

**Concejales y su facultad de fiscalización de la
contratación pública efectuada bajo declaratoria de
estado de excepción y el acceso a la información pública**

**Councilors and their power to supervise public
contracting carried out under a declaration of a
state of exception and access to public information**

Freddy Geovanny López-López
Universidad Tecnológica Indoamérica - Ecuador
freddylo@hotmail.es

doi.org/10.33386/593dp.2021.2-2.508

RESUMEN

La contratación pública en el Ecuador en situaciones de emergencia, realizadas por los entes gubernamentales y seccionales durante la pandemia Covid-19, se ha mantenido en el centro de una serie de acusaciones de actos de corrupción que han sido cometidos por aquellos servidores públicos y personas naturales o jurídicas contratistas, que mantienen relación directa con el Sistema Nacional de Contratación Pública, generando compras públicas en situaciones de emergencia con presuntos sobre precios, sin que los órganos de control puedan realizar acciones de fiscalización antes de las declaratorias de adjudicación de los procedimientos de contratación.

El objeto de análisis, es establecer si el reconocimiento de la norma constitucional y legal, ampara el ejercicio de la facultad fiscalizadora de los concejales en materia de contratación pública, en las compras públicas realizadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, GAD, en respeto al debido proceso, para lo cual se pretende responder a la pregunta matriz del presente análisis: ¿Cómo se desarrolla el proceso de fiscalización en las fases, etapas de los procedimientos precontractuales de la contratación pública en el análisis legal vigente? El objetivo general es: analizar el debido proceso de los procedimientos de la contratación pública en el Ecuador, la posibilidad de fiscalización de los concejales en las diferentes fases, etapas, a partir del establecimiento del marco constitucional y legal, establecer diferencias normativas. Los objetivos específicos son: a) Determinar el marco legal que ampara el ejercicio de fiscalización de los concejales en la obtención de información que permita el cumplimiento de su atribución; b) Explicar las dificultades normativas que impiden a los concejales el ejercicio de la fiscalización en las fases precontractuales de la contratación pública en el Ecuador.

La metodología del presente análisis, se sustenta en el estudio técnico – jurídico; en el análisis cualitativo a partir de la revisión de fuentes primarias y secundarias que permitan establecer el marco teórico y jurídico del desarrollo del debido proceso en la contratación pública en el Ecuador, esto supone llevar a cabo un estudio de la normativa Constitucional del país del año 2008, específicamente del artículo 288; de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en especial el artículo 57 que se refiere a las contrataciones en situaciones de emergencia; y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en sus artículos 56, 57, 58 que otorga atribuciones a los concejales como órgano de fiscalización.

Palabras clave: estado de excepción; derechos humanos; emergencia; control; fiscalización

Cómo citar este artículo:

APA:

López-López, F., (2021). Concejales y su facultad de fiscalización de la contratación pública efectuada bajo declaratoria de estado de excepción y el acceso a la información pública. 593 Digital Publisher CEIT, 6(2-2), 112-123. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.2-2.508>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

Public procurement in Ecuador in emergency situations, carried out by government and sectional entities during the Covid-19 pandemic, has remained at the center of a series of accusations of acts of corruption that have been committed by public servants and individuals. Natural or legal contractors, who maintain a direct relationship with the National Public Procurement System, generating public purchases in emergency situations with alleged over-prices, without the control bodies being able to carry out inspection actions before the award declarations of the procurement procedures public.

The object of analysis is to establish whether the recognition of the constitutional and legal norm, protects the exercise of the supervisory power of the councilors in matters of public procurement, in public purchases made by the Municipal Decentralized Autonomous Governments, GAD, in respect of the due process, for which it is intended to answer the main question of this analysis: How is the inspection process developed in the phases, stages and pre-contractual procedures of public procurement in the current legal analysis? The general objective is: to analyze the due process of public procurement procedures in Ecuador, the possibility of auditing councilors in the different phases, stages, starting from the establishment of the constitutional and legal framework, establishing normative differences. The specific objectives are: a) Determine the legal framework that protects the exercise of supervision of the councilors in obtaining information that allows the fulfillment of their attribution; b) Explain the regulatory difficulties that prevent councilors from exercising oversight in the pre-contractual phases of public procurement in Ecuador.

The methodology of this analysis is based on the technical-legal study; In the qualitative analysis from the review of primary and secondary sources that allow establishing the theoretical and legal framework for the development of due process in public procurement in Ecuador, this involves carrying out a study of the Constitutional regulations of the country of the year 2008, specifically of article 288; of the Organic Law of the National Public Procurement System in its article 57 which refers to contracting in emergency situations; and of the Organic Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization, in its articles 56, 57, 58 which grants powers to councilors as a supervisory body.

Key words: state of exception; human rights; emergency; control; oversight

Introducción

El Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, nació con la Ley Orgánica publicada en el Registro Oficial 395 de agosto de 2008, creando un sistema de contratación pública que articula y armoniza todas las instancias, agencias e instituciones en el área de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, considerándose un sistema de promoción, fortalecimiento de la producción nacional, generadora de puestos de trabajo, promoviendo la producción industrial y la correcta distribución de la riqueza nacional, con la producción de bienes y servicios públicos, sin embargo el sistema de compras públicas administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, no ha podido identificar procesos en los cuáles se han producido actos de corrupción, lo que ha dejado en duda su funcionamiento.

En la actualidad y más aún con el apareamiento del COVID- 19, el fenómeno de la corrupción en materia de contratación pública ha traspasado fronteras, varios países luchan para erradicar de raíz este problema social dentro de sus administraciones, ya que la misma genera inestabilidad social, política y económica y sobre todo egresos de los recursos públicos, es así, que tuvieron la necesidad de reformar su normativa en esta materia, para limitar compras en determinados procesos e imponer sanciones drásticas en el ámbito penal, para evitar la actividad dolosa y premeditada en las compras públicas pretendiendo frenar los actos de corrupción.

La contratación pública en el Ecuador se ha mantenido en el centro de una serie de acusaciones de actos de corrupción que han sido cometidos por aquellos servidores públicos y personas naturales o jurídicas, que mantienen relación directa con el Sistema Nacional de Contratación pública generando compras públicas en situaciones de emergencia con presuntos sobre precios.

La Comisión Nacional Anticorrupción del Ecuador, ha denunciado a la Fiscalía General del Estado varias compras públicas con sobreprecios

realizadas por entidades públicas declaradas en emergencia.

Según reportaje obtenido de la página de Teleamazonas: <https://www.teleamazonas.com/1-169-compras-publicas-se-han-realizado-durante-la-emergencia-sanitaria/> se informa que de los datos obtenidos de la página www.datosabiertos.gob.ec:

“1.169 compras se han realizado a través de procesos de emergencia, en total 1061 entidades públicas se declararon en emergencia, de las cuales el 51% corresponde a Prefecturas, 23% del sector de salud, 9% Empresas Públicas, **y 17 % de otros sectores, la mayoría ha adquirido medicinas, insumos médicos y víveres y contratos de otro tipo que no son temas de emergencia sanitaria, por su parte la Contraloría General del Estado, ha efectuado 26 exámenes especiales sobre estas compras**”.

Según notas de prensa, como la obtenida de la página de internet, del diario Primicias, se informa:

“se gastaron en el primer año de pandemia \$ 332.4 millones de dólares, de los cuales \$225.9 millones, los gastó el Estado en insumos e implementos relacionados por el Covid - 19. Mientras que 106.5 millones, en cambio, se utilizaron para otras emergencias (...) Las compras por la emergencia sanitaria representan el 67,95% de los gastos, Y el 32,05% restante es por otras emergencias (...) el 48,7% no han cumplido la disposición de hacer públicas sus contrataciones. En total y durante el año de la pandemia, el Estado gastó más de USD 332,4 millones [...]”.

Citando otros ejemplos tenemos:

En la sección de noticias, de la edición del diario El Universo de 7 de mayo de 2020, se publicó el artículo titulado: Comisión Anticorrupción denuncia irregularidades como sobornos y

favorecimientos en 23 contratos de hospitales entre 2019 y 2020, a través del que se informó:

“Al respecto la Comisión Nacional Anticorrupción (CNA) denunció la existencia de 23 casos de corrupción en 7 hospitales de la red pública de salud de Quito y Guayaquil, durante el periodo de mayo de 2019 a marzo de 2020, por una suma de USD 32 550 223.4”.

En la sección de actualidad, de la edición del diario El Comercio de 7 de mayo del 2020, se publicó el artículo titulado: Fiscalía revisa compra de 7 000 kits de alimentos; la Secretaria de Gestión de Riesgos habla de transparencia, a través del cual se informó:

“[...] Agentes conocieron que el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos ejecutó una compra de 7 000 kits de alimentos por la emergencia sanitaria del covid-19 en Ecuador. Ahora la entidad analiza si existe un sobreprecio en este caso. EL COMERCIO accedió al portal del Servicio Nacional de Contratación Pública. Allí consta un convenio de 13 hojas firmado entre la secretaria de Gestión de Riesgos, María Alexandra Ocles, y un proveedor. En el documento se detalla la adquisición de 7 000 kits alimenticios por un valor de USD 1 055 740 más IVA, es decir que por cada kit se acordó un pago de USD 150,82. (...) Cada kit contiene 18 productos perecibles y no perecibles, entre ellos: arroz, carne, aceite, granos, sal, panela, leche en polvo, atún, sardinas, etc. Este Diario realizó una comparación de cada artículo con los precios de los supermercados y constató que el costo de todos los productos suma USD 83,74. Pero el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos los adquirió en USD 150,82[...]”.

En la sección de actualidad, de la edición del diario El comercio de 28 de mayo de 2020, se publicó el artículo titulado: Compras urgentes son investigadas en 24 expedientes, a través del que se informó:

“Las sospechas sobre posibles actos de corrupción en la compra de insumos para enfrentar la pandemia del covid-19 se extiende a más entidades. La tarde de ayer 27 de mayo del 2020 fue allanada la Prefectura del Guayas y se indaga si hubo o no peculado en la adquisición de guantes quirúrgicos, mascarillas y pruebas rápidas (...) Temprano, la Fiscalía General además informó de cuatro incursiones: en el Municipio de Quito, en la Dirección de Salud, en la casa de Lenin Mantilla, secretario de Salud, y en la empresa que vendió pruebas para detectar el coronavirus (...) La expansión del covid-19 ha hecho que 795 entidades públicas se declararan en emergencia. La idea es acelerar la adquisición de implementos médicos, de bioseguridad, de limpieza, etc. [...]”.

El problema radica en la indiscreción de personas que, al abusar de su posición o cercanía con servidores públicos, logran adjudicarse contratos, una práctica de la cual se conocía o presumía su existencia, pero que no había sido tan palpable. Obviamente, perjudicando la economía e imagen del país, ya que la corrupción involucra a más y más funcionarios públicos.

Para tratar de aplacar esto, es necesario establecer que, mientras se mantiene un proceso de contratación en situaciones de emergencia en los GAD, los concejales, dentro de sus funciones de fiscalización, pueden acceder a la información y documentación que les permita fiscalizar antes de la adjudicación de las ofertas, toda vez que de acuerdo la normativa legal los órganos de control pueden realizar sus controles con posterioridad a las compras públicas, según el Art. 15 LOSNCP.

Empero, esto no sucede, si consideramos que solo las partes que interviene en la contratación pública son las que interviene de manera directa en las diferentes fases y etapas de los procedimientos de contratación pública y es en esos procesos donde se reúnen toda la documentación e información relevante, más aún la autonomía administrativa y la facultad que tienen las entidades públicas en las contrataciones de emergencia es realizar

compras directas aun con “empresas extranjeras sin requerir requisitos previos” conforme a si lo establece el art. 57 de LOSNCP, y es tan solo luego de superada la situación de emergencia en que la entidad contratante, publica el informe de las contrataciones realizadas al portal de compras públicas, situación que limita la acción de fiscalización de los concejales.

El objeto de análisis, es establecer si el reconocimiento de la norma constitucional y legal, ampara el ejercicio de la facultad fiscalizadora de los concejales en materia de contratación pública, en las compras públicas realizadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, GAD, en respeto al debido proceso, para lo cual se pretende responder a la pregunta matriz del presente análisis: ¿Cómo se desarrolla el proceso de fiscalización en las fases, etapas y procedimientos precontractuales de la contratación pública en el análisis legal vigente? El objetivo general es: analizar el debido proceso de los procedimientos de la contratación pública en el Ecuador, la posibilidad de fiscalización de los concejales en las diferentes fases, etapas, a partir del establecimiento del marco constitucional y legal, establecer diferencias normativas. Los objetivos específicos son: a) Determinar el marco legal que ampara el ejercicio de fiscalización de los concejales en la obtención de la información que permita el cumplimiento de su atribución; b) Explicar las dificultades normativas que impiden a los concejales el ejercicio de la fiscalización en las fases precontractuales de la contratación pública en el Ecuador.

La metodología del presente análisis, se sustenta en el estudio técnico – jurídico; en el análisis cualitativo a partir de la revisión de fuentes primarias y secundarias que permitan establecer el marco teórico y jurídico del desarrollo del debido proceso en la contratación pública en el Ecuador, esto supone llevar a cabo un estudio de la normativa Constitucional del país del año 2008, específicamente del artículo 288; de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en especial el artículo 57 que se refiere a las contrataciones en situaciones de emergencia; y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en

sus artículos 56, 57, 58 que otorga atribuciones a los concejales como un órgano de fiscalización.

Desarrollo

Normativa en estado de excepción

Agamben (2019) nos da sobre estado de excepción las siguientes definiciones: “El estado de excepción es la suspensión del orden jurídico que suele considerarse como medida de carácter provisional y extraordinaria, pero que tiende a instalarse como praxis permanente en los Estados modernos”.

“El estado de excepción es un concepto político complejo, tiene larga historia y es motivo de controvertidos y profundos debates en teorías políticas y filosóficas. En su desarrollo connota “estado de sitio”, guerra civil, insurrección, resistencia, anomia y particulares avances sobre el derecho público” (Agamben, 2019, pág. 25).

Zamudio (2004) en su artículo sobre Los estados de excepción y la defensa de la Constitución señala: El derecho constitucional latinoamericano, de manera práctica mente unánime, prevé y reglamenta la existencia, funcionamiento de los estados de excepción para hacer frente con eficacia y rapidez a situaciones de grave emergencia, pero son muy variables las calificaciones y los instrumentos constitucionales para dictarlas y aplicarlas, y como ya se ha dicho, también son muy diversas las denominaciones que se utilizan para calificar dichas situaciones: estado de guerra; estados de sitio; de emergencia, o de peligro; medidas prontas de seguridad; suspensión de garantías, entre otros nombres, y generalmente también se enumeran los derechos humanos que pueden suspenderse o limitarse temporalmente, y de aquellos otros, especialmente en los textos más recientes, que por el contrario deben mantenerse intangibles, así como los instrumentos procesales para asegurar su protección. (Zamudio, 2004, pág. 15).

De esta manera, podemos inferir que la declaratoria de un estado de excepción, ha de efectuarse cuando ha sobresalido un momento

realmente apremiante y emergente, como facultad exclusiva del ejecutivo, destinada a mantener en orden el Estado constitucional y lograr mantener a salvo la integridad de los derechos humanos de cada habitante.

Asimismo, en Ecuador, solo puede declararse si se han cumplido los requisitos establecidos por el artículo 164 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, “(...) en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 164)

Indiscutiblemente, según la normativa constitucional, hemos de apreciar que solo cuando sobrepasan cualquiera de estos problemas que superan a la normalidad, es posible decretar un estado de excepción en el Ecuador. Sin embargo, ¿qué sucede con la normativa infra constitucional después de que se ha decretado la emergencia nacional?

Para responder esto, hemos de tomar en cuenta lo que la Sentencia, de 20 de junio de 2020 N°. 3-20-EE/20 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador CCE manifiesta:

54. Esto no implica, bajo ningún concepto, que el Estado pudiera erradicar el COVID-19 del país, pues ello, además de ser desproporcional, conforme ha sido señalado por la OMS, será imposible, al menos a corto plazo. No obstante, tal como lo señaló este Organismo en el dictamen N°. 2-20-EE/20, el Ejecutivo y el resto de las funciones del Estado, tienen el deber de utilizar todos los mecanismos jurídicos ordinarios que sean necesarios para afrontar y controlar la pandemia y sus efectos, actuando de manera conjunta, coordinada y dentro del ámbito de sus funciones, en cumplimiento del artículo 226 de la Constitución.

55. Lo anterior encuentra fundamento en que ningún Estado democrático puede

permanecer en un régimen excepcional de manera permanente; pero, además y principalmente, en el deber que tiene el Estado de garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción, como son, en el caso específico, el derecho a la vida, a la integridad, y a la salud.

56. Consecuentemente, se exhorta al Ejecutivo para que, de forma coordinada con el resto de las funciones y entidades descentralizadas del Estado, tome las medidas necesarias para enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios. (Sentencia No. 3-20-EE/20, 2020).

De lo que se desprende que, actualmente, hemos de preferir diseñar una normativa acorde a la realidad temporal que se vive en el territorio ecuatoriano para no extender al estado de excepción de nuevo o mantenerlo como regla, ya que esto solo nos daría como resultado el rompimiento del Estado constitucional y el quebrantamiento de los derechos humanos.

Normativa, estado de excepción y contratación pública

Veintimilla (2020), en su trabajo de investigación titulado: La eficacia del control de constitucionalidad respecto de las declaratorias de estados de excepción con incidencia en contratación pública durante el período 2008-2017, cita la definición de normativa, de Daniela Dávalos “(...) la normativa que regule los estados de excepción debe indicar que las medidas que se adopten deben sujetarse de manera estricta y limiten a la exigencia de la situación. Además, cuando se afecten ciertos derechos, susceptibles de derogación, se establezcan medidas administrativas y/o judiciales para atenuar o reparar sus consecuencias” (Veintimilla, 2020, pág. 37).

La normativa constitucional en nuestro país regula como facultad exclusiva de la presidenta o presidente de la república decretar el estado de excepción, siempre que se cumplan los presupuestos del Art. 164 de la Carta Magna,

en este estado. “Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción” (CRE, 2008, art. 166).

Si bien es cierto que, en este estado, el ejercicio de los derechos de las personas puede: “suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución” (CRE, 2008, art. 165).

En las compras públicas, el decreto de estado de excepción no es un requisito para que las entidades, organismos y dependencias de las Funciones del Estado puedan realizar contrataciones en situaciones de emergencia mediante una declaratoria de emergencia, sin embargo, de lo cual se analiza este estado, por los actos de corrupción suscitados en la pandemia del Covid 19.

En efecto, cuando se declara la emergencia en un sector determinado como, por ejemplo: el área de salud pública, las disposiciones de una ley ordinaria, queda relegada por una normativa especial que propone ahondar esfuerzos para superar aquella situación extrema que ha roto aquella posibilidad de sostener el Estado constitucional; lo que significa que el orden jurídico se enfocará en el problema que ha sobrevenido, y procurará satisfacer las necesidades que surgen de dicho acontecimiento.

Por tal razón, ¿qué es lo que sucede con la contratación pública cuando se sobrepone la normativa especial? Sin duda, el Estado, por medio del Servicio Nacional de Contratación Pública, “órgano técnico rector de la Contratación Pública” entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y de establecer las políticas y condiciones de la contratación pública a nivel nacional”, ha expedido normas de carácter administrativo estableciendo lineamientos jurídicos que han de

ser observados por las entidades y organismos públicos sujetos al ámbito de regulación de la LOSNCP, en materia de compras públicas en contrataciones de emergencia (LOSNCP, 2013, art. 10).

Sin embargo, resulta que la normativa infra constitucional no siempre es suficiente para lograr que la administración pública logre realizar adquisiciones o contratación de servicios en estricta observancia de los principios constitucionales que viabilizan y reglamentan a esta actividad administrativa.

En ese sentido, al no haber una Ley que regule la Gestión de la Emergencia Sanitaria por Pandemia, la normativa legal existente es insuficiente por el hecho de la ausencia en la previsibilidad de las situaciones de emergencia que puedan surgir. Esto es fácil de percibir y apreciar es así que: mediante Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020 de 11 de marzo de 2020, la Ministra de Salud Pública declaró el Estado de Emergencia Sanitaria debido al brote del Coronavirus (COVID-19); y recién mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1017 de 16 de marzo de 2020, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, declaró Estado de Emergencia en Territorio Nacional ante el brote del Coronavirus; para posteriormente el órgano rector de la contratación pública SERCOP el 19 de marzo de 2020 el Servicio Nacional de Contratación Pública expidió La Resolución No. RE-SERCOP-2020-0104 dictada con el objeto de regular las compras públicas para superar el estado de emergencia, que señala:

Art. 1.- A continuación del segundo inciso del artículo 361, agréguese el siguiente texto:

“En la declaratoria de emergencia será obligación de la entidad contratante declarar de forma expresa que existe una imposibilidad de llevar a cabo procedimientos de contratación comunes para superar la situación de emergencia.

En la declaración de emergencia se calificará la situación de emergencia que requiere ser solventada, a través

del correspondiente acto administrativo debidamente motivado y justificado.

En todos los casos, la resolución que declara la emergencia tendrá que ser publicada de forma inmediata a su emisión en el Portal COMPRASPÚBLICAS, siendo esta acción, un requisito previo y habilitante para continuar con las contrataciones de emergencia.

De forma excepcional, para los casos en los que las contrataciones sean para atender catástrofes naturales, la entidad contratante podrá publicar la resolución en un término máximo de cinco (5) días posteriores a su emisión. La declaratoria de estado de excepción efectuada por el presidente de la república, al amparo de lo previsto en el artículo 164 de la Constitución de la República, no suple a la declaratoria de emergencia que cada entidad contratante debe emitir y publicar.

Los órganos o entidades centrales o matrices podrán avocar competencias de sus órganos o entidades desconcentradas a efectos de declarar la emergencia y llevar a cabo las contrataciones en situación de emergencia. Durante el transcurso de la emergencia, la entidad contratante recopilará toda la información generada, por cualquier medio, en un expediente que servirá para el respectivo control.

Como se aprecia, la normativa busca supeditar a la entidad contratante a que declare su emergencia con el fin de que pueda tener correlación la compra pública, la adquisición de servicios el contrato de consultoría con el proceso previo a dicha compra, adquisición o contrato.

Es decir, busca que en el proceso de compras públicas en estado de emergencia se observen y se cumpla con los enunciados que emanan de los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia,

transparencia, publicidad; y, participación nacional” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2013, art. 4)

Empero, como se ha desprendido de la actual realidad nacional, esto no ha sucedido de esta manera, más bien se han presentado casos ya casi irreales respecto de la corrupción con la que se han propiciado. Esto se da, por el hecho de que no ha existido suficiente previsibilidad por parte de la administración pública y, además, por el hecho de que la normativa a veces resulta un limitante para quien ejerce funciones de fiscalización y, por esta razón, no pueda verificar si la etapa precontractual se está guiando con base a los principios, en especial, de transparencia, igualdad y trato justo.

Fiscalización y contratación pública en los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD)

Como se desprende de lo anterior, la nueva reforma a la codificación de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública es tardía, sin embargo, mantiene en su espíritu el deseo social institucionalizado de normar la actividad económica del Estado y procurar que no se beneficien pocas personas del dinero de éste por medio de actividades ilícitas como la adjudicación selectiva o la triangulación.

Para ello, la misma codificación en el art. 8 dispone:

“Todas las entidades contratantes deberán publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la información pertinente de todos los procedimientos precontractuales, salvo aquellos que no requieren de publicación de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento General.” (Codificación de las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública 72, 2020, art.8).

En este sentido se estableciendo la posibilidad de que toda información en materia de contratación

pública pueda ser revisada, auditada por todos los ecuatorianos en su acción de control social a través del portal ; y más aún por las autoridades de control, como es la Contraloría General del Estado, y la Fiscalía.

Si bien es cierto que el numeral 2 del artículo 18, de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho para “Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”. Existe información que es reservada por expreso mandato legal, de ser así esa información no será pública, conforme así lo señala la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública

“Art. 6.- Información confidencial. - Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación dará lugar a las acciones legales pertinentes [...]” (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004, art. 6).

Por otro lado, el artículo 1 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública garantiza el acceso a la información pública como un derecho de las personas que garantiza el Estado (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004, art.1)

Entonces, se supone que esta normativa sirve de sustento jurídico para que las autoridades que tienen entre sus facultades la de fiscalización en un Gobierno Autónomo Descentralizado, que actúan bajo una potestad pública, puedan realizar un trabajo efectivo y que verdaderamente

funcione para evitar la corrupción en el país.

Claro, uno de estos funcionarios con capacidad fiscalizadora es el concejal, ya que esta atribución le otorga el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en su artículo 58, numeral d), al indicar expresamente que su atribución es “d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley” (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 2010, art.58).

Si bien es cierto que a través del portal del SERCOP, este cuerpo colegiado puede obtener información en las diferentes etapas del proceso de compras públicas, no es nada raro que en igual sentido la información no esta subida al mismo portal, sobre todo cuando suceden copras públicas con irregularidades como ha sucedido en el estado de emergencia sanitaria.

Es necesario aclarar que una cosa es obtener información atreves del referido portal y otra es la acción de fiscalizar, si tómanos en cuenta que en los procesos de contratación pública intervienen: la entidad contratante, los oferentes o proveedores inscritos en el RUP persona natural o jurídica; y el SERCOP, sin considerar que en el procedimiento de compras públicas, se debe pasar por varias fases precontractuales como son: preparatoria, precontractual (etapas) y contractual; en es en esas fases y etapas, son en las que se elabora una serie de documentos, se realiza la planificación de las compras públicas, la conformación de la comisión técnica y toda actividad relacionada, hasta la publicación del proceso de compra pública, para seguir con la validación de las ofertas y la adjudicación, el concejal al no formar parte de este procedimiento, al igual que los órganos de control del estado de acuerdo al artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estaría imposibilitado legalmente de solicitar información en esas fases, para fiscalizar ya que esto significaría una intromisión al proceso de evaluación y de adjudicación de ofertas, al respecto el citado artículo 15 señala:

“Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes [...]” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2013, art.15).

En este contexto, de requerir algún tipo de información y/o documentación deberán hacerlo observando las vías administrativas previstas en la entidad, sin que esto pueda significar un retraso en el normal desarrollo de las actividades de los funcionarios.

Esto quiere decir que los concejales dentro de sus competencias deben fiscalizar las actuaciones del ejecutivo (alcalde), por lo tanto, es a este funcionario a quien le deben solicitar la información, y éste a su vez la requerirá a los funcionarios encargados del proceso de contratación pública, lo importante sería saber en qué fase debe solicitar la información.

Como es sabido, la comisión técnica está integrada por técnicos y el delegado de la máxima autoridad, además de contar con la presencia de un delegado del departamento financiero y del jurídico de la entidad contratante para la licitación, este órgano tiene la responsabilidad de tramitar la etapa precontractual (y elaborar pliegos en licitación).

En ese sentido, la autonomía administrativa haría que se impida interrumpir las actividades de estos funcionarios por peticiones de los concejales, en este caso, ya que deben gozar de la suficiente autonomía para tramitar esta etapa y presentar los resultados a la máxima autoridad; a más de que alguno de los miembros podría excusarse si se presentara algún conflicto de interés con alguno de los oferentes, conforme así los establece el artículo 18 de la LOSNCP que determina:

“Art. 18 [...] Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa [...]”

(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2013, art.18).

Entonces, lo que sucede es que existe insuficiencia en la capacidad legal que se le otorga al concejal y, a la vez, una flagrante contraposición con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ya que su artículo 5 determina que:

“Art. 5.- Información pública. - Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del estado” (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004, art 5).

En el mismo sentido el Reglamento a la LOSNCP, dispone:

“Art. 148.- Carácter de la información. - La información que conste en el Portal www.compraspublicas.gov.ec relacionada con los contratos, proveedores y entidades contratantes es pública y gratuita, a la que podrá acceder cualquier persona”. (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2013, art. 148).

Si, por un lado, la ley permite que la información contenga el carácter de pública, por otro la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y su reglamento le otorgan al funcionario que participa en la etapa de evaluación de las ofertas de la fase precontractual la pauta para no entregar la información requerida por el concejal, limitando su atribución fiscalizadora, toda vez que al decir de los artículos 57 y 58 del COOTAD:

Art. 57 [...]m) Fiscalizar la gestión del alcalde o alcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal de acuerdo al presente Código [...]”

Art. 58 [...] d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley” (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 2010, arts. 57, 58).

Si bien es cierto que la comisión técnica que realiza la evaluación de las ofertas en la fase de contratación debe mantener autonomía administrativa, también es cierto que la información que se vaya recolectando en el proceso debe ser de inmediato conocimiento de aquellos llamados a fiscalizar.

Pero ¿qué sucede cuando la fiscalización a la que se refiere la ley solo se extiende al ejecutivo cantonal? Obviamente, una de las cosas que se puede hacer es requerir la información a la cabeza del ejecutivo cantonal, pero ¿eso no demoraría el proceso y limitaría la facultad fiscalizadora del concejal cuando emerge un estado de excepción?

Cuestionamientos que, sin duda, se ahonde el tema de reformar la normativa de la contratación pública para lograr un control efectivo y transparentar el proceso de compras públicas en su integralidad.

Conclusiones

a) La no intervención con base a la independencia de funciones, no permite la revisión, ni fiscalización ex ante de los órganos de control en los procesos de contratación pública.

b) En la normativa que regula las compras públicas en situaciones de emergencia no se ha previsto excepciones, cuando exista una declaratoria de estado de emergencia en el país, para vigilar y controlar a los miembros de la comisión en el desarrollo de las actividades encomendadas en los procedimientos de contratación pública, cuando inobserven el principio de legalidad, de igualdad y trato justo a los oferentes.

c) la falta de control en la fase precontractual dentro de los procesos de compras públicas en las declaratorias de emergencia, así como en un estado de excepción, ha permitido los actos de corrupción.

d) Si algo nos ha enseñado esta pandemia, es que nuestro ordenamiento jurídico se ha visto frágil ante la misma, dando a entender que no hemos sido capaces de prevenir jurídicamente situaciones de alto riesgo, ni transparentar el gasto público en las compras públicas produciéndose los actos de corrupción.

Recomendaciones

a) Es indispensable que la ley regule la factibilidad para que se realicen controles bajo criterios de doble responsabilidad, en la cual tanto el ejecutivo del GAD como los concejales tengan la facultad para fiscalizarse entre sí y pueda así generarse un mayor control en las instituciones descentralizadas.

b) Es necesario reformar el inciso tercero del artículo 6 de Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a fin de que se incorpore exclusiones en la reserva de información catalogada como confidencial, sobre todo en la etapa precontractual de compras públicas en contrataciones de emergencia y en un estado de excepción, pero solo para aquellas personas que la ley les ha otorgado facultad fiscalizadora.

c) Se debe propugnar la realización de norma que determine una fiscalización más exhaustiva por parte de los concejales en los GAD, si es posible una fiscalización doble en la que se contrate veedurías ciudadanas que se dediquen a la investigación exhaustiva de las actuaciones de estos funcionarios públicos mientras rige el estado de excepción. Es decir, una contratación de personal capacitado por el tiempo que dura la declaratoria de estado de excepción.

d) De igual manera, es necesario una reforma al literal d) del artículo 58 del COOTAD, ya que este literal les da a los concejales la atribución de fiscalizar solamente las acciones del ejecutivo y no de la entidad cuando nace un estado de excepción, limitando su facultad fiscalizadora en las fases precontractuales.

Referencias bibliográficas

- Bonnet, H., Enrique. (2020) *Dictamen N°. 3-20-EE/20*, Corte Constitucional de Ecuador.
- Boletín mexicano de derecho comparado, *Los estados de excepción y la defensa de la Constitución*, vol.37, no.111 Ciudad de México sep./dic. 2004. ISSN 2448-4873 versión impresa ISSN 0041-8633
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Constitución de la República del Ecuador*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones).
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones).
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones).
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones).
- Comisión Anticorrupción denuncia irregularidades como sobornos y favorecimientos en 23 contratos de hospitales entre 2019 y 2020. El Universo. 7 de mayo de 2020. <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/05/07/nota/7834593/comision-anticorrupcion-denuncia-23-casos-que-habrian/> (Consultado el 4 de junio de 2020).
- El Comercio. Fiscalía revisa compra de 7 000 kits de alimentos; la Secretaria de Gestión de Riesgos habla de transparencia: <https://www.elcomercio.com/actualidad/fiscalia-sobrepeso-kits-alimenticios-riesgos.html>. (Consultado el 7 de mayo el 2020)
- El Comercio. Compras urgentes son investigadas en 24 expedientes <https://www.elcomercio.com/actualidad/compras-urgentes-investigacion-corrupcion-ecuador.html>. (Consultado el 28 de mayo el 2020)
- Veintimilla, M., Jenny. (2020). La eficacia del control de constitucionalidad respecto de las declaratorias de estados de excepción con incidencia en contratación pública durante el período 2008- 2017.
- Sentencia N°. 3-20-EE/20, de 29 de junio de 2020 Corte Constitucional: http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1NGEwYzRhZC1jYjQ2LTQ1MlWQtYmE1YS1hMWI0NjJkM2NmNzcucGRmJ30=?fbclid=IwAR0HZ33BaAwXZVRy5XKqTQ9LzZfJudVbYvJRG83WKPxrvCqs36MzhQ-DsA8, (Consultado el 4 de julio de 2020).
- Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0104*, (Quito: 19 de marzo 2020, Publicado en el Registro Oficial el 23 de marzo de 2020).
- Teleamazonas, *1169 compras públicas se han realizado durante la emergencia sanitaria desde marzo de 2020*: <https://m.facebook.com/TeleamazonasEcuador/posts/10158526031969114/> (Consultado el 16 de abril de 2021)
- Zamudio, F., Héctor. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002#as
- Zizzias, A., Elia. (2019). *Democracia: ¿Realidad o ficción? 1a ed. Mendoza: Librea, 2019.*