una atención particular por motivos de regulación

legal, prácticas comerciales o modelos de negocio, contratos societarios o por la naturaleza empresarial propia y el riesgo de competencia en el mercado. Por otro lado, si una empresa pública es creada exclusivamente para ofrecer servicios públicos y no enfrenta competencia en el mercado, no se considera que tenga un giro específico de negocio. Asimismo, se establece que los procedimientos especiales de contratación no deben ser utilizados por estas empresas como un forma de eludir los procesos de contratación habituales y solo se reservan para los códigos autorizados por el SERCOP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- **Sectores estratégicos.**

Solo las empresas subsidiarias de derecho privado de empresas estatales o públicas, o sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones posean más del cincuenta por ciento de participación accionaria o de capital, podrán participar en el proceso de contratación especial de recursos (bienes, obras y/o servicios) y de consultoría en sectores estratégicos determinados por el Ministerio del Ramo, tal como lo define el artículo 9.2 de la LOSNCP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- **Instituciones financieras, Banco Central del Ecuador y seguros.**

Las instituciones financieras, el Banco Central del Ecuador y las empresas de seguros del Estado, están sujetas a ciertas reglas en cuanto a su participación en los procesos de contratación pública.

Según lo establecido en el Reglamento General a la LOSNCP, se indica que las contrataciones que realicen las instituciones financieras y de seguros en las que el Estado o sus instituciones tengan una participación mayoritaria y que estén relacionadas con su actividad comercial específica, estarán sujetas a la normativa del Sistema Financiero, al Sistema de Seguros y a otras leyes y disposiciones autorizadas por la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, sin estar sujetas a las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Y, en el caso de las contrataciones que difieren al giro específico del negocio se deberán aplicar los procedimientos dinámicos, de régimen común, régimen especial o especiales, según corresponda.

De todo lo mencionado, se debe tener en cuenta que, para una contratación, correspondiente a los procedimientos de régimen especial, pueda ser publicada por la entidad contratante, se debe cumplir con los requisitos plasmados en el artículo 169 del Reglamento a la LOSNCP, que son los siguientes: 1. Una resolución proporcionada por la organización contratista que explica las razones por las que se utiliza un determinado procedimiento; 2. Acta de audiencia sostenida con el proveedor invitado, en caso de ser aplicable; y, 3. Todo otro registro vinculado con la contratación sujeta a este régimen, de acuerdo con las regulaciones que sean emitidas por el SERCOP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

2.2.5 Procedimientos Especiales

Los procedimientos especiales se encuentran contemplados dentro de la LOSNCP, en su Capítulo V, y del Reglamento a la LOSNCP, en su Capítulo IV, el cual establece regulaciones específicas para los contratos que poseen una naturaleza particular en cuanto a su objeto; es por lo que se deberá aplicar las regulaciones establecidas en la LOSNCP, el Reglamento mencionado y las resoluciones emitidas por el SERCOP.

De esta manera, los procedimientos especiales, al igual que los de régimen especial, permiten una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades específicas de cada requerimiento solicitado por la entidad contratante; sin embargo, implican también una mayor responsabilidad para los funcionarios públicos encargados de llevar a cabo estos procesos.

Estos procedimientos no están sujetos a la aplicación del procedimiento común, pero en caso de que los procedimientos especiales no contemplen algún aspecto, entonces se aplicará las disposiciones comunes. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Además de los procedimientos establecidos en la LOSNCP, el Reglamento también regula procedimientos adicionales de manera complementaria; en lo que sigue, se procederá a ofrecer una explicación breve y concisa acerca de cada uno de los procedimientos especiales.

- ***Contratación Integral por Precio Fijo.***

Esta modalidad de contratación especial se utiliza para la contratación de obras en las que resulta más ventajoso el consolidar todos los servicios de equipamiento, construcción y puesta en funcionamiento en un único contratista, por un costo determinado y no sujeto a cambios, de manera que, al finalizar el proyecto, este esté preparado para ser empleado. (Lozada Vargas, 2015)

Se puede celebrar estos contratos de obra cuando se cumplan las disposiciones plasmadas en el artículo 53 de la LOSNCP, que son las siguientes: 1) si la evaluación previa realizada por la autoridad principal determina que la contratación por esta modalidad es más beneficiosa en comparación con la contratación mediante precios unitarios; 2) si se tratara de la realización de proyectos de infraestructura en los que fuese claro que sería ventajoso contratar a un único proveedor que ofreciera todos los servicios necesarios de provisión de equipo, construcción y puesta en marcha; 3) en caso de que el monto estimado para la contratación sea superior al resultado de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el valor del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico correspondiente; y, 4) que la entidad contratante disponga de estudios exhaustivos, precisos y actualizados en su totalidad. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

En este tipo de contratación, es aplicable para la realización de proyectos de gran amplitud y complejidad, especialmente aquellos que incluyan el diseño, la construcción y la edificación de instalaciones con características de ingeniería avanzada, así como para trabajos en las áreas de electrónica y metal mecánica; (Pérez, López Suárez, & Aguilar, 2011) aquí el contratista debe asumir todos los riesgos y la responsabilidad de cumplir con los términos acordados en el contrato. Es crucial destacar que cualquier forma de contrato adicional, ajuste de precios o modificación en plazos están estrictamente prohibidos, a menos que se deban a circunstancias de fuerza mayor o casos fortuitos. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

- ***Contrataciones en Situaciones de Emergencia.***

La contratación en situaciones de emergencia va dirigida a poner fin en situaciones excepcionales como fuerza mayor, calamidad, desastres, y otras causas similares; este tipo se distingue por su proceso de contratación abreviado, conocido como contratación directa. (Pozo Samaniego, 2020)

Conforme a lo estipulado por la LOSNCP, la entidad tendrá la responsabilidad de contratar obras, bienes o servicios, incluyendo consultorías, que sean necesarios de manera estricta para superar situaciones de emergencia. Incluso, tendrá la capacidad de realizar contratos con compañías internacionales sin requerir cumplir con las exigencias de residencia o presentación de garantías previas al contrato, los cuales serán cumplidos antes de la firma del respectivo contrato. Sin embargo, no se excluye la entrega de garantías esenciales para asegurar una correcta utilización de recursos públicos, si estas fuesen pertinentes según la ley en cuestión. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Se profundizará más en el tema en el siguiente capítulo, ya que se abordará con mayor detalle esta modalidad de contratación pública en situaciones de emergencia, la cual está regulada por la legislación actual.

- ***De la Adquisición de bienes inmuebles.***

La modalidad de adquisición de bienes inmuebles es una forma especial en el área de la contratación pública, contemplada en el art. 58 de la LOSNCP y respaldada por el art. 323 de la Constitución de la República. A diferencia de los procedimientos que anteriormente mencionamos, como el dinámico y el común, no sigue una fase precontractual similar, sino que tiene su propio conjunto de procedimientos. (Vázquez Ochoa, 2018)

Este proceso de adquisición de bienes inmuebles implica una serie de fases, comenzando por la identificación de la necesidad pública hasta la inscripción en la escritura en el registro de la propiedad; es obligación de la entidad contratante publicar en el Portal de COMPRASPÚBLICAS lo siguiente:

1. El Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, deberá aprobarlo de ser aplicable;
2. Resolución que declara un bien privado como de utilidad pública o interés social, en esta resolución se detallan los bienes en cuestión y los fines específicos para los cuales serán utilizados;
3. Documento que certifique el avalúo del bien inmueble;
4. Demanda de expropiación y su respectiva sentencia, en caso de no haber existido un acuerdo; y,
5. Escritura inscrita en el Registro de la Propiedad.

La documentación mencionada es fundamental dentro del procedimiento de adquisición, pues sin la misma el procedimiento administrativo carecería de eficacia y, por lo tanto, sería inválido. Aunque en la práctica, se ha evidenciado que las entidades encargadas del procedimiento especial cumplen rigurosamente con las formalidades necesarias para dar validez al acto y asegurar su efectividad. (Vázquez, 2017)

- ***Del Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.***

En las contrataciones de arrendamiento, la LOSNCP solo contempla el arrendamiento de bienes inmuebles pero el Reglamento a la LOSNCP se extiende un poco más al incluir en esta modalidad el arrendamiento de bienes muebles; por lo que a continuación nos referiremos a ambos tipos.

Arrendamiento de Bienes Inmuebles: Al referirnos a esta modalidad especial, es importante considerar que tanto el Estado como las entidades públicas pueden tomar el papel de arrendador o arrendatario, pero ambas están sujetas a la normativa previamente mencionadas, especialmente en los artículos 218, 219 y 220 del Reglamento, así como en el artículo 59 de la LOSNCP.

Si la entidad contratante es la arrendataria, el proceso comenzará con la publicación del pliego en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, que establecerá las condiciones mínimas del inmueble requerido, incluyendo información sobre el sector y lugar de ubicación del mismo; en caso de que la entidad contratante sea la arrendadora, se publicará en el Portal de COMPRASPÚBLICAS el documento que especificara los términos y condiciones del arrendamiento, así como detalles sobre las propiedades del bien y el sector en el que se encuentra. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

Arrendamiento de Bienes Muebles: El arrendamiento de bienes muebles se considerará como un servicio común o habitual, por lo tanto, cualquier entidad que contrate este tipo de servicios deberá utilizar el procedimiento de subaste inversa electrónica. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- ***Licitación de Seguros.***

La normativa que regula esta forma particular de contratación se encuentra únicamente en el Reglamento General a la LOSNCP, el cual indica que únicamente las entidades contratantes indicadas en el artículo 1 de la mencionada Ley podrán sujetarse al proceso

de licitación de seguros. Solo en el caso de cumplir la condición de que el presupuesto referencial de la prima correspondiente sea igual o menor al resultado de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, se puede aplicar el procedimiento de ínfima cuantía. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

A través del proceso de licitación de seguros, es posible la contratación de pólizas de seguro mediante un proceso competitivo entre varios oferentes, con el objetivo de conseguir las condiciones más adecuadas en términos de precio y cobertura; de este modo, se garantiza el cuidado y la protección de los bienes y actividades del contratante.

- ***Feria Inclusiva.***

De acuerdo con la disposición contenida en el artículo 59.1 de la LOSNCP, la feria inclusiva se considera una opción favorable para que las entidades contratantes obtengan los recursos (bienes, obras y/o servicios) necesarios de producción nacional, ya sea que estén clasificados o no según normas y catálogos. Es este proceso solo se permitirá la participación de productores individuales, organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, unidades económicas populares, artesanos, y micro y pequeñas unidades productivas, como proveedores. La finalidad de este procedimiento es impulsar la producción nacional y promover la inclusión de dichos productores en las contrataciones del Estado. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

En esta modalidad, las entidades contratantes acuden a una feria inclusiva para presentar sus necesidades de contratación a los posibles oferentes interesados. El objetivo principal de este procedimiento es promover la igualdad de oportunidades en la contratación pública y estimular la participación de oferente que, de otra manera, tendrían menos posibilidades de acceder a los procedimientos de contratación.

Capítulo 3

Declaración de Emergencia en el Sistema Nacional de Contratación Pública

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las contrataciones en situaciones de emergencia permiten solventar las necesidades que presenta el Estado de manera inmediata, ya sea en bienes, obras o servicios, e incluso consultoría de ser el caso. Estas situaciones de emergencia son consideradas eventos extraordinarios, pues presentan circunstancias imprevistas, que van en contra de lo cotidiano y no pueden prologarse indefinidamente; por lo que el ordenamiento jurídico debe buscar la manera de afrontar la crisis mientras cumple con los principios plasmados en la Ley.

Los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia son regulados por varios cuerpos normativos pero a su vez hay que tener presente que existe varios escenarios en donde se pueden emplear este tipo de contratos; el primero escenario, establecido en la Constitución Ecuatoriana, los denominados “estados de excepción”, el Estado utiliza este recurso para hacer frente a situaciones y condiciones extraordinarias que interrumpen el curso normal de la sociedad. El propósito de emplear estos recursos es salvaguardar a la población y proteger los intereses del Estado. (Cociós Núñez, 2015) aunque no se cuenta con una definición precisa de situaciones de emergencia o declaraciones de emergencia, se sabe que el único con la potestad de declarar un estado de excepción es el Presidente de la República, según el artículo 164, el cual tendrá un periodo de duración inicial de sesenta (60) días, y si es necesario extenderlo, se puede ampliar por un periodo adicional de treinta (30) días más. Los supuestos en los que se puede aplicar el estado de excepción son los siguientes: en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave perturbación del orden interno, calamidad pública o desastre natural.

Cabe destacar que el estado de excepción deberá respetar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad; además, el decreto del estado de excepción debe contener una justificación adecuada y detallada de la causa, el área geográfica en la que se implementará, el plazo de aplicación, las medidas a implementar, los derechos que se suspenderán o limitarán y el cumplimiento de los procedimientos establecidos por la Ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El segundo escenario se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Salud, denominado “estado de emergencia sanitaria”, el cual al igual que el estado de excepción debe ser

declarado por el Presidente de la República; y define a la emergencia sanitaria como cualquier situación que debido a desastres naturales, comportamiento humano, condiciones climáticas, falta de servicios de saneamiento básico contribuyen al aumento de la transmisión de enfermedades, es necesaria la intervención del estado para satisfacer las necesidades y reducir el peligro en la salud de la población; de esta manera, se especifica que cualquier situación que pueda ser perjudicial para la salud de los ciudadanos, debido a factores naturales o antropogénicos, hace que sea necesaria la intervención del Estado para reducir los riesgos y satisfacer las necesidades pertinentes. El Ministerio de Salud tiene total responsabilidad en identificar las zonas de alerta sanitaria y comunicar al Presidente, quien a su vez verificará la información y decretará el estado de emergencia. (Ley Orgánica de Salud, 2016)

De lo mencionado, se puede deducir que tanto el estado de excepción como el estado de emergencia sanitaria son situaciones de emergencia que podrían requerir la contratación pública para responder de manera efectiva a la situación, siempre y cuando se sigan las regulaciones específicas que rigen en cada caso. Es importante tener en cuenta que, aunque son conceptos diferentes, en situaciones de emergencia como la pandemia de Covid-19, es posible declarar ambos estados simultáneamente con el propósito de tomar medidas más efectivas y proteger la salud pública y la estabilidad del país.

En Ecuador, las regulaciones específicas sobre cómo proceder en la contratación pública durante emergencias se mencionan primero en la LOSNCP, en su artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP, define a las situaciones de emergencia como aquellas que se originan por eventos significativos, como desastres naturales (accidentes, terremotos, inundaciones, sequías), condiciones internas graves (conmoción interna), amenazas extremas inminentes (agresión externa, guerra internacional), y otras que puedan producirse debido a circunstancias imprevistas o situaciones de fuerza mayor. Para que una situación sea considerada una emergencia genuina, debe ser específica, verificable, objetiva y repentina. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

A su vez, la Ley establece la creación del órgano técnico rector de los procesos de contratación pública, que actualmente es reconocido como el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Además, se complementa la regulación con el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Codificación de Resoluciones del SERCOP, los cuales establecen las directrices que se

deben seguir en el proceso de contratación durante emergencias, lo que incluye los procedimientos necesarios y los principios que se deben respetar. (Pozo Samaniego, 2020)

A través de este proceso contractual, la LOSNCP ha creado un procedimiento de contratación que se enfoca en atender las situaciones de emergencia que pueden presentarse por circunstancias graves e imprevisibles; por lo tanto, al ser un procedimiento excepcional de aplicación directa e inmediata, no está sujeto al régimen común de contratación, ya que su objetivo es proporcionar de manera rápida la ayuda necesaria para solucionar daños y pérdidas para el Estado. Lastimosamente, en los últimos años ha existido un abuso excesivo, por parte de las instituciones públicas, en el uso de los procesos establecidos para llevar a cabo contratación pública en las condiciones de emergencia; lo que incluye la aplicación incorrecta de estos procedimientos en situaciones que no constituyen una emergencia como tal. De esta manera, se llega a pensar que la administración ha utilizado la declaración de emergencia como un mecanismo de elusión del procedimiento común, establecido en el Sistema Nacional de Contratación Pública, para solucionar problemas derivados de estudios deficientes o planificaciones inadecuadas. (Dávila, 2015)

Ecuador ha presenciado diversos eventos que han requerido la realización de contratos, en el área pública, en circunstancias de emergencia, siendo el evento más reciente la pandemia Covid-19; pero se tiene conocimiento que incluso eventualidades de menor escala han requerido emplear estos procedimientos de contratación, lo que nos hace llegar a la conclusión de que la corrupción ha logrado infiltrarse en repetidas ocasiones en la celebración de numerosos contratos de emergencia realizados por las entidades estatales; (Pozo Samaniego, 2020) en definitiva, se ha observado un aumento gradual en el uso del estado de emergencia para enfrentar ciertas condiciones, aunque su empleo no ha sido el más apropiado, ni ha cumplido con los requisitos y las pautas establecidas en la LOSNCP y la Constitución. (Cocíos Núñez, 2015)

3.1 Características de las Situaciones de Emergencia

En las situaciones de emergencia, a las entidades públicas se les otorga la potestad de eximirse de seguir los procesos de contratación que se ajustan a las normas del régimen común como del régimen especial, los cuales están contemplados en la LOSNCP; pero se debe tener presente que, para hacer uso de esta excepción, la entidad debe justificar que

la emergencia cumple con los parámetros establecidos en el artículo 6.31 de la LOSNCP; por lo que las situaciones de emergencia deben cumplir con estas cinco características: “concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”, para ser consideradas como objeto de contratación pública.

Es fundamental demostrar y verificar que cumplen con las características, para así lograr justificar la emergencia real y hacer uso del procedimiento especial. Esto se realiza con el objetivo de evitar que el proceso de contratación en condiciones de emergencia sea utilizado para evitar los parámetros legales que se deben las instituciones en condiciones ordinarias. (Martínez Recalde, 2020) A continuación, se describirá brevemente, según Roberto Dromi, en que consiste cada una de las características que se deben cumplir,

- *Concreta.*

Roberto Dromi indica que las emergencias o urgencias deben ser especiales y particulares, aplicables a un caso real y exacto, por lo que no pueden ser de ninguna manera abstractas o genéricas. De esta forma, la emergencia debe estar fundamentada en datos reales, no en suposiciones, para lograr delimitar con exactitud el acontecimiento específico de manera clara y evidente, y justificando así la necesidad de tomar medidas inmediatas y excepcionales. (Dromi, 1999) En caso de que la declaración de emergencia no especifique de manera clara y precisa el evento grave que se debe superar, no se considerará que la situación es de emergencia. (Cociós Núñez, 2015)

- *Inmediata.*

En esta característica, Dromi sostiene que debe presentarse la necesidad de que las acciones solicitadas sean de carácter urgente, ya que los daños causados producen efectos inmediatos, y así lograr resolverlo en el menor lapso de tiempo. Debido a que la emergencia debe ser considerada como actual, inaplazable e intransferible, no es viable seguir el procedimiento común para contratación pública, sino que se debe actuar de manera pronta y eficaz para garantizar el bienestar de todos. (Dromi, 1999)

- *Imprevista.*

La característica de imprevista es un requisito fundamental para que se active el procedimiento excepcional, pues según Dromi, la emergencia debe encontrarse en una situación no previsible o predecible, es decir que la emergencia surja de forma inesperada

y repentina, y no de situaciones previas que no fueron abordadas en su momento, ya que esto demostraría una negligencia evidente por parte de la administración. (Dromi, 1999)

Por otra parte, Dromi establece una distinción entre la urgencia que justifica la contratación pública directa, por una causa específica, y la urgencia que surge como resultado de la negligencia de los funcionarios responsables, que con el paso del tiempo se convierte en una situación gravemente imperiosa. En este último caso, aunque se requiere una contratación inmediata, se debe responsabilizar a los funcionarios que tuvieron a cargo el proceso, mientras que se seguirá aplicando el procedimiento directo de contratación para remediar la situación. (Pozo Samaniego, 2020)

- *Probada.*

En esta situación, la Administración Pública tiene la responsabilidad de llevar a cabo los estudios técnicos, objetivos, previos y serios para validar y fundamentar la existencia de una situación de emergencia; es decir, se debe demostrar que la emergencia es auténtica, verídica y comprobada, porque no es suficiente haber declarado la emergencia para hacer uso del procedimiento excepcional. (Dromi, 1999)

- *Objetiva.*

Por último, Dromi argumenta que la excepción en el proceso de contratación solo se justifica si se trata de un caso en que el Estado exige necesidades públicas urgentes e importantes. Así, debe satisfacerse con rapidez las necesidades estatales, puesto que de no hacerlo, se estaría en peligro de perder una valiosa oportunidad. (Dromi, 1999)

El requisito de objetividad tiene un significado dual, ya que, por un lado es necesario que haya una demanda o necesidad estatal para que se aplique el procedimiento directo de contratación; y por otra parte, este requisito está relacionado con el requisito anteriormente mencionado, que implica que la situación urgente o de emergencia debe ser analizada de manera imparcial, sin depender únicamente del juicio de los funcionarios públicos. De esta manera, se busca evitar la subjetividad o arbitrariedad que a menudo se asocia con esta clase de contratos. (Pozo Samaniego, 2020)

De acuerdo con lo expuesto, en concordancia con Dromi, la legislación ecuatoriana en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como en el Reglamento a la LOSNCP y la Codificación de Resoluciones del SERCOP, establece que una situación de

emergencia debe ser “concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”; y a su vez, la entidad contratante debe justificar de forma clara que la contratación requerida se empleará para superar la crisis y no hay ninguna posibilidad de aplicar los procedimientos comunes contemplados en la Ley; pero en caso de que no se cumpla con lo dispuesto, se entendería que la contratación efectuada se utilizó como un mecanismo para eludir los procedimientos precontractuales del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Codificación de Resoluciones del SERCOP, 2018)

3.2 Procedimiento de Contratación en Situaciones de Emergencia

A lo largo de la investigación se ha destacado que la actividad contractual realizada por el Estado es de carácter estrictamente formal, lo que significa que se rige por un procedimiento reglado a través de cuerpos normativos; y por ello, los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia también están previstos en la norma.

Estos procedimientos especiales habilitan a que la entidad pública pueda aplicar una contratación directa, es decir, una forma ágil y rápida de satisfacer las necesidades que requiere el Estado en esa situación, con el fin de solventar la crisis existente y evitar daños adicionales a la ciudadanía.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla en su normativa el procedimiento de contratación que debe regir durante las situaciones de emergencia, específicamente en su artículo 57, el cual establece que, antes de iniciar cualquier contrato, para hacer frente a las situaciones de emergencia contempladas en esta Ley, es necesario que la autoridad de mayor rango de la institución responsable emita una resolución fundamentada que indique la emergencia y justifique la necesidad de los contratos. Inmediatamente después de emitir la resolución, esta deberá ser publicada en el Portal de COMPRASPUBLICAS, no está permitido delegar la autoridad para emitir esta resolución. El SERCOP determinará el plazo que debe pasar luego de la publicación de estas resoluciones, las cuales deberán ser emitidas para afrontar sucesos graves de carácter imprevisto, natural o humanos, y en ellas se evaluará la condición de emergencia como objetiva, probada, inmediata, concreta e imprevista, y se indicará la incapacidad de llevar a cabo los procesos comunes de contratación para hacer frente a la situación que amenaza con interrumpir el servicio público o causar graves daños. Toda declaración de emergencia no deberá superar los sesenta (60) días de duración, y solo en casos excepcionales se

podrá extender, conforme a lo que determine el SERCOP. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Por lo que es evidente, que al utilizar este procedimiento se pueden evitar los trámites previos al contrato que normalmente se llevarían a cabo, con el fin de atender la situación de emergencia que es necesaria superar de forma inmediata y urgente. (Martínez Recalde, 2020) Tanto el artículo 57 de la LOSNCP, como el artículo 236 del Reglamento a la LOSNCP y el artículo 361 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, comprenden el procedimiento que las entidades públicas deben emplear para realizar contrataciones de emergencia. Para una mejor comprensión se logra diferenciar tres etapas dentro del procedimiento, la primera sería la precontractual, en la cual lo primordial es la declaración de emergencia; la segunda etapa sería de ejecución, en donde se aplica la contratación directa; y la última etapa, que se da después de haber superado la emergencia.

3.2.1 Etapa Preparatoria y Precontractual

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, en su etapa precontractual, exige el cumplimiento de ciertos procedimientos, como lo es la declaratoria de emergencia, para garantizar una selección adecuada de proveedor. La etapa precontractual se produce como una consecuencia de varios actos, reglas y actos administrativos simples que tienen la participación y colaboración de los particulares mediante actos y sucesos jurídicos privados; los cuales son fundamentales para la creación del contrato administrativo. (Dromi, 2001)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como su Reglamento y la Codificación de las Resoluciones del SERCOP, establecen el proceso precontractual que las entidades públicas deben seguir al contratar en situaciones de emergencia, el cual se explicará a continuación:

- ***Declaratoria de Emergencia:***

La declaración de emergencia es emitida por la autoridad de mayor rango de la institución contratante, con el propósito de abordar las circunstancias contempladas en el artículo 6.31 de la LOSNCP. Esta declaración debe reunir los elementos establecidos en el artículo 57 de la Ley mencionada, elementos que serán evaluados mediante un acto administrativo debidamente motivado y justificado. Es crucial considerar que, según lo establecido, el tiempo de duración de la declaración de emergencia no debe sobrepasar los sesenta (60)

días, a menos que ya se haya decretado un estado de excepción anteriormente, en cuyo caso el plazo estaría supeditado al tiempo establecido por el estado de excepción correspondiente. (Codificación de Resoluciones del SERCOP, 2018)

La entidad contratante debe dejar constancia de que no existe ninguna posibilidad de acoger el procedimiento ordinario de contratación pública contemplado en la Ley y, cabe mencionar, que la declaración de emergencia es distinta al estado de excepción que se menciona en el art. 164 de la Constitución; y por ello, la proclamación del estado de excepción no puede reemplazar de ninguna manera la proclamación de emergencia que cada institución pública contratante debe realizar antes de aplicar una contratación directa.

- **Resolución:**

Una vez identificada la situación de emergencia, y que esta cumpla con los elementos anteriormente mencionados, se procede a motivar el acto administrativo de la declaratoria de emergencia. Es fundamental considerar que la justificación para declarar una situación de emergencia es esencial para utilizar el procedimiento especial, ya que actúa como un filtro que garantiza la necesidad real de aplicar una contratación directa. La justificación es un requerimiento fundamental para que el acto administrativo sea efectivo y cumpla con los requisitos legales y procedimientos. (Martínez Recalde, 2020)

La declaratoria debe ser pública de forma inmediata en el Portal de COMPRASPÚBLICAS; este es un requisito esencial, pues habilita la siguiente etapa de la contratación en situaciones de emergencia. Cualquier institución contratante mencionada en el art. 1 de la LOSNCP que declare situaciones de emergencia tiene la obligación de emplear la herramienta “Publicaciones de Emergencia”, la cual está disponible en el Portal Institucional del SERCOP. Dicha herramienta permite llevar cabo todas las acciones previstas en el art. 57 de LOSNCP.

Toda entidad contratante establecida en el artículo 1 de la LOSNCP, que declare situaciones de emergencia tiene la obligación de utilizar la herramienta “Publicaciones de Emergencia” que se encuentra disponible en el Portal Institucional del SERCOP, la herramienta contempla la realización de todas las actuaciones previstas en el artículo 57 de la LOSNCP. (Codificación de Resoluciones del SERCOP, 2018)

Además de la resolución debidamente fundamentada que declara la situación de emergencia, es necesario registrar la fecha en que comienza la emergencia en el sistema,

con el propósito de un lograr un mejor control del proceso; se debe tener en cuenta que no se podrá aplicar el procedimiento especial si los bienes y servicios requeridos constan en el catálogo electrónico.

- ***Selección de Proveedores y Análisis de Oferta:***

Después de la publicación de la necesidad de contratación, la institución contratante seleccionará a los proveedores de forma ágil, instantánea, pronta, clara y fácil; (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) siempre y cuando la actividad de los proveedores esté relacionada con el objetivo de la contratación y hayan cumplido con los requisitos jurídicos, económicos y técnicos necesarios.

La autoridad responsable realizará un análisis transparente de la oferta seleccionada con el objetivo de buscar una mejor relación calidad-precio en la contratación; (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) aunque lo que se busca es un procedimiento rápido y eficaz, no por ello se va a descuidar el análisis objetivo que se requiere para respaldar la decisión de contratación. En este análisis se debe considerar la situación en la que se encuentra el mercado a la fecha de presentar la oferta.

De lo mencionado, debe entenderse que el procedimiento de contratación en emergencia queda sujeto a la discreción y responsabilidad de la máxima autoridad; con esto se logra filtrar varios pasos en comparación con el procedimiento común. Es comprensible que el legislador haya optado por esta medida, pues lo que se busca es satisfacer las necesidades inminentes del Estado y superar la emergencia, de forma urgente en el menor tiempo posible y al mejor costo.

- ***Certificación de Disponibilidad Presupuestaria:***

Este certificado de disponibilidad presupuestaria es un documento que emite la institución pública contratante, con el objetivo de registrar que hay disponibilidad de recursos para llevar a cabo la contratación requerida. Este es un requisito necesario para cualquier tipo de contratación pública y, por esa razón, se lo solicita antes de la celebración de un contrato en situación de emergencia.

Durante la emergencia, la institución contratante debe recoger toda la información producida durante el procedimiento en un expediente, pues el mismo servirá para futuros controles.

Todas las entidades que se encuentran contempladas en el art. 1 de la LOSNCP deben utilizar la herramienta disponible en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, denominada “Publicaciones de Emergencia”, con el fin de publicar toda la documentación solicitada por la LOSNCP.

3.2.2 Etapa Contractual

La LOSNCP determina que dentro de este procedimiento especial se pueda aplicar una contratación directa por parte de la institución contratante. Si bien el art. 57 de la Ley establece de manera general en que consiste el procedimiento en situaciones de emergencia, no hay una regulación específica que indique cual es el procedimiento por seguir en la selección de proveedores o de la contratación en sí.

Durante la etapa contractual, las adquisiciones están obligadas a cumplir con las regulaciones establecidas en la Ley, sus normas complementarias; por lo tanto, es importante respetar los requisitos necesarios para celebrar contratos, los cuales incluyen multas, garantías y causales de terminación, además de las causales propias de la administración pública, según sea el caso. (Lozada Vargas, 2015)

Aunque en la etapa contractual, la LOSNCP no dispone de un procedimiento estructurado, se podrá explicar esencialmente en base al Reglamento de la LOSNCP y la Codificación de las Resoluciones del SERCOP en que consiste el procedimiento de contratación.

- ***Contratación en situación de emergencia.***

Las contrataciones que se pretendan realizar en esta fase deben estar estrechamente relacionadas con el problema o situación surgida, por lo que es necesario comprobar que existe una conexión clara y sin subjetividad entre la situación de emergencia y la necesidad inmediata de llevar a cabo un proceso de contratación para satisfacer la exigencia real y urgente. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022) No se permitirá la contratación de bienes, servicios y obras, cuando el tiempo de ejecución exceda el período establecido en la declaración de emergencia; porque de ser el caso, se presumirá que el contrato celebrado no era necesario para superar la situación de emergencia.

Los contratos, las órdenes de compra o facturas que correspondan a las adquisiciones mencionadas, deben ser publicados en la herramienta de “Publicaciones de Emergencia”

en un término máximo de dos días; y, se podrá usar de referencia los modelos oficiales disponibles en el Portal Institucional del SERCOP.

- **Informes parciales.**

La elaboración de los informes parciales será responsabilidad de la entidad contratante, los cuales en su contenido detallarán sobre el número de contratos realizados, el monto de la contratación, así como el objeto, el nombre y el RUC del contratista. Estos informes deberán publicarse de manera periódica y obligatoria cada diez días en la herramienta “Publicaciones de Emergencia”.

Cada celebración contractual, en consecuencia, de la declaración de emergencia, deberá ir acompañado de un informe detallado que fundamente el motivo que imposibilitó a la institución contratante aplicar el procedimiento ordinario establecido en la norma. Es importante mencionar que las entidades no tienen la potestad de usar el procedimiento de contratación de emergencia en situaciones que no tengan relación con la contingencia de la emergencia ocurrida y a su vez, las entidades no pueden utilizar la emergencia como un mecanismo para realizar contrataciones que se hallan planeado con anterioridad.

3.2.3 Etapa posterior a la Superación de la Emergencia

Una vez que se hayan efectuado las contrataciones requeridas y se haya logrado superar la condición de emergencia, la entidad contratante debe registrarse al procedimiento establecido en la LOSNCP, y a las normativas complementarias, con el propósito de mostrar los resultados obtenidos al tiempo que se cumple con el principio de transparencia que distingue a los procedimientos de contratación pública.

- **Informe Final.**

La autoridad de mayor rango de la institución contratante deberá elaborar un informe final cuando se haya superado la situación de emergencia, la cual deberá contener toda la información exigida por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP); y una vez finalizado, el informe deberá ser publicado.

El informe emitido deberá contener lo siguiente, según el artículo 246 del Reglamento a la LOSNCP: 1) Número y fecha de la resolución de la declaración de emergencia; 2) Contratos efectuados para superar la emergencia; 3) Objeto de cada contrato; 4) Identificación de los

contratistas, con RUC; 5) Plazo de duración de la emergencia; 6) Valor total de cada contrato; 7) Resultados finales de la contratación; 8) Detalle de las situaciones que se lograron corregir o superar. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

- ***Control en emergencias.***

Durante cualquier fase del proceso de contratación, el SERCOP, se reserva el derecho de llevar a cabo acciones control para comprobar si se ha cumplido diversos parámetros, que abarcan desde el uso apropiado de las herramientas hasta la observancia de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP, las contrataciones con los oferentes y otros aspectos relacionados; según lo previsto en el artículo 14 de la LOSNCP.

Por lo que es atribución del SERCOP sugerir a la institución contratante la suspensión de cualquier actividad, incluso la declaración misma de emergencia, si se comprueba el incumplimiento de cualquiera de los numerales contemplados en el artículo 14 de la presente Ley, o en caso de no existir un nexo causal entre las contrataciones y la situación de emergencia declarada. En cualquiera de los casos, el SERCOP tiene la obligación de reportar a la CGE en el término máximo de 10 días.

En esta fase del procedimiento, tanto el SERCOP, como la CGE o la PGE, tienen la facultad de emprender las medidas de control pertinentes en cualquier momento para garantizar el cumplimiento de las normas y principios establecidos en la Ley. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Finalmente, se establece que las publicaciones de las resoluciones de emergencia, los contratos y los informes deberán llevarse a cabo de forma inmediata tras su emisión, con la responsabilidad de la autoridad de mayor rango de la institución contratante, de su delegado y de los usuarios autorizados para operar el Portal Institucional del SERCOP. (Reglamento General a la LOSNCP, 2022)

3.3 Vulnerabilidad y corrupción en Situaciones de Emergencia bajo la LOSNCP

En torno a esta investigación se ha detallado cada uno de los procesos que contempla la LOSNCP y sus regulaciones complementarias; y se ha dado especial atención al procedimiento de contratación que tiene por objeto la superación de las situaciones de

emergencia. Por lo tanto, es pertinente cuestionarnos acerca del impacto que este tipo de contratación ha tenido en Ecuador.

Desde la publicación de la LOSNCP, ha surgido una serie de polémicas en relación a ciertas contrataciones de emergencia que han optado aplicar las entidades contractuales, sujetas al art. 57 de la LOSNCP. Estas contrataciones han sido señaladas y cuestionadas tanto por los medios de comunicación como por la ciudadanía en general, y en ocasiones han sido examinados incluso por la CGE debido a las denuncias específicas. (Lozada Vargas, 2015)

Durante la situación de emergencia, las contrataciones realizadas por el Estado se vuelven más vulnerables debido a la necesidad urgente de adquirir bienes, obras o servicios para hacer frente a la crisis; por lo que esta emergencia puede dar como resultado la selección de contratistas u ofertantes que no cumplen con los procesos o requerimientos establecidos en la LOSNCP y su Reglamento, lo que crea un ambiente propicio para la posible aparición de actos de corrupción e irregularidades.

La esencia de la corrupción a permanecido constante a lo largo del tiempo, desde sus orígenes hasta la actualidad. Si bien ha evolucionado y ha tomado matices propios de los avances tecnológicos, y aunque los controles se han incrementado, los medios y objetivos siguen los mismos de prácticas deshonestas. (Díaz Colmachi, 2019)

Se reconoce que no hay una solución exacta para prevenir o combatir la corrupción; no obstante, es fundamental aplicar medidas para abordar estas situaciones en las contrataciones de emergencia, como las previstas en la normativa ecuatoriana, entre las cuales tenemos la implementación de sistemas de control y supervisión, los protocolos de compras transparentes, la identificación de proveedores capacitados, la evaluación de contratistas a partir de los principios de transparencia y la aplicación de normas que garanticen la ética en la contratación.

En un informe sobre la lucha contra la corrupción en febrero de 2014 adoptado por la comisión Europea, el autor Antonio Martínez Martín destaca algunas medidas recomendadas para combatirla, tales como mejorar la supervisión de la contratación, promover la transparencia en todos los tramites de los contratos por parte de todas las administraciones y poderes adjudicadores, fortalecer los mecanismos de control interno y externo de esta actividad contractual, y endurecer las leyes sancionadoras. (Díaz Colmachi, 2019)

Por otra parte, José Martínez propone medidas mucho más concretas para combatir la corrupción; nos indica que existen diversas medidas enfocadas en reducir la corrupción en la contratación pública, que se pueden resumir en cuatro tipos principales: en primer lugar, es necesario potenciar la transparencia y garantizar la equidad durante todas las fases del procedimiento de contratación; en segundo lugar, se debe garantizar la formación ética y jurídica del personal del sector público y privado que participa en dichos procedimientos; en tercer lugar, es crucial reforzar los controles internos y externos existentes y dar efecto a los informes de los órganos de control; y por último, se debe detectar a los responsables de manipulación de los procedimientos y asegurar su sanción, incluyendo la correspondiente indemnización por el daño causado. (Martínez, 2017)

De lo mencionado, las medidas propuestas por el doctrinario José Martínez podrían ser aplicadas en cualquier contexto de contratación, pero es importante tener en cuenta que la corrupción evoluciona en paralelo a la legislación vigente de cada país, por lo que las medidas deben adaptarse al entorno en el que se vayan a aplicar. En cualquier caso, la importancia de la transparencia y el seguimiento estricto de los procedimientos y requisitos establecidos en las regulaciones son aspectos fundamentales en la lucha contra la corrupción en la contratación durante situaciones de emergencia.

3.4 Contratación Pública frente al COVID 19

El once de marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud hizo oficial la declaración de la pandemia del SARS-CoV-2, originada en Wuhan, República Popular China. Esta crisis sanitaria de alcance global se propago rápidamente entre la ciudadanía debido a la complejidad y el poco conocimiento sobre el virus, por lo que se dieron a lugar consecuencias devastadoras en todos los ámbitos.

En Ecuador, el 29 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud Pública (MSP) confirmó el primer caso de Covid-19, marcando así el inicio de las primeras directrices sobre el tratamiento sanitario de los pacientes, la vigilancia epidemiológica de las personas sospechosas, el mejoramiento del diagnóstico y la comunicación del riesgo a la comunidad ecuatoriana. El MSP emitió el Acuerdo Ministerial No. 00126-2020, el 11 de marzo de 2020, declarando el Estado de Emergencia Sanitaria Nacional, con el fin de prevenir una posible propagación masiva del virus en la población; posteriormente, el 16 de marzo del mismo año, el Presidente emite el Decreto Ejecutivo No.1017, con el cual declaraba el Estado de

Excepción por calamidad pública en todo el territorio ecuatoriano, con el propósito de controlar la emergencia sanitaria y salvaguardar la vida de las población. (Robayo Contreras, 2022)

Con la crisis de la pandemia del Covid-19 todos los países tuvieron un fuerte impacto negativo, tanto en el área de la salud como en lo económico y social; ya que la realidad a la que nos enfrentábamos es que durante la pandemia, no había suficiente suministro de material de protección disponible para los profesionales sanitarios, así como tampoco para la población en general ni para los trabajadores esenciales que continuarían con la actividad económica durante el brote. (González García, 2020) Es decir, no estábamos preparados para enfrentar la situación de la pandemia, incluso a pesar de tener experiencias anteriores con otros virus, como la gripe aviar, no fueron suficientes para prevenir el contagio masivo causado por el SARS-CoV-2. En consecuencia, los gobiernos implementaron medidas jurídicas excepcionales para abordar la situación de crisis.

La Universidad Johns Hopkins reporta que, hasta febrero de 2022, la pandemia ha resultado en la pérdida de 5.880.163 vidas en todo el mundo y se han registrado 422.726.337 casos de contagio. (Universidad Johns Hopkins, 2022)

La aparición de la pandemia del Covid-19 llevó a los gobiernos a optar por varias medidas con el objetivo prevenir y disminuir los contagios, y así evitar que se siga expandiendo el virus. El Estado de Ecuador se propuso a desarrollar un conjunto de medidas legales excepcionales para hacer frente a la situación sin precedentes generada por el Covid-19. El objetivo era crear un escudo efectivo desde el ámbito jurídico que pudiera proteger la salud, la economía y el bienestar social ante el impacto de la pandemia; (Gimeno Feliu, LA crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública., 2020) entre las medidas que adopto el Ecuador, la decisión de restringir la movilidad completa de la población fue una de ellas; si bien esta medida logró frenar los números de contagio, no todos los resultados fueron positivos, pues el desarrollo económico del país sufrió un impacto significativo.

Con la presencia del virus en el país, la legislación tuvo que intervenir de manera rápida para abordar la situación de emergencia, por lo que en el sector público mediante la contratación directa se buscó fomentar la negociación entre la entidad contratante y el contratista, siempre en beneficio del bienestar general y conforme a los principios

contemplados en el art. 4 de la LOSNCP; y a su vez, cumpliendo con las características plasmadas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley anteriormente mencionada.

Es entendible que se establezcan ciertos requisitos, ya que el Estado, incluso al aplicar el procedimiento especial en la contratación pública, no es libre para contratar como y con quien quiera, pues la contratación que se pretenda llevar a cabo debe estar motivada y justificada. La administración no tiene plena libertad de acción, incluso cuando usa su poder para restringir derechos o hacer contrataciones. (Sanz Rubiales, 2020) La contratación en situaciones de emergencia está destinada únicamente para ser aplicada en los casos en los que la administración debe actuar inmediatamente debido a una situación que representa un grave peligro para la población, por lo que es evidente que se haya aplicado estos procedimientos especiales de contratación en la pandemia del Covid-19. Dado que la contratación en emergencia es un recurso extraordinario que solo se puede utilizar en momentos de extrema urgencia, y en consecuencia, debe estar debidamente fundamentada en el interés público, general y social, el cual es un asunto de gran importancia para toda la comunidad. (Dromi, 2003)

De lo mencionado, la aplicación del procedimiento especial durante la pandemia del Covid-19 generó un efecto importante en el área de la contratación pública, ya que la emergencia planteó un desafío considerable en términos de los plazos asignados para la ejecución de los contratos, en base a esto, la administración del Estado debía realizar contrataciones eficientes, con el objetivo de garantizar la mayor eficacia sanitaria con una sostenibilidad económica, mientras se luchaba por superar la emergencia. Es evidente que la crisis del Covid-19 ha requerido no solo una respuesta sanitaria, sino también jurídica y económica, por lo que ha repercutido sobre la contratación pública, demandando la implementación de medidas especiales que deben acompañar al estado de emergencia. (Gimeno Feliu, 2020)

Según González García la contratación de recursos (bienes y/o servicios) para hacer frente a la situación de emergencia provocada por el Covid-19 exigía dos premisas: en primer lugar, establecer un procedimiento excepcional para la tramitación de todos los contratos relacionados con la compra de suministros básicos de protección individual para prevenir la propagación del virus y, en segundo lugar, crear un mecanismo de pago que permitiera cumplir con los requisitos de los fabricantes. (González García, 2020)

Ahora bien, al analizar el entorno tumultuoso de las adquisiciones gubernamentales durante la crisis sanitaria, es claro que la implementación de las medidas establecidas por la

legislación ecuatoriana produjo graves consecuencias, especialmente en la economía. Pues la contratación pública que se empleó por las entidades no fue la más eficiente, ya que no se aseguró un adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio por el hecho de querer evitar costosos gastos. Es importante tener en cuenta que el ahorro obtenido al adquirir servicios y suministros sanitarios no debe comprometer la calidad ni la sostenibilidad de la cobertura, sino más bien, contribuir a mantenerla e incluso mejorarla. (Gimeno Feliu, 2021)

Es necesario empezar a adoptar un enfoque de compras inteligentes con el fin de utilizar la contratación pública como inversión, en lugar de considerarla solamente una herramienta proporcionada por la administración; la solución a este problema implica un cambio de perspectiva en los diferentes actores involucrados al seleccionar un único proveedor basado únicamente en el precio más bajo, y en su lugar, avanzar hacia un modelo de selección que considere varios criterios; (Gimeno Feliu, 2020) al hacerlo conseguiríamos obtener más valor y mejor sostenibilidad del sistema.

Considerando todo lo mencionado, se entiende que las medidas adoptadas por el legislador fueron necesarias; sin embargo, al autorizar el uso de la normativa excepcional, no se mantuvo un control riguroso sobre las contrataciones realizadas durante la situación de emergencia, por lo que a su vez se creó un escenario propicio para la corrupción. Son varios los casos sobre compras públicas que los medios de comunicación dieron a conocer, hechos punibles perjudiciales para el sistema económico del país, tales como las bolsas para cadáveres, el cobro excesivo por mascarillas, la mala gestión en la compra de vacunas, etc. (Quevedo-Barros & Vásquez, 2020)

Es importante tener en cuenta que, desde un inicio, resulta imperativo identificar las prácticas de corrupción, pero aún más importante, destacar el hecho de que en situaciones de emergencia la contratación pública es utilizada como un mecanismo para prácticas inadecuadas por parte de personas naturales y jurídicas; por lo que al final, estas entidades intentan justificar la aplicación de este mecanismo para eludir el procedimiento común establecido en el sistema nacional de contratación pública, el cual se caracteriza por un control mucho más riguroso en comparación con la contratación en situaciones de emergencia.

3.5 Caso Adquisición de Reactivos para determinación de COVID 19 por PCR-POLIMERASA para la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito

Con la presencia de la pandemia del SARS-CoV-2, era comprensible que el gobierno ecuatoriano tomaría las medidas necesarias para hacer frente a la situación de emergencia; y como se mencionó anteriormente, una de estas medidas dentro del ámbito de contratación pública fue optar por la contratación directa, con el objetivo de aplicar una solución de manera inmediata.

Una vez confirmado la propagación del Covid-19 en el territorio ecuatoriano, el MSP decide declarar el Estado de Emergencia Sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, el 11 de marzo de 2020, a través del Acuerdo No. 00126 - 2020; y consecuentemente el 16 de marzo de 2020, el Presidente de la República, mediante el Decreto No. 1017, declara el Estado de Excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional.

Con el Estado en situación de emergencia, era considerable que varias entidades podrían llegar a declararse en emergencia, una de ellas fue la Secretaría Metropolitana de Salud del Distrito Metropolitano de Quito; en uso de las atribucionales y facultades constitucionales, en concordancia con el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; resuelve mediante la Resolución No. MDMQ-SSU-001-2020, de 29 de marzo de 2020, en su artículo 1, declara en estado de emergencia a la Secretaría Metropolitana de Salud del Distrito Metropolitano de Quito debido a la pandemia del Covid-19 y la emergencia sanitaria nacional. Se permite que las máximas autoridades de la Secretaría contraten de manera directa, mientras asumen la responsabilidad de los recursos adquiridos en la lucha contra la situación de crisis, incluyendo la compra de dispositivos de protección personal para los trabajadores de la salud y pruebas para detectar el virus Covid-19, según lo establecido en la resolución de Alcaldía No. A-019 de 17 de febrero de 2020. (Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2020)

Al llevarse a cabo la publicación de la Resolución No. MDMQ-SSU.001-2020 en el Portal de COMPRASPÚBLICAS, la cual entró en vigencia a partir de su suscripción y estaría vigente únicamente hasta que se derogue la declaratoria de estado de excepción emitida por el Presidente de la República del Ecuador, el Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud emitió un informe de necesidad para la “Adquisición de reactivos para

determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito”, con fecha 2 de abril de 2020.

En el informe de necesidad se detallaron los siguientes requisitos que la entidad pública requería para superar la crisis de emergencia, entre los cuales tenemos:

1. Kit para la extracción RNA, para 200.000 pruebas;
2. Kit para detección molecular, para 200.000 pruebas;
3. Hisopos + medio de transporte para extracción, 200.000;
4. Equipos de diagnóstico molecular basado en reacción en Cadena de Polimerasa (PCR) en tiempo real que incluya: Separador celular o extractor de ARN;
5. Mantenimiento preventivo de acuerdo a recomendación del fabricante;
6. Mantenimiento correctivo.

El Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud, mediante el informe presentado, dejaba constancia de que era importante y necesaria la adquisición de los reactivos; por lo que se recomendaba que se de paso al proceso de contratación por emergencia para la “ADQUISICIÓN DE REACTIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DE COVID 19 POR PCR-POLIMERASA PARA LA SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.” (Contraloría General del Estado, 2020)

Con respecto a las especificaciones técnicas realizadas el 7 de abril de 2020, los servidores municipales y el Directos Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud, dejaron en claro que, mediante la adquisición solicitada se proporcionaría al Distrito Metropolitano de Quito los equipos y reactivos necesarios **para realizar 200.000 pruebas para detección del Covid-19**. En abril de 2020, se recibieron tres cotizaciones por parte de las empresas GENLIFE, SALUMED S.A. y GLOBAL 360.

A continuación, se proporcionará de manera concisa los puntos principales establecidos en cada una de las cotizaciones presentadas.

Tabla 1 Informe de ofertas

Entidad	Descripción Productos	Cantidad	Precio USD	Sensibilidad	
	Kit detección molecular	100.000	2.500.000,00		X
	Kit extracción RNA	100.000	975.000,00		

SALUDMED S.A. Precio promedio unitario	Hisopos + medio transporte	100.000	299.000,00		
	Equipos de diagnóstico molecular	3	-		
	TOTAL		3.774.000,00		
	Precio promedio unitario		37,74		
GENLIFE (*) Precio promedio unitario	Detección de nCV-19 por PCR Tiempo Real Incluye: Kit PCR tiempo real	200.000	5.400.000,00	X	
	Equipos PCR tiempo real QuantStudios5 Thermo Fisher	3			
	kit de extracción DN/ARN/Viral				
	Equipos extracción ADN/ARN	2			
	Equipamiento PCR Vortex Centrífuga				
	Consumibles				
	Precio promedio unitario		27,00		
	GLOBAL 360 (**)	Test Gene Finder	200.000	3.600.000,00	
Kit para extracción RNA		200.000	1.316.000,00		
Isopos + medio de transporte para extracción		200.000	278.000,00		
TOTAL			5.194.000,99		
Precio promedio unitario			25,97		

(*) Adicional incluye Capacitación y mantenimiento.

(**) Incluye la entrega de 50 trajes y un congelador -25° para el almacenamiento de kits Gene Finder.

Adicionalmente señala la necesidad de adquirir 3 equipos a un costo unitario de 49.800 USD.

Nota. Fuente: Informe de la Contraloría General del Estado. (Contraloría General del Estado, 2020)

De acuerdo a lo expuesto, se da a conocer que el proveedor SALUMED S.A. presentó una oferta por 100.000 pruebas sin proporcionar información sobre los niveles de sensibilidad de las mismas; por otra parte, la empresa GENLIFE presentó una oferta para 200.000 pruebas junto con los niveles de sensibilidad correspondientes y, adicionalmente ofertó 5 equipos; por último, la empresa GLOBAL 360 presentó una oferta también para 200.000 pruebas, pero no incluyó indicación de niveles de sensibilidad, sin embargo, indicó la necesidad de adquirir 3 equipos para el diagnóstico a un precio unitario de 49.800 USD.

Continuando, el 13 de abril de 2020, el Secretario Metropolitano de Salud designó al Coordinador de Medicamentos y Dispositivos Médicos como delegado de la máxima autoridad, quién presidiría la comisión. Además, se designó al Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud como titular del área requirente y, al Servidor Municipal 13 como técnico especializado en el objeto de la contratación. Estas tres personas integrarían la Comisión Técnica encargada de la etapa precontractual del procedimiento especial. (Contraloría General del Estado, 2020); En la misma fecha, la Comisión elaboró el acta de recepción de las ofertas presentadas por las empresas SALUMED S.A. y GENLIFE.

Los integrantes de la Comisión evaluaron las ofertas mencionadas y determinaron que la oferta presentada por SALUMED S.A. es apropiada para cumplir con las especificaciones técnicas necesarias, y por ello se procede con su contratación. (Contraloría General del Estado, 2020) El Secretario de Salud aprobó el inicio del proceso de contratación y emitió la Resolución de adjudicación a la empresa SALUMED S.A., con fecha 13 de abril de 2020, basándose en el Informe de Viabilidad de Ofertas IVO-001-2020 presentado el mismo día por los integrantes del Comisión Técnica.

Una vez tramitado el correspondiente proceso de emergencia, el 16 de abril de 2020, comparecen para la celebración del contrato No. SS-EE-COVID19-2020-001, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, legalmente representado por el Dr. Lenin Boroshilov Mantilla en su calidad de Secretario de Salud del Distrito Metropolitano de Quito, como CONTRATANTE; y el Sr. Juan Alejandro Vinelli Ayala, Representante Legal de la empresa SALUMED S.A., como CONTRATISTA. El objeto del contrato fue la adquisición de reactivos para determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por

un valor de TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOLARES con 00/100 (USD 3´774.000,00) más IVA.

Se procede a presentar el mismo día, el Informe Parcial; en el cual se sustenta la razón de no utilización de régimen común de contratación. Se argumenta que era urgente contar con los reactivos, equipos e insumos necesarios para detectar el Covid-19 y aislar oportunamente a los pacientes positivos, a fin de evitar la propagación del virus en la población del DMQ y brindar tratamiento oportuno. Además, se hace hincapié en que no es posible realizar un proceso de contratación común debido a la situación de crisis en curso. (Secretaría Metropolitana de Salud, 2020)

Es evidente la justificación para aplicar el procedimiento especial en situaciones de emergencia, lo cual indicaría que se llevó a cabo el procedimiento con el objetivo de superar la situación que enfrentaba el país y el mundo en ese momento. Desafortunadamente, la CGE al realizar el examen especial a las etapas preparatoria, precontractual y contractual del proceso, reveló inconsistencias y actos de corrupción relacionados con el uso del procedimiento especial implementado.

El examen especial que realizó la Contraloría comprendía el periodo entre el 17 de marzo de 2020 y el 12 de mayo de 2020 del proceso cuyo objeto era la adquisición de reactivos para determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud del Distrito Metropolitano de Quito y entidades relacionadas. El examen tenía como finalidad confirmar el acatamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y demás normas pertinentes, además de comprobar que el proceso de contratación contaba con la documentación suficiente y relevante. (Contraloría General del Estado, 2020) A continuación, se expondrá de manera concisa cada una de las fases analizadas por la Contraloría.

Tabla 2 Proceso de Contratación de Emergencia

FASE PREPARATORIA		
	Procedimiento de Contratación Secretaría de Salud DMQ y entidades relacionadas.	Contraloría General del Estado
29 de marzo de 2020	Resolución 001-2020: El Secretario de Salud declaró en estado de emergencia a la	

	Secretaría Metropolitana de Salud del Municipio de Quito	
2 de abril de 2020	Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud: Presenta el informe de necesidad para la “Adquisición de reactivos para determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito”	
7 de abril de 2020	Servidores Municipales 15 y 16, y el Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud: Se suscriben las especificaciones técnicas, y en el punto 3 Alcance, señalan: “(...) con esta adquisición se dotará al DMQ de los reactivos y equipos necesarios para realizar 200.000 pruebas para detección del Covid-19 (...)”	
7 de abril de 2020	SALUMED S.A. Remitió a la Secretaria de Salud únicamente la cantidad y precio de lo ofertado sin ningún tipo de características o especificaciones técnica del producto. *Proforma por 100.000 unidades	24 de junio de 2020 OFI-030-2406-20-SALUMED: “Copia certificada de la información remitida a la Secretaría de Salud”
	GENLIFE En su proforma detalló las características técnicas del producto ofertado. *Proforma por 200.000 unidades	17 de junio de 2020 Mediante comunicación GQ202200760617: “Copia certificada de la información remitida a la Secretaria de Salud (...) Documentos de respaldo y justificación de la no presentación de la oferta por la cantidad de 100.000 reactivos ”.
	GLOBAL 360 En su proforma detalla en forma general cantidad y precio del producto ofertado.	

	*Proforma por 200.000 unidades	
	Servidores 15 y 16, y el Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud: Se elaboró el estudio de mercado y el presupuesto referencial para la contratación, tomando como base las 100.000 unidades y precios presentados por SALUMED S.A. sin considerar la información remitida por las otras empresas.	
	<p>JUSTIFICACIÓN DE LA SELECCIÓN: Proveedor 1: SALUMED S.A. Si cumple con las especificaciones técnicas y documentos habilitantes para reactivos y proforma 100.000 (...) se compromete a entregar los equipos a comodato.</p> <p>Y concluyen estableciendo que, “se fije el presupuesto referencial de la contratación (...) a la empresa SALUMED S.A. (...) a pesar de ofertar 100.000 pruebas y equipos en modalidad comodato: por cumplir con los requisitos administrativos y técnicos (...)”.</p>	<p>SALUMED S.A. no cumplió con las características técnicas al establecer en su proforma 100.000 unidades en lugar de 200.000 unidades, señaladas en el informe de necesidad y en las necesidades técnicas. Además, solo se basaron en la proforma de SALUMED S.A., sin considerar los precios presentados por las otras empresas; y tampoco se llevó a cabo consultas de precios internacionales.</p> <p>No se presentó un informe de valoración médica, con el cual se justificaba las razones por las que no se consideró las proformas de los otros proveedores.</p>
9 de abril de 2020	Memorando GADDMQ-SS-DMGSS-2020-0139-I: El Director de Gestión del Subsistema de Salud presentó las especificaciones técnicas, en donde se incluyó el presupuesto referencial por 100.000 pruebas y el estudio de mercado.	No se evidenció la aprobación de los documentos.
		Se dio lugar a que el presupuesto referencial no esté basado en un análisis de mercado transparente.

		Se elaboró un estudio de mercado sin contar con evidencia suficiente y competente, no se demuestra que los precios fijados fueron los más convenientes a los intereses institucionales.
		30 de julio de 2020 Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud: “Se analizó las tres propuestas (...) diferían entre sí. La Unidad Requirente identificó que las pruebas presentadas por SALUMED S.A. eran las únicas que se ajustaban a las especificaciones técnicas necesarias (...) su precio no era comparable con el de las pruebas de los otros oferentes”.
		30 de julio de 2020 Servidor Municipal 16 (responsable de la revisión del estudio de mercado), se conocía que la proforma de SALUMED S.A. no coincidía con el informe de necesidad y especificaciones técnicas, se elevó la inquietud al área financiera y ahí se indicó que por la premura de tiempo solo se van a adquirir 100.000 y después se comprarían las otras 100.000
		La CGE no comparte los puntos de vista expuestos, pues no se presentaron documentos que justifiquen la reducción de la cantidad de las pruebas de 200.000 a 100.000
FASE PRECONTRACTUAL		
13 de abril de 2020	Secretario de Salud designa al Coordinador de Medicamentos y Dispositivos Médicos	No se evidenció el documento sobre la

	(presidirá), al Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud y, al Servidor Municipal 13, para que integren la Comisión Técnica para la etapa precontractual del proceso.	designación de los miembros de la Comisión Técnica.
	Memorando GADDMQ-SS-DMGSS-2020-137-I: El Secretario de Salud aprobó la solicitud de inicio del proceso realizado por el Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud.	No se evidenció las invitaciones efectuadas para la participación en el presente concurso y las ofertas presentadas.
13 de abril de 2020	Comisión Técnica: Se elaboró el Acta de Recepción de las ofertas presentadas por las empresas.	No se tiene constancia de su recepción. 17 de junio de 2020 Mediante comunicación GQ202200760617: “no existe información remitida a la Secretaría de Salud con fecha 13 de abril”. Con esta información, se evidenció que no se presentaron ofertas el 13 de abril de 2020 y que se contó únicamente con la información del 7 de abril del mismo año, la cual sirvió para la elaboración del estudio de mercado.
	Comisión Técnica, procede a evaluar las ofertas mencionadas (metodología cumple/no cumple); Presenta el Informe de Vialidad de Ofertas IVO 001-2020: Indicando que la empresa SALUMED S.A. cumple con las especificaciones y es viable su contratación.	Se califica a la empresa SALUMED S.A. pese a que presentó documentación por 100.000 unidades y no por las 200.000 requeridas en el informe de necesidad y en las especificaciones técnicas.
		30 de julio de 2020 Director Metropolitano de Gestión del Subsistema de Salud, “la oferta presentada por SALUMED S.A. aunque establece un número menor

		era aceptable para la comisión, debido a que era la única que cumplía con las especificaciones técnicas”
13 de abril de 2020	Resolución SS-007-2020: Secretaría de Salud adjudica la adquisición de reactivos para la determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa, por el valor de 3.774.000,00 más IVA, a la empresa SALUMED S.A.	<p>Se evidencia que la Comisión Técnica da a lugar a que se recomiende la adjudicación del contrato a la empresa SALUMED S.A., sin verificar y validar que cada una de las ofertas presentadas se ajuste a lo definido en el informe de necesidad y especificaciones técnicas. Pues la empresa SALUMED S.A. ofertó cantidades menores a las requeridas.</p> <p>El Secretario de Salud aprueba el inicio del proceso de contratación, sin verificar que la oferta calificada este de acuerdo con la necesidad y las especificaciones técnicas, lo que ocasiono que se seleccione a un proveedor que no cumplió los parámetros establecidos.</p>
		31 de julio de 2020 Secretario de Salud, “de los tres oferentes, solo uno cumplió con los parámetros de calificación dejando sin efecto las ofertas presentadas por los otros oferentes”.
		3 de agosto de 2020 Presidente de la Comisión Técnica, “es preponderante aclarar que el número de determinaciones no es una especificación técnica”
		La CGE no comparte lo expresado por los servidores pues no se logró verificar la existencia de las ofertas, y no justificaron técnica y documentadamente, las razones por las cuales la Comisión recomendó la

		adjudicación a la empresa SALUMED S.A. a pesar de que claramente no cumplía con el requerimiento de 200.000 pruebas.
FASE CONTRACTUAL		
16 de abril de 2020	Contrato de Emergencia SS-EE-COVID19-2020-001: Suscribe el Secretario Metropolitano de Salud, conjuntamente con el representante legal de la empresa SALUMED S.A., el contrato por 3.774.000,00 más IVA para la adquisición de reactivos para la determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaria de Salud del Municipio de Quito.	Se evidencio que antes de la suscripción, el Secretario de Salud no realizó ningún control previo a la adjudicación, ni determino que lo contratado correspondía a lo requerido en el informe de necesidad.
		31 de julio de 2020 Secretario de Salud indicó, “previo a la suscripción del contrato se realizó verificación tanto del informe de necesidad, estudio de mercado e informe de adjudicación, el mismo que tiene concordancia con lo suscrito en el contrato con la empresa SALUMED S.A.”
		El criterio de la CGE no cambio después de todo lo expresado por los servidores, ya que no hubo una justificación de las razones por las cuales se suscribió un contrato de emergencia con la empresa SALUMED S.A. a pesar de que ofertó 100.000 pruebas y no las requeridas en el informe y especificaciones técnicas.

Nota. Fuente: Elaboración propia basada en el Informe General de la Contraloría General del Estado. (Contraloría General del Estado, 2020)

Según el informe general emitido por la Contraloría, se ha concluido que los servidores encargados de realizar el procedimiento de contratación de emergencia se basaron

exclusivamente en los ítems, cantidades y precios de la proforma presentada por SALUMED S.A. Este punto de la fase resulta crucial y fundamental en el proceso, especialmente considerando la delicada situación económica por la que se estaba atravesando debido a la pandemia de Covid-19, lo cual volvió al sistema más vulnerable.

Por otra parte, también es notorio que el Informe de Viabilidad de Ofertas fue realizado sin contar con la evidencia de la presentación de otras ofertas, es decir, se omitió los pocos parámetros establecidos en el procedimiento; y no hay que olvidar que, en la fase contractual, se constata que tanto los miembros de la Comisión Técnica como el Secretario de Salud, no llevaron a cabo la verificación y supervisión de los requerimientos establecidos en el informe técnico antes de firmar el contrato. Esto resultó en la adjudicación a un oferente que no cumplía claramente con lo solicitado. (Contraloría General del Estado, 2020)

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el procedimiento de contratación de emergencia empleado durante la pandemia de Covid-19 no se aplicó con el objetivo de superar la emergencia; pues se ha evidenciado una serie de inconsistencias a lo largo del proceso de contratación pública, como la falta de justificación documentada.

Se debe considerar que el Estado no tiene libertad absoluta, incluso en el uso de la contratación de emergencia. La administración también está sujeta a una justificación legal para poder contratar, por lo que su capacidad de contratación no es completamente libre. (Sanz Rubiales, 2020). Esta disposición es necesaria, ya que se busca justificar la aplicación de este mecanismo de emergencia y garantizar un control riguroso en la medida de lo posible; no al nivel de un procedimiento común, pero sí al punto de exigir parámetros esenciales que demuestren el adecuado uso del procedimiento en situaciones de emergencia. Si bien se reconoce que el procedimiento especial de emergencia permite cierta flexibilidad en los requisitos y autorizaciones, tal como se establece en el artículo 57 de LOSNCP, esto no implica que se deban ignorar los pocos parámetros exigidos por la ley.

Al examinar el caso de la adquisición de pruebas Covid-19 para la Secretaría de Salud del Distrito Metropolitano de Quito, se constata que el mismo fue empleado como un mecanismo de elusión del procedimiento común para conseguir otros fines aprovechando la necesidad emergente que se estaba experimentando en ese momento; incluso con la existencia de medidas de control en el procedimiento especial, algunas personas

(servidores públicos) encuentran la manera de beneficiarse de las situaciones de emergencia, como es el caso presente; por lo tanto, al surgir estas irregularidades, el Estado tiene la responsabilidad de investigar las prácticas de contratación inadecuadas que se llevaron a cabo bajo el amparo de la emergencia por el Covid-19.

Posteriormente, en razón de la adquisición realizada de pruebas Covid-19 para la Secretaría de Salud, la Contraloría General del Estado “emitió los informes con indicios de responsabilidad penal No. DNA5-0025-2020 y DPPch-0006-2021” (Soria Escobar, 2021). El primer informe abarca todos los aspectos expuestos en el examen especial realizado por la Contraloría que se mencionó anteriormente, donde se establecía la necesidad de adquirir 200.000 pruebas Covid-19 con el propósito de detectar contagios, y así mitigar los efectos de la pandemia en la ciudad mientras se protegía a la población del virus; de manera sorprendente, después de analizar las 3 proformas presentadas, el estudio de mercado determinó que la empresa SALUMED S.A. cumplía con el informe de necesidad y las especificaciones técnica, pese a conocer que la proforma presentada por esa empresa ofrecía solamente 100.000 pruebas.

En el segundo informe con indicios de responsabilidad penal, se determinó que se celebró un Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo con fecha 13 de julio de 2020, entre la Secretaría de Salud y SALUMED S.A.; sin embargo, ya se había suscrito el Acta de entrega recepción definitiva, entre la Administradora del Contrato, la técnica que no intervino en el proceso de ejecución del contrato y SALUMED S.A., el 29 de junio de 2020.

Cuando la CGE halla signos de responsabilidad penal, envía el informe a la Fiscalía General del Estado para que investigue, debido a que la Secretaría de salud municipal no presentó un plan de contingencia que definiera las necesidades, objetivos, cantidad de pruebas a realizar y capacidad de procesamiento. (El Universo, 2020)

Considerando todas las circunstancias expuestas, resulta innegable que hubo actos de corrupción desde el inicio del procedimiento, pues hay diversas irregularidades en el contrato de 4,2 millones de dólares suscrito entre la Secretaría de Salud del Distrito Metropolitano de Quito y la empresa SALUMED S.A., mediante el cual se adquirió la mitad de las pruebas requeridas por la entidad (100.000). Es fundamental tener en cuenta las implicaciones del caso de adquisición de reactivos para la determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud en el Municipio del Distrito Metropolitano de

Quito, un proceso de contratación pública que ha generado controversia en Ecuador y ha recibido una amplia cobertura mediática.

La Fiscalía General del Estado formuló cargos contra catorce (14) personas, un empresario y trece funcionarios del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por el delito de peculado. Entre los procesados esta: el exalcalde del Distrito Metropolitano de Quito (autor mediato); el exsecretario de Salud del DMQ (autor directo); el gerente de la empresa SALUMED S.A. (autor directo); la coordinadora técnica de la Secretaría de Salud (coautor); la administradora del contrato (coautor), etc.

Se presentan cargos en base a la investigación que determino que la empresa SALUMED S.A. no proporcionó pruebas PCR-Polimerasa, sino pruebas Isopollo Covid-19 con tecnología RT-LAMP, que difieren en la sensibilidad y la especificidad para detectar el virus; es por ello que resulta incoherente que la proforma de la empresa SALUMED S.A. haya sido considerada como el único ofertante viable de contratación pública, ya que carecía de determinación de niveles de sensibilidad e incluso no llegó a cumplir con las especificaciones técnicas y el informe de necesidad.

Dado que se trata de una adquisición por un monto excesivamente alto y sobrefacturado, ya que se considera que la empresa SALUMED S.A. era la que más caro ofertaba, esta presunta disposición arbitraria de fondos públicos habría causado un perjuicio económico para las finanzas municipales.

A pesar de que se constató el incumplimiento del objetivo del contrato, según la investigación llevada a cabo por la FGE, los procesados recibieron el producto y lo utilizaron durante la pandemia, lo cual no debería haber ocurrido; lo correcto habría sido terminar el contrato de manera unilateral, en lugar de hacerlo por mutuo acuerdo, ejercer las garantías y aplicar las multas estipuladas, además de declarar a la empresa SALUMED S.A. como proveedor incumplido ante el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Lamentablemente, a pesar de que el caso se encuentra en la Corte Provincial de Justicia, en el día 16 de la audiencia de juicio, el 21 de octubre de 2021, la audiencia no se reinstaló debido a la presentación de una demanda de recusación interpuesta por la defensa del exalcalde de Quito, Jorge Yunda, contra uno de los jueces del Tribunal; actualmente se sigue esperando la resolución del recurso y con ello la notificación de una nueva fecha y hora.

El proceso que ha sido llevado a cabo por la Fiscalía General del Estado está documentado en su plataforma digital, enfocándose puntualmente en los momentos más relevantes, los cuales que indicaran a continuación a través de las ilustraciones.

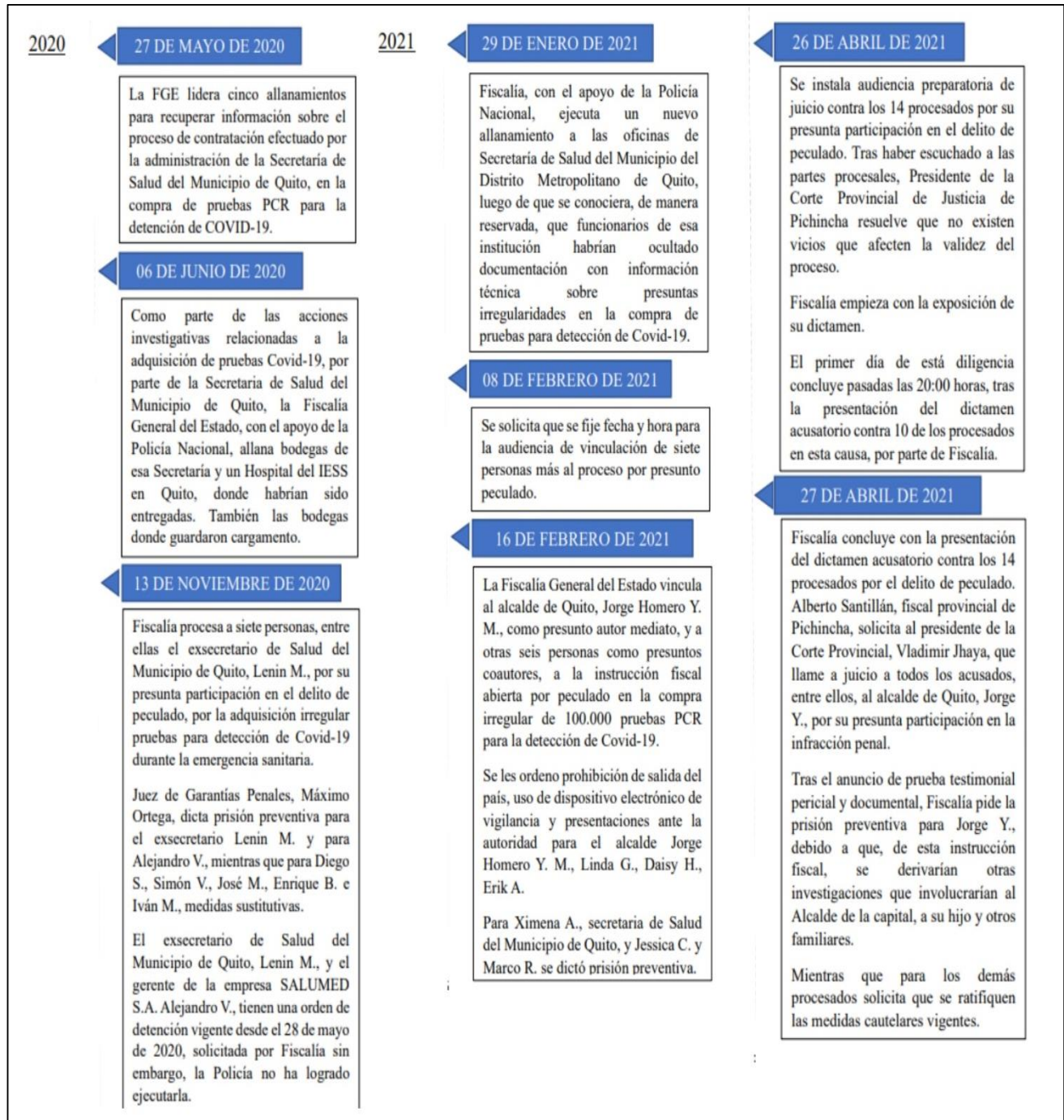


Ilustración 1 Proceso Fiscalía

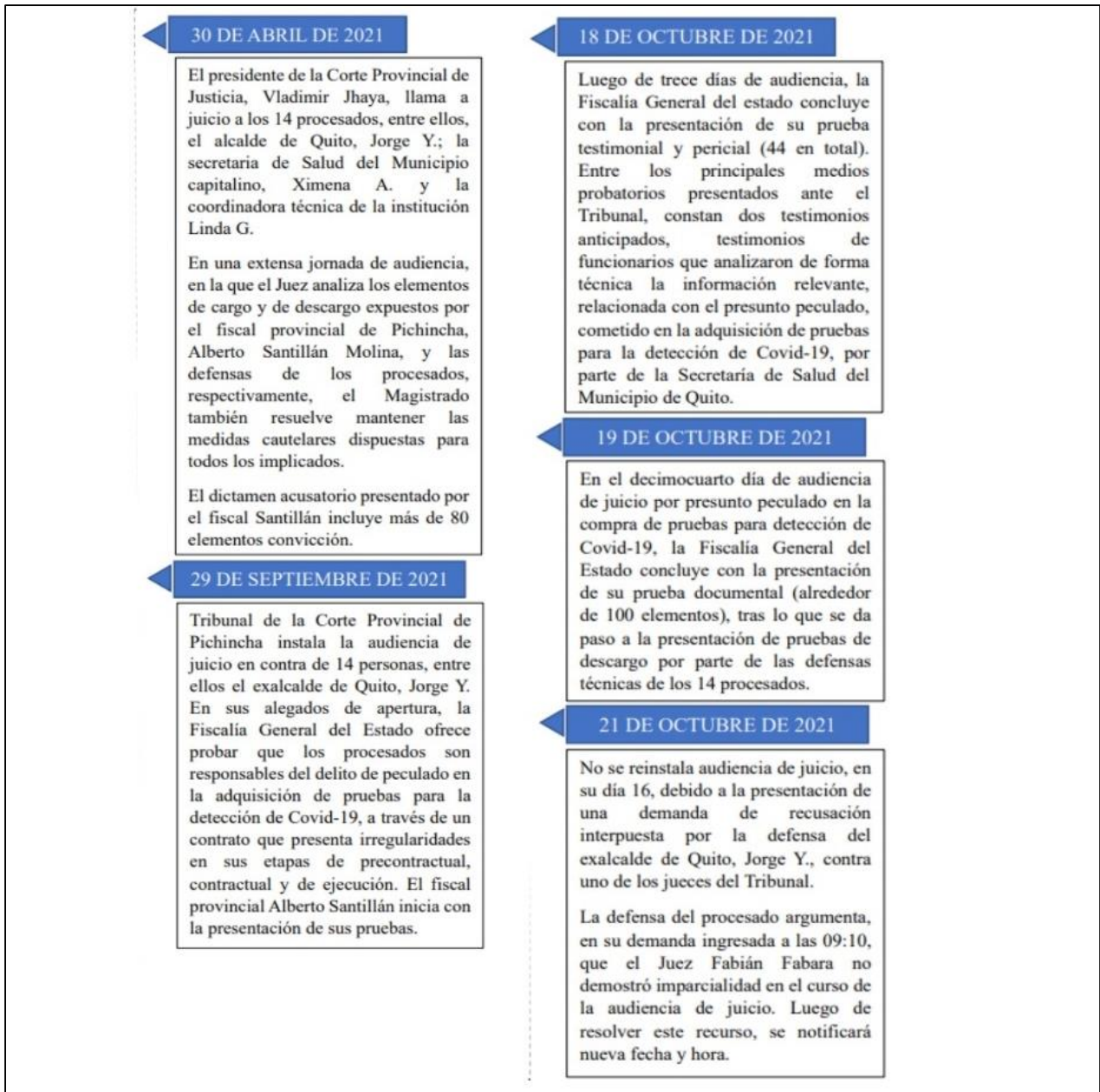


Ilustración 2 Proceso Fiscalía

Con base en toda la información recopilada, tanto de los informes de la Contraloría General del Estado, el portal de COMPRAS PÚBLICAS del SERCOP, y el proceso en curso de la Fiscalía General del Estado, se logra demostrar que el proceso de adquisición de reactivos para determinación de Covid-19 por PCR-Polimerasa para la Secretaría de Salud del Distrito Metropolitano de Quito y entidades relacionadas no logró cumplir el fin de superar la emergencia, lo cual constituye el factor más importante y justificante de su implementación.

La crisis generada por la emergencia del Covid-19 impactó duramente en la contratación pública, sin embargo, resulta inaceptable que funcionarios del sector público y ofertantes logren utilizar el procedimiento especial con el objetivo de obtener beneficios ilícitos a expensas del sufrimiento de la población ecuatoriana.

Resulta esencial tener en cuenta que en un procedimiento común, este tipo de caso no hubiera avanzado más allá de la fase precontractual, ya que el tiempo de planificación y ejecución al ser más extenso, es mucho más prolijo en su desarrollo porque la entidad pública puede establecer requisitos específicos y se sigue un proceso de evaluación más riguroso y estricto de las propuestas presentadas antes de tomar una decisión. La transparencia y la rendición de cuentas son elementos que están presentes a lo largo de todo el proceso de contratación.

No obstante, en situaciones de emergencia, el principio que prima en el proceso es la necesidad de inmediatez, lo cual es una característica útil y eficiente en este tipo de contratación, sin embargo, esta emergencia también puede facilitar la existencia de posibles actos de corrupción y uso inadecuado de los recursos públicos, como lo ocurrido en el caso de las pruebas Covid-19 para la Secretaría de Salud. Lastimosamente, algunas personas, con la intención de obtener beneficios personales a través de la contratación pública, buscan evitar a toda costa la aplicación del régimen común de contratación, por lo tanto, al presentarse una situación de emergencia, utilizan la declaración de emergencia como un mecanismo de elusión del procedimiento común del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Conclusiones

Durante el desarrollo de esta investigación, se ha analizado los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero se ha dado especial atención al procedimiento de régimen especial, ya que este es el proceso utilizado en situaciones de emergencia, el cual se encuentra regulado en la LOSNCP.

Dicho procedimiento especial ha demostrado una alta incidencia de irregularidades en su aplicación, ya que al priorizar la inmediatez de la prestación requerida por la entidad pública en lugar de la seguridad jurídica, se da paso a que los riesgos de incumplimiento o de abuso de la posición del proveedor sean mucho mayores en la contratación de emergencia que en un régimen común de contratación.

En el Ecuador, se cuenta con un sistema rígido de contratación pública, sin embargo, el problema radica en la incorrecta aplicación de la normativa vigente en la práctica. Esto se relaciona con el hecho de que algunos funcionarios y proveedores buscan sacar provecho del procedimiento especial en situaciones de emergencia mientras eluden el régimen de contratación común, porque el procedimiento común impone mayores exigencias y lineamientos con el propósito de dificultar la ocurrencia de actos de corrupción o abuso de recursos públicos. En otras palabras, algunos funcionarios con intenciones deshonestas evitan el proceso de régimen común y optan por aplicar el procedimiento de emergencia para evitar controles más rigurosos y obtener beneficios propios. Con esta situación existente, se debe enfatizar la importancia de garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la correcta aplicación de los principios y requisitos establecidos en la normativa de contratación pública para prevenir actos de corrupción.

Con la crisis generada por la emergencia del Covid-19, se presenció que a pesar de disponer de leyes que regulan las compras de emergencia, se presentaron importantes discrepancias en su ejecución. La experiencia de la adquisición de vacunas para inmunizar a la población frente al Covid-19 debe servir de reflexión sobre una nueva cultura de contratación pública en el ámbito de salud: responsable, abierta, planificada, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica, digitalizada y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. (Gimeno Feliu, 2021)

Para finalizar, aunque toda la investigación se centra en la Contratación Pública, y el Derecho Administrativo, ya que esta es el área que contempla los procedimientos de contratación del Sistema Nacional de Contratación Pública; es importante destacar que el control que es realizado por parte de la Contraloría General del Estado suele terminar en un extenso proceso judicial, sin abordar la raíz del problema y limitándose a sancionar a los culpables. No sugiero que esto este mal, pero creo que además del proceso penal utilizado para sancionar a los involucrados, debería darse una mayor atención al control de la CGE y a la efectividad de los controles ex post, ya que en mi opinión es aquí donde se revelan las inconsistencias existentes a lo largo del proceso de contratación, y aquí se podría encontrar la clave para prevenir futuras anomalías en cada una de las fases de contratación.

Referencias

- Aguilar Andrade, J. P. (2010). Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción. *Revista Juris Dictio*, 60. Obtenido de <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Paginas/default.aspx>
- Albenese, S. (2004). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universal S.R.L.
- Benavides Llerena, G. (2011). *Informe sobre Derechos Humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Cisneros Salgado, C. A. (2013). *La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador*. Quito: Universidad de las Americas.
- Cocios Núñez, R. A. (2015). *La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, USFQ.
- Codificación de Resoluciones del SERCOP. (2018). *Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72*. Quito: Registro Oficial Edición Especial 245.
- Código Civil. (2005). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 46.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Publicada en Gaceta Oficial No.36.860.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Asamblea Constituyente*. Montecristi: Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Constitución Política de Colombia . (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Contraloría General del Estado. (2020). *Examen Especial a las etapas preparatorias, precontractual y contractual del proceso cuyo objetivo es la adquisición de reactivos para determinación de COVID 19 por PCR-POLIMERASA para la Secretaría de Salud en el Municipio del Distrito Metropolitano de Q*. Quito: Contraloría General del Estado.
- Corte Constitucional. (04 de Diciembre de 2008). *Sentencia No. 001-08-SEE-CC*. Obtenido de

file:///C:/Users/criss/OneDrive/Documentos/UNIVERSIDAD/TESIS/Textos/CAP.%201/EI%20control%20constitucional%20de%20los%20decretos%20de%20estados%20de%20excepci%C3%B3n%20durante%20el%20per%C3%ADodo%202008-2017%20en%20Ecuador.pdf

Corte Constitucional del Ecuador. (4 de Diciembre de 2008). *Caso:0001-08-EE*. Obtenido de Portal de la Corte Constitucional : http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdxVpZDonYjgwMGZhZmUtMGExZS00ZDEyLWJkZDgtNjllN2NiMjQ4OWI0LnBkZid9

Dallas, A. (2003). Emergencia constitucional y control de la delegación legislativa. En V. Bazar, *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles* (pág. 1059). Ciudad de Mexico : UNAM.

Dávila, P. O. (2015). *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Despouy, L. (1997). Informe del Relator Especial Leandro Despouy a la Organización de Naciones Unidas. *Equipo Nizkor*, 69.

Díaz Colmachi, J. F. (2019). *La corrupción en la contratación pública*. Quito: Creative Commons.

Dromi, R. (1999). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Ciudad Argentina.

Dromi, R. (2003). *Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia*. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina .

El Universo. (29 de julio de 2020). COVID-19: Contraloría detectó anomalías en compra de pruebas PCR que hizo el Municipio de Quito. *EL UNIVERSO*.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo 12va Edición*. Bogotá: Editorial Temis.

Garrido López, C. (2007). Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración. *Revista de Derecho Político* 68, 107.

- Gimeno Feliu, J. M. (2020). *LA crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública*. Madrid: Portal Derecho, S.A.
- Gimeno Feliu, J. M. (2021). *Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)*. Pamplona-Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U.
- González García, J. V. (2020). *COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ley de Seguridad Pública y del Estado. (2010). *Registro Oficial 306*. Quito.
- Ley Orgánica de Salud. (2016). Quito: Registro Oficial 423.
- LOSNCP. (2008). *Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 395 .
- Lozada Vargas, S. V. (2015). La vulnerabilidad del procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia: Estudio de la aplicabilidad por parte de las instituciones públicas del artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Universidad San francisco de Quito*, 202.
- Manzano Ortega, R. A. (2004). *Brevarios Jurídicos: La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa* . México: Editorial Porrúa.
- Martínez Recalde, M. C. (2020). La aplicación de un régimen especial en materia de contratación pública durante una situación de emergencia en el Ecuador. *Universidad San Francisco de Quito*, 29.
- Martínez, J. M. (2017). *Corrupción en la contratación pública*. Pamplona: Corrosión del Estado de Derecho.
- Mata, I. (2009). *La legalidad y eficiencia en la administración pública*. Argentina: RAP S.A.
- Medina, C. A. (2018). *El control constitucional de los decretos de estados de excepción durante el período 2008-2017 en Ecuador*. Quito, Ecuador: Creative Commons 4.0 Internacional.
- Morejón Espinosa, Z. (2013). Ecuador compra la revista de la contratación pública. *Editorial*, 1.

- Paliz Núñez, M. (2007). La Contratación por excepción en el Ecuador y la Motivación para la Declaratoria de Emergencia. *Universidad Andina Simón Bolívar* .
- Pérez, A. J., López Suárez, D., & Aguilar, J. L. (2011). *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pozo Samaniego, K. V. (2020). *Procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia: análisis de la normativa y desarrollo pragmático en Ecuador*. . Quito: U. San Francisco de Quito. USFQ.
- Quevedo-Barros, M. R., & Vásquez, L. (2020). El escenario caótico de las compras públicas durante la emergencia sanitaria en el Ecuador. *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, 246-260.
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española*. Asociación de Academias de la Lengua Española.
- Reglamento General a la LOSNCP. (2022). *Decreto Ejecutivo No. 488*. Quito.
- Robayo Contreras, J. J. (2022). *La capacidad coercitiva del Estado para el control de la pandemia del COVID-19 en el Ecuador de marzo a septiembre de 2020*. Quito: Creative Commons.
- Sanz Rubiales, Í. (2020). *Contratos públicos de emergencia y crisis del covid-19: Inmediatez contra seguridad jurídica*. *Revista de Derecho Aplicado*.
- Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. (2020). *Resolución No. 001-2020*. Quito: Portal de Compras Públicas.
- Secretaría Metropolitana de Salud. (2020). *Contrataciones por Regimen de Emergencia: Informe Parcial*. Quito: Portal de COMPRAS PÚBLICAS.
- SERCOP. (2018). *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Quito: Registro Especial 245, Edición Especial.
- Soria Escobar, F. M. (2021). *La importancia y repercusión de los informes previos de los organismos de control en los procedimientos de contratación pública*. . Quito: Creative Commons 4.0 Internacional.

Universidad Johns Hopkins. (2022). *COVID-19 Dashboard by Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Baltimore: Universidad Johns Hopkins.

Vázquez Ochoa, P. A. (2018). Proceso especial de adquisición de inmuebles: acuerdo directo y proceso expropiatorio. *UDA Law Review*, 33-41.

Vázquez, P. (2017). *La contratación pública en el Ecuador, legislación vigente al año 2017: Régimen Especial y Procedimientos Especiales*. Cuenca: Universidad de Cuenca, UCuenca.

Vivanco Maldonado, L. S. (2022). *Estado de excepción y control constitucional: Una aproximación crítica a partir de los dictámenes expedidos por la Corte Constitucional durante la pandemia de COVID-19*. Quito: Creative Commons 4.0 Internacional.