



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La Corrupción en la Adjudicación de los Contratos Públicos
del Estado y sus Sobreprecios.**

AUTOR:

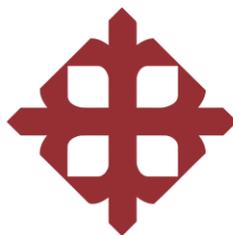
Pesántez Banegas Heinz Fernando

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

García Auz José Miguel, Mgs.

**Guayaquil, Ecuador
28 de agosto del 2020**

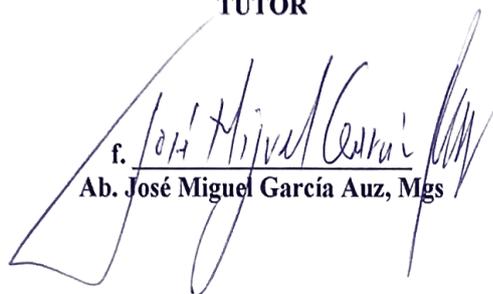


**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **PESANTEZ BANEGAS HEINZ FERNANDO**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

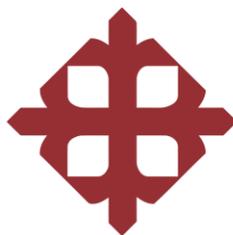
f. 
Ab. José Miguel García Auz, Mgs

DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel.

Guayaquil a los 28 días del mes de agosto del año 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Pesántez Banegas Heinz Fernando**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La Corrupción en la Adjudicación de los Contratos Públicos del Estado y sus Sobreprecios** previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

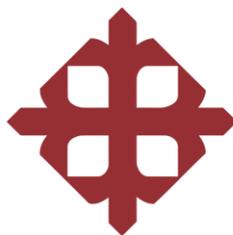
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR

f.


Pesántez Banegas Heinz Fernando



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Pesántez Banegas Heinz Fernando**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La Corrupción en la Adjudicación de los Contratos Públicos del Estado y sus Sobreprecios**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR:

f. 
Pesántez Banegas Heinz Fernando

URKUND

Documento: [Informe de la Comisi3n de Seguimiento de la Calidad de la Educaci3n Superior](#) 2022-2023

Presentado: 2023-05-14 12:22:45

Presentado por: [jmgarcia@unsa.edu.ec](#)

Recibido: [jmgarcia@unsa.edu.ec](#)

Mensaje: El informe de la Comisi3n de Seguimiento de la Calidad de la Educaci3n Superior 2022-2023 se encuentra disponible en el siguiente enlace: [Informe de la Comisi3n de Seguimiento de la Calidad de la Educaci3n Superior 2022-2023](#)

Lista de fuentes: Reportes

Categoría	Enlace nombre de archivo
	Informe de la Comisi3n de Seguimiento de la Calidad de la Educaci3n Superior 2022-2023
	Informe de la Comisi3n de Seguimiento de la Calidad de la Educaci3n Superior 2022-2023
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	




Mgs. José Miguel García Añez
Docente Tutor


Sr. Heinz Fernando Pesántez Banegas
Alumno

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi compañero leal y mi guía

*A mi madre, que ha sabido guiarme de manera correcta y apoyarme
para poder lograr mis sueños*

A mi abuelo, que desde el cielo me bendice

*En especial a mi Padre Julio Pesantez, parte fundamental de lo que
hoy en día soy, gracias a su apoyo y motivación de ser alguien en la vida.*

AGRADECIMIENTO

A mi señor padre Julio Pesantez por estar conmigo siempre, a mi familia y amigos que formaron parte de este proceso, gracias por el apoyo en momentos difíciles.

A mi madre Teresa Banegas, por saber criarme y educarme de la manera correcta.

Al Abg. José García Auz tutor de tesis quien colaboró desinteresadamente en calidad de guía para la realización de este trabajo.

A los maestros de mi facultad de derecho de la UCSG, que forjaron a este ser humano, con sus conocimientos para poder culminar con éxito esta carrera y a la Dra. Nuria Pérez por su orientación y ayuda en la revisión de esta tesis.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

OPONENTE

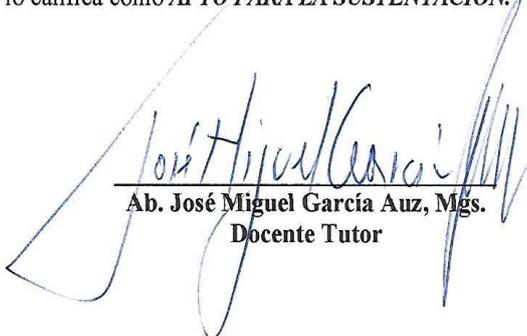


UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE A 2020
Fecha: 27 de agosto de 2020

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *LA CORRUPCION EN LA ADJUDICACION DE LOS CONTRATOS PUBLICOS DEL ESTADO Y SUS SOBREPRECIOS* elaborado por el estudiante *Heinz Fernando Pesantez Banegas*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de *10 (DIEZ)*, lo cual lo califica como *APTO PARA LA SUSTENTACIÓN*.


Ab. José Miguel García Auz, Mgs.
Docente Tutor

Contenido

Resumen	XI
Abstract	XII
Introducción	2
Capítulo I: La contratación pública y los delitos de la administración pública.	3
1. La contratación pública y la adjudicación de contratos.	3
2. La administración pública y sus delitos.	6
Capitulo II: La ineficacia en la aplicación de la normativa contractual y la corrupción dentro de las adjudicaciones con sobrepuestos.	11
1. La corrupción en la contratación pública y sus instancias sensibles dentro de los procedimientos contractuales.	11
2. Los sobrepuestos en los contratos públicos.	18
3. La politización de la contratación pública y sus mecanismos ineficaces de control.	20
Conclusión	23
Recomendaciones	24
Bibliografía	25

Resumen

La contratación pública en el Ecuador se encuentra vulnerada, por ciertos indicios de corrupción dentro de las contrataciones públicas y por parte de sus funcionarios públicos, se creó la SERCOP (SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA) con el fin de precautelar el correcto funcionamiento de dicho organismo, pero es claro que carece de eficacia al momento de otorgar las adjudicaciones de los contratos que realiza el Estado y esto se debe a la incorrecta aplicación de la norma por parte de sus servidores públicos. El presente trabajo pretende demostrar la corrupción que existe dentro de quienes conforman la vigilancia y control referente a la contratación estatal. Por consiguiente, la falta de control en los estudios de mercado y su manipulación en las adjudicaciones ha dado paso a los sobrepuestos de los bienes o servicios que se adquieren, por lo que es necesario crear mecanismos para evitar que haya una malversación de fondos. Los delitos cometidos por los funcionarios públicos son penalmente responsables, pero se debería endurecer las penas y que la justicia no se encuentre politizada, para que el que quiera incurrir en algún acto ilícito se lo piense dos veces antes de cometerlo, en fin, una de las interrogantes en que incurre la contratación pública es; si la grave crisis del sistema se debe a su politización y que por el hecho de pertenecer a un cargo público beneficiaria a un particular en las adjudicaciones contractuales.

Palabra claves: Contratación Pública, Politización, SERCOP, Sobrepuestos, Adjudicaciones, Corrupción.

Abstract

Public contracting in Ecuador is violated, by certain indications of corruption within public contracting and by its public officials, the SERCOP (NATIONAL PUBLIC PROCUREMENT SERVICE) was created in order to safeguard the proper functioning of said body, but it is clear that it lacks effectiveness when awarding the contract awards made by the State and this is due to the incorrect application of the rule by its public servants. This work aims to demonstrate the corruption that exists within those who make up the surveillance and control regarding state contracting. Consequently, the lack of control in market studies and their manipulation in adjudications has given way to overpricing of the goods or services that are acquired, so it is necessary to create mechanisms to prevent misappropriation of funds. Crimes committed by public officials are criminally responsible, but penalties should be toughened and justice is not politicized, so that anyone who wants to commit an illegal act thinks twice before committing it, in short, one of the questions that public procurement raises is; If the serious crisis of the system is due to its politicization and that by the fact of belonging to a public office it would benefit an individual in the contractual awards.

Key words: Public Procurement, Politicization, National Public Procurement Service, Overpricing, Awards, Corruption.

Introducción

El fenómeno de la corrupción en las contrataciones públicas que efectúa el Estado, es una problemática que ha visibilizado en el Ecuador los últimos años causando grave perjuicio a los recursos destinados para dichos contratos, como principal causante el funcionario público en asociación con particulares. Es notable el crecimiento insostenible de la falta de control y la manipulación dentro de los estudios realizados para otorgar adjudicaciones, las cuales se encuentran vulnerados por los mencionados funcionarios públicos obteniendo un beneficio económico o cumpliendo un favor político.

Es tan relacionada la corrupción con la contratación pública, por cuanto es el espacio donde las entidades públicas realizan su requerimiento con el fin de satisfacer necesidades, pero, al final del día, termina siendo una erogación de recursos, un pago por la contraprestación prestada, por lo que, los contratistas buscan fastuosamente contratos y de preferencia aquellos de presupuestos holgados. Esto permite denotar que la corrupción se presenta por la ineficaz aplicación de la norma y por la manipulación dentro de los procesos contractuales, por lo cual se plantea crear mecanismos eficaces de control y que los funcionarios que vayan a desempeñar cargos públicos referente a la contratación pública tengan una estricta observación a cada proceso que realicen, y que los estudios de mercado que se ejecutan no se alteren, y beneficien al contratista adjudicado causando sobrepuestos en las contrataciones estatales. (Díaz, 2019, pág. 2)

Se ha tratado de combatir la corrupción y uno de esos intentos es la transparencia, un elemento que atrae, que suena muy bien, pero que el momento de llevarlo a la práctica no termina siendo tan fácil de implementarlo en su integralidad, ni otorgando los resultados anhelados por el mismo sistema burocrático complejo que ha montado el estado. Es obligación moral como estudiante de derecho, analizar la problemática, para lograr una aplicación correcta de la ley en las adjudicaciones contractuales, además de la complejidad en la imputación de los delitos cometidos por los funcionarios

públicos, donde el hecho cometido no pueda estar por encima de la ley y que la justicia no se encuentre politizada.

Capítulo I: La contratación pública y los delitos de la administración pública.

1. La contratación pública y la adjudicación de contratos.

El contrato, institución jurídica y económica que tiene orígenes remotos en las doctrinas justineanas del derecho romano que lo describieron como un acuerdo que tiene por fin inmediato crear obligaciones, de tiempo atrás dejó de ser una institución exclusiva del derecho privado, para pasar a tener un desarrollo propio en el derecho público. Ese concepto de contrato que señalara Pothier y se reflejara positivamente en el código civil francés de 1804 es la base de las doctrinas clásicas y modernas de los contratos, tanto privados como públicos. Sin embargo, la intervención de un sujeto de carácter público, dio lugar a un régimen jurídico con principios diferentes, que tienen orígenes en el siglo XIX cuando se sustrajo de la competencia de los tribunales civiles franceses y españoles los conflictos derivados de estos contratos para atribuírsela a la justicia administrativa. (Spota, 1984, pág. 7)

La doctrina del derecho comparado ha hecho el esfuerzo por definir el concepto de Contratación Pública. Los intentos empiezan por definiciones complejas y también ofrecen ideas más sencillas sobre el concepto. Se ha dicho que la Contratación Pública es la actividad en la que entidades estatales, adquieren o contratan bienes y servicios necesarios para proveer al público, y a las demás agencias gubernamentales, con bienes para la defensa, la salud pública, la infraestructura, los consultores públicos y otra serie de elementos necesarios para el cumplimiento de sus finalidades. También se ha propuesto simplificar el concepto de contratación pública, en otros términos: proceso a través del cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades públicas para adquirir bienes y servicios del sector privado. (Hoekman, 1998, pág. 249)

No obstante la dificultad de definir de forma universal a la contratación pública, luego de haber analizado los objetos contractuales más comunes, ella se podría describirse así: La actividad a través del cual los Estados y sus dependencias en los diferentes niveles de la administración, adquieren para sí o para el cumplimiento de actividades de interés público, a través de procedimientos administrativos reglados, bienes, obras o servicios, con el ánimo de maximizar el poder de compra de sus presupuestos nacionales, en ambientes transparentes, de libre concurrencia, propiciando la equidad entre los proveedores y bajo el estricto cumplimiento de las normas de derecho público que inspiran sus regímenes de adquisiciones y del funcionamiento de la administración pública. (Hunga, 2003, pág. 17)

Por otra parte, en el aspecto doctrinario, Cassagne indica que “en el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa”. (Cassagne, 2005)

De acuerdo al artículo 1454 del código civil, define al contrato como un acuerdo voluntario entre dos partes, en donde se obligan con determinadas prestaciones, a dar, hacer o no hacer alguna cosa, adicionando que una de las partes corresponde al Estado y por otra parte a los privados que manejen fondos públicos, quien para efectos del contrato se denominará Contratante (Estado); y, por otro lado, Contratista (adjudicado). (Código Civil Ecuatoriano, 2015)

Según Pérez, se puede definir contratación pública como “a todos los contratos que celebran las instituciones públicas, normadas por leyes del Ecuador”, en esta se verifica la participación estatal en el contrato. En el mismo sentir, es “toda declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de función administrativa. (Pérez, 2009, pág. 742)

La SERCOP en su artículo 6, define a la adjudicación como el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en dicha ley. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El Dr. Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, nos manifiesta que “La adjudicación se hace por la autoridad judicial o administrativa competente, por ejemplo, cuando se distribuyen los bienes o legatarios, o cuando se otorga a favor de un determinado licitante la realización de obras, suministros o servicios públicos. Siendo la adjudicación una actividad reglada o discrecional puesto que la norma establece que la contratación se adjudicará a la oferta más conveniente, da lugar a cuestionamientos sobre la naturaleza de la decisión de la adjudicación. Al respecto algunos tratadistas consideran que estos conceptos dan curso a la discrecionalidad de la administración y otros sostienen que estos conceptos se deben analizar a la luz de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. (Ossorio, 1974, pág. 723)

Para la celebración de cualquier contrato público, se debe seguir estrictamente los procedimientos para su ejecución acompañada de todos los elementos; como la voluntad, consentimiento, objeto y causa. La voluntad contractual de la Administración Pública puede probarse a través de ciertos actos, como, por ejemplo, el Plan Anual de Contrataciones. De igual forma, el consentimiento se verifica con la oferta y la aceptación. Respecto al objeto, la ley establecerá la finalidad del mismo. Por otro lado, la causa debe atender a la necesidad del mismo, debiendo establecerse con anterioridad en el Plan Anual de Contrataciones. Además, esta modalidad contractual requiere que se cumpla con formalidades y principios previstas en la ley, lo cual implicará como exigencias para su validez de acuerdo al SERCOP. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

2. La administración pública y sus delitos.

Las posiciones de estos tratadistas García y Fernández aseguran que la Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio. Sus actos no valen, por eso, como propios de la comunidad, que es lo característico de la ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada. (García & Fernández, 2002)

Según Morón, uno de los más importantes estudiosos del Derecho Administrativo señala, sobre la Administración Pública, que es “el conjunto de organismos a cargo de la función administrativa. Pero no se restringe al Poder Ejecutivo, pues también existe administración pública, en los otros poderes, en los organismos autónomos, en los municipios, gobiernos regionales, etc.”. (Morón, 2017)

El doctrinario Rojas, define a la administración pública en un doble sentido; Objetivamente, como el conjunto de actividades, previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. Subjetivamente, administración pública es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias. (Rojas, 2012, pág. 11)

Podemos entonces decir que la Administración Pública, lo que se busca es la satisfacción de los intereses y necesidades de toda la población, evidentemente en el caso de la contratación pública, tenemos un gran problema: a los procesos de selección, se presentan varios postores, buscando ser, uno de ellos, el ganador y a quien se le adjudique, que le permitirá suscribir el contrato e iniciar la ejecución de la obra, prestación del servicio, o la entrega de ciertos bienes para una determinada función.

El jurista Salinas sobre el funcionario público comenta que es; aquella persona natural con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. (Salinas, 2011, pág. 8)

Nuestra Constitución Ecuatoriana en su artículo 233, contempla que ningún funcionario público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, por lo cuales estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas. Cabe señalar que en la actualidad figuran otros delitos, como el testaferrismo, el tráfico de influencias de los cuales se asociación con los delitos antes mencionados. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

El peculado en el art 278 del COIP, señala que los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de acuerdo al hecho cometido. Este código regula la conducta cometida en diferentes etapas, y sus penas serán acorde a los actos ilícitos en los que incurran. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

El doctrinario Salinas lo explica tanto en su modalidad dolosa como en su modalidad culposa señalando que; el delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionamiento o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado (Salinas, 2011, pág. 298)

El enriquecimiento ilícito en su artículo 279 del COIP, determina que los funcionarios públicos que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, este se verificara de acuerdo al incremento en la escala de las remuneraciones previstas en la ley para determinar la pena. Hay que tener claro que no es la única manera de comprobar el enriquecimiento, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

Respecto a este delito cometido por el funcionario o servidor público Salinas, nos menciona que este delito se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, incrementa ilícitamente su patrimonio. Es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causal lícita. (Salinas, 2011, pág. 606)

El cohecho en el Ecuador como delito público de la administración pública en su artículo 280, determina que las o los servidores públicos que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán penalmente sancionados con pena privativa de libertad acorde a las regulaciones o actos que deriven este delito, cualquier persona bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido, corrompiendo al funcionario público también será penalmente responsable. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

Para Abanto, el delito de cohecho comenta que esta conducta se afecta un bien jurídico que, según la doctrina actual y mayoritaria, consiste es el “correcto funcionamiento de la administración pública; es decir, el funcionamiento de la administración pública al servicio de todos los administrados en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. A parte de eso, la doctrina suele admitir la afectación inmediata de otros bienes como la imparcialidad del ejercicio de la función pública, la legalidad en el ejercicio de la función, el concepto público de la función, etc. Tradicionalmente el delito de cohecho es un delito en el cual existe bilateralidad y contractualidad referidas a la función pública del funcionario corrupto. Siempre hay dos partes; una que vende y otra que compra la función pública y, al igual que en el contrato, también hay una consensualidad para ello. (Abanto, 2014, pág. 825)

El delito de concusión determina, que los agentes o dependientes oficiales que, abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, incumpliendo su deber como funcionario serán sancionados penalmente, aprovechándose de tu potestad estatal y si esta incurre en violencia o amenazas de acuerdo al artículo 281 COIP, tendrá un aumento a la pena. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

Uno de los delitos más expuestos dentro de la administración pública es el tráfico de influencias, en su artículo 285 del COIP, estipula que el funcionario público prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados penalmente. Los servidores que se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito serán penalmente responsables. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

Castillo Alva, sostiene que jurídico-penalmente también se reputa tráfico a la disminución anómala de los pasivos. Señala que el tráfico en su modalidad de disminución de pasivos, encierra mayor peligrosidad criminal, e inclusive a veces, un mayor injusto, en la medida que el funcionario, conector de que los organismos o autoridades competentes están en condiciones de iniciar en cualquier momento contra él o su gestión una pesquisa o una investigación sobre la situación de sus activos, puede que no se preocupe de éstos ni los utilice su cargo para lograr una mayor fortuna, sino como un mecanismo y medio idóneo para eliminar, por ejemplo, las cuantiosas deudas que arrastra y que han sido contraídas antes de ingresar a la administración pública. (Castillo, 2001, pág. 77)

El Testaferrismo dentro de la administración pública en su artículo 289 conforme al COIP, determina que la persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionado penalmente. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

Capítulo II: La ineficacia en la aplicación de la normativa contractual y la corrupción dentro de las adjudicaciones con sobreprecios.

1. La corrupción en la contratación pública y sus instancias sensibles dentro de los procedimientos contractuales.

La importancia que ha llegado a tener la contratación en el desarrollo económico del país y en los efectos de los contratos realizados. Si de grandes obras hablamos, es necesario hacer referencia a que gran parte de la infraestructura vial se sustenta, justamente, en los procesos de contratación a través de licitaciones públicas que se han dado en el marco de lo que conocemos como Contrataciones Públicas.

El problema jurídico nace ahí junto a este boom de construcciones, hidroeléctricas, refinerías y demás, ha llegado un problema en las adjudicaciones: la corrupción y su elevada incidencia en lo referente a: sobrevaluación de precios, construcciones con material deficiente, adjudicaciones sobornando a los comités de selección, ejecución de las famosas adendas o incluso aplicando los famosos adelantos de obra, además de su politización y el tráfico de influencias dentro del Estado. (Díaz, 2019, pág. 9)

Según Nieto García, la corrupción es una especie de pandemia perenne que acompaña al poder como sombra al cuerpo; las acciones de gobierno queramos o no está administrada por ciudadanos que por medio de elección; en gobiernos de corte democrático estos llegaron a puestos públicos para poder ejercer el poder y estos a su vez colocan en los cargos de libre nombramiento y remoción o de confianza; los funcionarios que instrumentalizan dicho poder de la administración que por la naturaleza propia de las personas pueden corromperse en la ejecución de sus funciones. (García, 1997, pág. 7)

Para combatir a la corrupción, primero hay que definirla, la corrupción es una práctica que puede nacer en el sector público o en el privado, con distintos intereses, pero que en común lo que se pretende es el mayor beneficio económico particular con el menor esfuerzo, producto de alguna ventaja que se pueda alcanzar, cuando dos o más se ponen de acuerdo para beneficios ajenos a la administración, aprovechándose de su posición y discrecionalidad, que permite confundir la satisfacción del interés común con la adquisición de bienes, obras o servicios, a proveedores y funcionarios que beneficiarían a particulares, producto de llevar a efecto una transacción por medio de un procedimiento de contratación pública. (Martínez, 2017, pág. 437)

El fenómeno de la corrupción, y en concreto, la corrupción vinculada al ámbito de la contratación va más allá. Su nivel de ilicitud radica en una lesividad mucho mayor que la clásica afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así la corrupción en el momento presente atenta contra las bases del Estado democrático, vulnera el principio de igualdad constitucional y puede lesionar el orden socioeconómico cuando su magnitud es tal, que altera la libre competencia en el mercado. (Castro & Otero, 2016, pág. 10)

Según la doctrina de Fernández señala que: La contratación pública queda sujeta a la observancia de distintos trámites procedimentales. La celebración del contrato está precedida, en efecto, de un conjunto de actuaciones previas que quedan agrupadas en dos fases claramente diferenciadas. La primera se denomina preparación del contrato y la segunda selección del contratista, que concluye con la adjudicación del contrato. (Fernández, 2016, pág. 6)

La discrecionalidad que existe en los funcionarios independiente de su rango dentro de la administración pública, puede provocar que los estudios sean susceptibles de direccionamiento hacia alguien en específico, fundamentando sus decisiones en aspectos meramente técnicos, difíciles de rebatir desde la óptica jurídica. La discrecionalidad es necesaria para ejecutar

las acciones de la administración pública, en las condiciones consagradas en la ley, por ello el tratadista Miguel Marienhoff, insiste que, en el ejercicio de la actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad, su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir. (Marienhoff, 1993, pág. 416)

La discrecionalidad entendida como esa facultad que mantiene la administración pública para poder decidir, atada a esa naturaleza humana de que no todo puede ser automático, es la que permite apuntar al cumplimiento de los fines que buscan los contratos administrativos o también permite tergiversarlos hacia lúgubres intereses particulares convirtiéndola en arbitrariedad. Con el fin de continuar el paso a paso de un procedimiento de contratación, el estudio técnico es traspuesto a las especificaciones técnicas o términos de referencias, en donde más adelante se podrá evidenciar o no la concurrencia de ofertas existente, ante condiciones definidas por y en nombre de la administración. La SERCOP expone que se entenderá como "especificación técnica" a las características fundamentales que deberán cumplir los bienes o rubros requeridos, mientras que los "términos de referencia" constituirán las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará la consultoría o se prestarán los servicios. Claramente existe una diferenciación de como emplearla que es importante diferenciarla para su adecuada aplicación. (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2016)

Complementario a ello está el estudio de mercado que arrojará el presupuesto referencial, es decir la fijación de lo que se va a pagar por la compra, que es otro elemento expuesto a corrupción, por la manipulación a la cual puede estar sujeta, donde existe el riesgo de pagar más por algo que cuesta menos y pueda diferir del costo de mercado, apoyado en especificidades expuestas en el párrafo precedente, en desmedro de los recursos. El valor económico se mantiene como el criterio esencial para diferenciar, en función de la superación de ciertas cuantías o umbrales, los contratos sujetos a regulación armonizada de aquellos otros que no lo están, lo que nos da la pauta que se podría proliferar al ajuste de los presupuesto referenciales, dentro de aquellos rangos donde la legislación permite

contrataciones directas, dentro de las cuales se pueden contar con márgenes de discrecionalidad más amplios como por ejemplo, seleccionar de manera anticipada al proveedor y futuro ganador del contrato. (Peña, 2018, pág. 931)

Con todo lo anotado de la fase preparatoria, y para concluir esta primera parte se elaboran los pliegos, que no son otra cosa que formatos predeterminados por el ente rector de la compra pública, el cual establece las reglas generales del procedimiento con las caracterizaciones propias de cada contratación. Como lo determina Miguel Ángel Bernal: los pliegos son el instrumento que ordena la participación en un procedimiento de adjudicación, la adjudicación del contrato y la ejecución del mismo, son la ley del contrato. (Bernal, 2018, pág. 870)

Según Díaz Colmachi, la instancia preparatoria es sensible de corrupción por cuanto se preparan las bases y el presupuesto para las contrataciones, donde se pueden orientar los estudios invocando condiciones técnicas especiales, provocando un aumento de precio superior al de mercado que perjudicaría a los interés de la administración pública, no es menos cierto que existe una dificultad técnica amplia para poder identificarlo, pudiendo confundirse con tecnicismos y especificidades que son el origen de lo que más adelante podremos observar, ya que es en este momento donde se marca la pauta para poder tener o no un procedimiento de selección concurrente o en su defecto adjudicar la única oferta que se presente. La fase preparatoria es la etapa más importante para tomar en cuenta para efectos de prevención, realmente es aquí donde se puede fraguar el área idónea para convertirla en caldo de cultivo para futuros hechos de corrupción, que en las demás etapas pueden ser ocultadas. (Díaz, 2019, pág. 13)

La fase precontractual que nace con la convocatoria y la resolución administrativa de inicio del procedimiento, donde se manifiesta la voluntad de la administración de adquirir lo determinado en los pliegos, pasamos a conformar lo que se denomina comisión técnica, esta es designada por la máxima autoridad, no es una delegación y está conformada, por al menos 3 personas; una que hace de presidente, el dependiente del área requirente y

el experto en el objeto de contratación, sus responsabilidades directas principales son las de responder a las preguntas formuladas por los interesados de participar, las aclaraciones que puedan surgir, ya sea de las inquietudes o de aquellas que la administración crea necesarias en los pliegos sin afectar a la esencia del objeto, para pasar a la convalidación de errores de forma y posterior calificación de ofertas con una recomendación expresa de adjudicación o declaratoria de desierto. (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2016)

Dentro de estas actuaciones que realiza la comisión técnica, las respuestas y aclaraciones que puedan generarse dentro del procedimiento son susceptibles a; beneficiar intereses particulares, favoreciendo a unos, perjudicando a otros, limitando la concurrencia; por ello, en esta instancia la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el órgano de contratación, pues la apreciación del supuesto dilema en la interpretación o en su intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasaría el ámbito propio de la simple rectificación de un error. (Bernal, 2018, pág. 983)

Así mismo existe un altísimo nivel de discrecionalidad respecto a solicitar enmendar o no errores de forma dentro de una oferta ya presentada, queda a criterio de la comisión técnica y no del todo al cumplimiento de las disposiciones legales, ya que las contempladas en la codificación de resoluciones del SERCOP, son lo necesariamente ambiguas para que en determinados momentos la comisión (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Respecto a la calificación de ofertas, nuestra legislación y particularmente la codificación de resoluciones del SERCOP, determina dos instancias de calificación, la nombrada: cumple no cumple para las SIE, consultorías de contratación directa y menor cuantía; para los demás procedimientos comunes se continua hacia una segunda instancia

denominada por puntaje. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El procedimiento de selección de un contratista debe estar orientado, de una parte, a garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas y, de otra no divergente, a servir al interés público. Los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia -presupuesta la publicidad- constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso la administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad. (Garces & Palomar, 2018, pág. 406)

El órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, atendiendo a criterios de adjudicación del contrato, a cuyo efecto, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes y adjudicará provisionalmente el contrato al licitador que haya presentado la que resulte económicamente más ventajosa. (Catalá, 2008, pág. 148)

La fase precontractual termina con la resolución de adjudicación o desierto del procedimiento, fundamentado en el apoyo prestado ya sea por la comisión técnica o los delegados, equipo conformado por la mismísima autoridad a buen criterio y decisión de quien tiene la capacidad de conceder un contrato, sin embargo, no es menos cierto que la motivación de esta decisión debe estar fundada en los criterios técnicos y económicos dados en las bases del procedimiento. Si tendríamos que indicar la instancia más crítica en relación con posibles actos de corrupción dentro de esta etapa, definitivamente es la convalidación de errores, un aserto que lo evidenciamos líneas antes por la controversia existente en torno a los errores de forma y los considerados como no subsanables, donde la discrecionalidad no llega a ser limitada de manera clara por las disposiciones legales y que permiten un

movimiento más amplio de criterios personales respecto a una u otra oferta, que en teoría se los sobrelleva con criterio técnico. (Díaz, 2019, pág. 16)

Al tiempo de suscribir el contrato por las partes, tiene que designarse un administrador por parte de la máxima autoridad, el cual se encarga de todas y cada una de las obligaciones que se derivan del acto que se acaba de perfeccionar, su labor principal es que el objeto se cumpla en las condiciones establecidas inicialmente en los pliegos, asumidos en la oferta y ahora recogidos en el contrato. (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2016)

Si la eficacia de los mecanismos de control en las fases previa a la licitación, de licitación y de adjudicación ha mejorado, la fase de ejecución (posterior a la adjudicación) se controla menos rigurosamente, por lo que la labor de quien hace de administrador del contrato es fundamental, ya que es responsable de todo y eso incluye la labor técnica pero también administrativa, que permita solventar los inconvenientes propios de la ejecución en constante comunicación con el contratista, con la necesaria cercanía para estar al tanto de los avances y con suficiente distancia para en caso de incumplimientos sancionar de ser necesario. (Diario oficial de la unión europea, 2014, pág. 36)

Esta instancia de ejecución o contractual, no deja de ser susceptible de corrupción si es que no existe un adecuado control, ejemplificando, puede entregarse de parte del contratista aspectos similares a los ofertados alegando tecnicismos o inexistencias en mercado que deben ser comprobados, o simplemente no informar al respecto aguardando que no se note la diferencia por parte de la administración. Para suscribir una modificación contractual se deben superar ciertos requisitos que básicamente consisten en justificar la necesidad técnica o imprevisión, certificar los fondos que implicarían el aumento de los costes, en caso de que se hayan expedido garantías complementarlas al nuevo valor del contrato y para el caso de las obras tener el informe favorable de quien hace de fiscalizador. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008) (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2016)

Este mecanismo de complemento puede estar expuesto a actos de corrupción, utilizándolo para inflar un contrato que en el inicio tuvo un precio predeterminado, que permitió posiblemente evitar un procedimiento concursal por su cuantía o adjudicar la oferta más favorable económicamente en la etapa precontractual. (Díaz, 2019, pág. 20)

2. Los sobrepuestos en los contratos públicos.

Para el tratadista Ariño Ortiz, analiza el concepto del precio y hace un paralelo en su definición en el Derecho Público y el Derecho privado, encontramos que, en el Derecho público a diferencia del privado, el precio de los contratos debe ser, en lo posible, el “justo precio”, de tal manera que haya un exacto equilibrio entre el valor de los bienes o servicios que se reciben y el precio que se paga por ellos. Se trata entonces, de conseguir el “óptimo contractual” para lo cual debe fijarse en el pliego de condiciones o en el contrato un “justo precio” y revisarse cuando sea necesario si el equilibrio económico se ve alterado por un cambio de circunstancias. Esto obedece a razones de conveniencia para el interés público; puesto que la administración que no es una empresa de negocios, sino una organización al servicio de los intereses generales, que no debe introducir en su esquema contractual apreciaciones subjetivas, reduccionistas en la estimación de los precios, ni debe intentar hacer buenos negocios con cargo al contratista. Por ello, los precios del contrato deben estar basados en la media del mercado. Entonces, la competencia de ofertas se depurará en el procedimiento de adjudicación y, de no existir competencia suficiente, deberá dejar desierta la adjudicación y ajustarlos a costos reales. (Ariño, 2006, pág. 727)

Según Martines y Ramírez, en su publicación comenta que cuando el precio del contrato no se ajusta a la media del mercado, este fenómeno se ha asociado de manera general, con la corrupción en los contratos estatales, pues se ha encontrado que es a través de los sobornos, como práctica corrupta, como se materializan unos costos que distorsionan la actividad económica al alterar el nivel de los precios, afectando el crecimiento económico y contribuyendo a la ineficiencia administrativa e impidiendo la retribución de los recursos. Los mayores costos de transacción originados en

los pagos extraoficiales realizados por el contratista a funcionarios públicos en los procesos de compras estatales; son una consecuencia directa de las prácticas corruptas traducidas en irregularidades en los procesos de contratación, que sumadas a las pérdidas por incumplimiento y a las condiciones de incertidumbre, generan costos extras que son trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados, configurándose así los denominados sobreprecios. (Martinez & Ramírez, 2001, pág. 159)

En efecto, el ofrecimiento de sobornos por parte de los contratistas a los funcionarios públicos, puede generar una afectación en los precios del contrato, que implica una elevación en el precio del bien o servicio demandado por el Estado, por fuera de los precios y condiciones del mercado. En este caso se presenta una mayor ineficiencia económica ya que se está pagando un mayor valor que cubre no solamente lo que cuesta el bien o servicio, sino el soborno para pagado para la adjudicación del contrato. Por lo tanto, para determinar cuáles son los precios reales del mercado, hay que tener en cuenta, que además de los costos de producción, existen unos costos de transacción en las relaciones de intercambio, debido esencialmente a las imperfecciones del mercado, y en particular, a las asimetrías de la información, a la celebración y supervisión de los contratos, a la protección de los derechos de propiedad y a las normas regulatorias y a la posible desnaturalización de la función pública a través de fenómenos como el clientelismo y la corrupción, los que representan unos costos adicionales de transacción. (Martinez & Ramírez, 2001, pág. 160)

El propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios y además se atienda al cumplimiento del principio de legalidad como presupuesto del contrato estatal y el no incurrir en la comisión de un delito. De allí la importancia del cumplimiento previo del análisis o estudio de los precios del mercado para la determinación del precio del contrato. (Santofimio, 2001, pág. 148)

Hay que tomar conciencia de la afectación referente que el mayor costo de transacción (el soborno) afecta la eficiencia, la eficacia, y, por lo tanto, la efectividad de la economía, debido a las distorsiones que genera en el nivel de precios, en el crecimiento económico y en la redistribución de los recursos afectando gravemente al Estado, el estudio de mercado y una base de precios que regule todos los valores del mercado estos siendo actualizados permanentemente y así evitar los sobrepuestos en los contratos adjudicados. (Valdéz, 2012)

3. La politización de la contratación pública y sus mecanismos ineficaces de control.

Podemos evidenciar la aplicación del convenio de las naciones unidas contra la corrupción, de la cual el Ecuador forma parte, siendo el primer considerando en el decreto ejecutivo suscrito por el presidente Moreno, cuando procede a crear la secretaría anticorrupción, recordando que nuestra constitución claramente señala que uno de los deberes primordiales del estado es garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción, siendo este también un deber de los ciudadanos denunciarlo si no se cumple este primero. Sin embargo, al momento de su fiscalización y control no se cumple los mecanismos correctos o su aplicación es ineficaz, y es porque la contratación pública esta politizado por sus mismos gobernantes. (Decreto ejecutivo 665, 2019)

El problema de la corrupción se viene presentado en todo el territorio nacional a través de los diferentes niveles del Estado, es que es notorio la falta de regulación y control de las contrataciones del Gobierno, hemos logrado identificar la malversación de los recursos, cual el funcionario es parte clave para el cometimiento de los delitos en sus formas de cohecho, peculado, tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, testaferrismo, concusión; además de sobornos en el sector privado entre otros. (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

También es necesario tener claro el papel que cumple cada uno de los intervinientes en este ilícito: en el caso del servidor público no hay duda alguna que el acto de corromperlo tiene como finalidad que esta persona, como parte determinante en el proceso de contratación (miembro de comité, tesorero o incluso titular del pliego) obtenga un beneficio ilícito poniendo en riesgo la ejecución conforme a ley, del proceso contractual. (Díaz, 2019, pág. 18)

La mejor manera de combatir esta crisis de corrupción es crear filtros realmente eficaces que impidan que se salten procedimientos necesarios y que la documentación presentada se ajuste a lo que establecen las bases.

Al hablar de fiscalización, y siendo este un mecanismo de mayor envergadura, es importante que la población exija un control a estos problemas que causan grave perjuicio al Estado. Es importante que se tome conciencia, de una vez, sobre los perjuicios de la corrupción en nuestro país, y que nos comprometamos en luchar como sociedad, contra este mal, denunciándolo al momento de tener conocimiento de la comisión del mismo. La asamblea constituyente debe ser promotor de fiscalización de los actos de corrupción cometidos y crear normas que regulen de manera eficaz las contrataciones del estado. (Díaz, 2019, pág. 22)

El portal de compras públicas cual permite regular las etapas del procedimiento y que toda la información sea pública, todo el proceso de contratación debe ser de forma virtual en todas las etapas. Dentro de este portal se verifica los estudios realizados y valoraciones, pero se debería crear una base de datos autónoma donde se verifique con exactitud los precios, la causa de los sobrepuestos, se da por un mal estudio de mercado, acompañado del funcionario corrupto que bajo soborno, manipulara los estudios realizados y adjudicara al contratista, por eso se debe implementar un filtro de precios que sea actualizado cada mes con los estudios de mercado y cual solo sea el sistema el que adjudique, sin la participación del funcionario público, los menores índices de corrupción se han dado en países donde el avance tecnológico es enorme y donde su desarrollo virtual va de la mano con su alto nivel cultural y de respeto a las normas. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Otro mecanismo sería endurecer las penas para los funcionarios que incumplan o sean parte de la corrupción dentro de los contratos públicos, una de las propuestas sería aplicar la pena de muerte, pero porque aplicar esta pena para un delito de administración pública y su repuesta es sencilla, con este tipo de ilícito se afecta a la colectividad, porque esos recursos que se destinaron para cierta obra o servicio, hubieran sido destinados para abastecer de medicinas a los hospitales, la salud es un derecho fundamental y necesario, cuales estos no cuentan con todos los suplementos necesarios para poder atender a los que necesitan y por consecuencia causa la muerte a dichos ciudadanos, por lo cual no es prudente jugar con la salud y en ciertos casos la vida de la población, por lo cual esta norma al funcionario público lo haría pensar dos veces antes de cometer cualquier acto ilícito, sino hay mano dura no va a frenar los indoles de corrupción y esto debe ir acompañado de la ley de extinción de dominio, para recuperar en cierta parte, algo de los recursos que se perdieron en las adjudicaciones.

La contratación pública y los funcionarios públicos se encuentran netamente politizados y es tanto su intervención dentro los procesos contractuales, que los mismos funcionarios públicos son puestos a dedo, para que estos adjudiquen contratos a las personas que se beneficiaran con estudios y controles ineficaces, por los cuales llevaran a la malversación de los recursos del Estado. Los actos de corrupción de funcionarios también se dan por parte de personas que entraron a una determinada gestión por haber apoyado a un candidato; lamentablemente no entran las personas más capacitadas, entra el grupo de amigos o los recomendados y así es muy común que veamos actos donde tal o cual miembro de Comité cometió tal acto o donde el responsable del área usuaria le pidió una determinada cantidad de dinero a un contratista a fin de adjudicársele, Dentro de esta politización existen las coyunturas políticas entre partidos políticos, formando mafias políticas de Gobierno repartiendo los recursos e instituciones a diferentes sectores políticos para su beneficio lo cual perjudica gravemente al Estado.

Conclusión

Hoy en día estamos ante una ola imparable de actos de corrupción que generan un grave perjuicio al patrimonio público. Estos actos se generan debido a la falta de principios que tienen los servidores públicos y el incumplimiento a la ley. Dentro de la contratación pública, figura el servidor público cual en su deber de cumplimiento es parte de la red o el sistema corrupto que se manipula a beneficio particular, pese a la existencia de normas legales, estas son vulneradas.

Por más que la información sea pública, la base de datos carece de eficacia al momento de calificar los estudios de mercado referente a los precios, es ahí donde surgen los sobrepuestos en conjunto con los sobornos, ya que estos hacen que el sobrepuesto penetre en los contratos públicos, en consecuencia, el contratista para que el funcionario público le otorgue la adjudicación lo soborna.

La contratación pública en la actualidad es una vergüenza absoluta para el Ecuador, por sus altos indicios de corrupción, por su incorrecta aplicación de la norma, y el control que lleva dicho organismo. La necesidad de extirpar la corrupción debe ser inmediata y para eso se debe crear mecanismos como los expuestos en este trabajo investigativo.

La politización dentro de la contratación pública es otro factor que afecta determinadamente en las adjudicaciones, los procesos contractuales se encuentran viciados por las coyunturas políticas internas y externas en la función pública, los llamados repartos o favores a cambio del apoyo dentro de cualquier organismo marca el camino a la malversación de los recursos del Estado. El cual abre paso a la comisión u omisión de delitos de la administración pública, en fin, cabe señalar que el problema fundamental es la ineficaz aplicación de la norma, por lo cual deriva a un beneficio particular o político, y es aquí donde se necesita endurecer las penas potencialmente, para que el funcionario público se lo piense dos veces antes de cometer un acto ilícito.

Recomendaciones

Considero fundamental iniciar el cambio desde la raíz, para extirpar la corrupción y eso solo se obtiene desde la niñez, con una política educativa que permita concientizar a las futuras y jóvenes generaciones, respecto de la necesidad de respetar las leyes, las normas, no buscar vulnerar la legislación, y cambiar el pensamiento conformista de la sociedad, cuales consideran normal robar y que justifican eso en frases; como roba, pero hace obras.

Necesariamente crear un ente regulador de la contratación pública externo, con participación de personas ajenas a intereses políticos, cual deberá supervisar todos los procedimientos de selección, desde los actos preparatorios hasta la ejecución contractual, además de los estudios de mercados creando una base de datos, cual filtre el precio y se regule automáticamente sin la necesidad presencial en dicha etapa, para evitar que el servidor público se beneficie o sea vulnerado por sobornos. La función de la Contraloría General de la República en temas de control es fundamental; pero se ha visto obsoleto a vulneraciones, por lo cual sólo se busca tener entes desconcentrados y ajenos a injerencias, que permitan establecer de forma clara las responsabilidades atribuibles a los servidores y funcionarios públicos en las contrataciones públicas.

Inhabilitar de por vida, a quienes cometan actos ilícitos dentro de los procedimientos de selección en las contrataciones públicas. Además, se debería implementar la Ley de Extinción de Dominio que permita como herramienta útil, tanto a la Fiscalía General del Estado, Procuraduría General del Estado y a los órganos jurisdiccionales en materia civil, apegados al debido proceso, identificar, localizar y recuperar bienes provenientes de origen y actividades ilícitas de las contrataciones públicas.

Lo más importante es velar como ciudadanos, para que las autoridades que ejecutan todas las obras, lo hagan respetando la normativa correspondiente. Es una responsabilidad nuestra llevar a cabo la labor de fiscalización y denuncia que corresponda cuando un funcionario o servidor público se beneficie, y este cause perjuicio al Estado.

Bibliografía

- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. LIMA: Grijley.
- Ariño, G. (2006). *El Equilibrio Financiero del Contrato – La Contratación Pública, Tomo II*. BUENOS AIRES: Hammurabi.
- Bernal, M. A. (2018). *Las leyes del contrato (los pliegos) contenido esencial y formas de control»ESTUDIO SISTEMATICO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO*. pamplona: arazandi.
- Cassagne, J. C. (2005). *El Contrato Administrativo*. lima: Abeledo-Perrot.
- Castillo, J. L. (2001). *El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias- En,Diálogo con la jurisprudencia*. lima.
- Castro, A., & Otero, P. (2016). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la*. MADRID: DYKINSON.
- Catalá, J. V. (2008). *La contratación de las administraciones publicas ajustadas a la ley de contratos del SECTOR PUBLICO*. PAMPLONA: CIVITAS.
- Código Civil Ecuatoriano. (22 de mayo de 2015). Registro Oficial 506- (Codificación No. 2005010). *art.1454,definicion de contrato*. QUITO.
- Código Orgánico Integral Penal. (5 de febrero de 2018). Registro Oficial Suplemento 180- delitos contra la eficiencia de la administracion publica. *art 278. art 279, art 280, art 281, art 285, art 289*.
- Constitución de la Republica del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro Oficial 449. *art233. seccion tercera- servidores y servidoras publicas*.
- Decreto ejecutivo 665. (6 de febrero de 2019). Registro Oficial 440, Suplemento. *SECRETARIA ANTICORRUPCION*. QUITO.
- Diario oficial de la unión europea. (2014). *COMISION EUROPEA, Informe de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupcion*.

- Díaz, J. F. (2019). La corrupción en la contratación pública. *INFORME DE INVESTIGACION*. UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, QUITO.
- Fernández, G. (2016). *Sistema de derecho administrativo, T. II 3ra*. PAMPLONA: Civita.
- Garces, S., & Palomar, A. (2018). *Actuaciones relativas a la contratación de las ADMINISTRACIONES PUBLICAS, EXPEDIENTE DE CONTRATACION, ADJUDICACIONES, COMETARIOS A LA LEY DE CONTRATOS*. MADRID: WOLTERS KLUWER.
- García, A. N. (1997). *Corrupción en la España democrática*. barcelona: ariel.
- García, E., & Fernández, T. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. MADRID: Civitas S.L.
- Hoekman, B. (1998). *Using International Institutions to Improve Public Procurement, The World Bank Research Observer. Vol. 13*.
- Hunga, R. (2003). *Obstacles to Public Procurement Reform in Developing Countries. Public Procurement. The Continuing Revolution. Public Procurement Research Group. School of Law. University of Nottingham. Kluwer Law International. LONDON*.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (04 de AGOSTO de 2008). Registro Oficial Suplemento 395. *art 6 ; art 22 ; art 21; art 157 #3-4 ; art 85 ;art 90 ; art 167*.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de derecho administrativo, T II*. buenos aires: abeledo perrot.
- Martínez, E., & Ramírez, J. (2001). *La Corrupción en la contratación Estatal Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo*. BOGOTA: D.C.
- Martínez, J. M. (2017). «*Corrupción en la contratación pública*», *Corrosión del Estado de Derecho*. PAMPLONA: ARAZANDI.
- Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo I. . lima: gaceta juridica*.

- Ossorio, m. (1974). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. edición electronica.
- Peña, A. (2018). *Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017; Estudio sistematico de la ley de contratos del sector publico*. PAMPLONA: ARAZANDI.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo*. QUITO: Corporaciones de Estudios.
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (08 de noviembre de 2016). DECRETO EJECUTIVO 1700 - Registro oficial 588. *art 18, art 23 , art 121, art144*.
- Rojas, F. (2012). *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario. Dogmática y Argumentación*". lima: Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. lima: Grijley.
- Santofimio, O. (2001). *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. BOGOTA: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (31 de agosto de 2016). Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072. *art 107*.
- Spota, A. G. (1984). *Contratos Instituciones de derecho civil. Volumen I*. Buenos Aires: DESALMA.
- Valdéz, J. P. (2012). SOBREPREGIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. *MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO*. COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, BOGOTA.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Pesantez Banegas, Heinz Fernando** con C.C: # **0704441898** autor/a del trabajo de titulación: **La Corrupción en la Adjudicación de los Contratos Públicos del Estado y sus Sobreprecios** previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 28 de agosto de 2020

f. 

Nombre: **Pesantez Banegas Heinz Fernando**

C.C: **0704441898**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La Corrupción en la Adjudicación de los Contratos Públicos del Estado y sus Sobreprecios.		
AUTOR(ES)	Heinz Fernando Pesantez Banegas		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	José Miguel García Auz		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de Agosto de 2020	No. DE PÁGINAS:	27
ÁREAS TEMÁTICAS:	Civil, Penal , Administrativo		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Contratación Pública, Politización, SERCOP, Sobreprecios, Adjudicaciones, Corrupción.		
RESUMEN/ABSTRACT	<p>La contratación pública en el Ecuador se encuentra vulnerada, por ciertos indicios de corrupción dentro de las contrataciones públicas y por parte de sus funcionarios públicos, se creó la SERCOP (SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA) con el fin de precautelar el correcto funcionamiento de dicho organismo, pero es claro que carece de eficacia al momento de otorgar las adjudicaciones de los contratos que realiza el Estado y esto se debe a la incorrecta aplicación de la norma por parte de sus servidores públicos. El presente trabajo pretende demostrar la corrupción que existe dentro de quienes conforman la vigilancia y control referente a la contratación estatal. Por consiguiente, la falta de control en los estudios de mercado y su manipulación en las adjudicaciones ha dado paso a los sobreprecios de los bienes o servicios que se adquieren, por lo que es necesario crear mecanismos para evitar que haya una malversación de fondos. Los delitos cometidos por los funcionarios públicos son penalmente responsables, pero se debería endurecer las penas y que la justicia no se encuentre politizada, para que el que quiera incurrir en algún acto ilícito se lo piense dos veces antes de cometerlo, en fin, una de las interrogantes en que incurre la contratación pública es; si la grave crisis del sistema se debe a su politización y que por el hecho de pertenecer a un cargo público beneficiaria a un particular en las adjudicaciones contractuales.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-961908568	E-mail: heinz-92@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Maritza Reynoso		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			