



UNIVERSIDAD ECOTEC

TÍTULO:

PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR PARA MEJORAR LA PARTICIPACIÓN
DE LOS MICRO Y PEQUEÑOS EMPRESARIOS (MYPES)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

GESTIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

MODALIDAD DE TITULACIÓN:

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

NOMBRE DE LA CARRERA:

DERECHO

TÍTULO A OBTENER:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR CON
ÉNFASIS EN LEGISLACIÓN EMPRESARIAL Y TRIBUTARIA

NOMBRE DEL AUTOR:

GERSON ANDRES CEVALLOS APOLO

NOMBRE DEL TUTOR:

MGTR. ROGER NIETO MARIDUEÑA

SAMBORONDÓN, 2021

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecerle a Dios por darme la oportunidad de poder escribir estas palabras. También quiero agradecer a mi familia, amigos y maestros que me han brindado su apoyo durante estos años de carrera universitaria.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
MARCO TEÓRICO:	6
La contratación pública	7
La normativa legal vigente	12
La falta de seguridad jurídica	13
El desconocimiento de la normativa	13
Menor cuantía y cotización de obra	16
Consultorías	21
Contratación por emergencia	23
Contratación de obra artística o científica	25
Respecto al formulario 2.1. “Compromiso de cumplimiento de parámetros en etapa contractual: equipo mínimo requerido; personal técnico mínimo requerido y experiencia del personal técnico; metodología” en los procedimientos de obra	27
METODOLOGÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN:	31
ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:	53
PROPUESTA:	59
CONCLUSIÓN:	65
RECOMENDACIONES:	68
BIBLIOGRAFÍA	70

RESUMEN

La contratación pública ocupa uno de los roles más importantes en la economía de un país ya que el gasto público se ve reflejado en todas y cada una de las contrataciones que realiza el Estado.

En Ecuador, la contratación pública se ejerce con criterios de selección para cada uno de los procedimientos de contratación que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo, a pesar de que existan normas jurídicas que expresan una preferencia hacia los Micro y Pequeños Empresarios (MYPES), la realidad nos remonta a hechos totalmente distintos.

Al respecto, en virtud de una profunda investigación cualitativa con un proceso deductivo y de análisis, se desprende como principal objetivo el análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el rol del SERCOP en relación a las capacitaciones tanto a proveedores como funcionarios, con el fin de proponer una reforma del cuerpo normativo antes mencionado otorgándole a los MYPES la posibilidad de que pueden ser adjudicatario de procedimientos de contratación, sin poner en riesgo su derecho de participación en futuras contrataciones.

Palabras claves: contratación pública, MYPES, criterios, procedimientos, participación.

ABSTRACT

Public contracting occupies one of the most important roles in the economy of a country and that public spending is reflected in each and every one of the contracting carried out by the State.

In Ecuador, public contracting is carried out with selection criteria for each of the contracting procedures contemplated in the Organic Law of the National Public Procurement System, however, despite the fact that there are legal norms that express a preference towards Micro and Small Entrepreneurs (MYPES), reality takes us back to totally different events.

In this regard, by virtue of a deep qualitative research with a deductive and analysis process, the main objective of the analysis of the Organic Law of the National System of Public Procurement emerges, the role of SERCOP in relation to training both suppliers and officials , in order to propose a reform of the aforementioned normative body, granting the MYPES the possibility that they can be awarded contracting procedures, without jeopardizing their right to participate in future contracting.

Keywords: public procurement, MYPES, criterion, procedures, participation.

INTRODUCCIÓN

Los procedimientos de contratación pública en la normativa ecuatoriana están diseñados para que el Estado pueda satisfacer las necesidades básicas de la ciudadanía, en ejercicio de sus atribuciones conferidas por la Constitución y por la ley, teniendo como fin primordial, el bien común.

Por lo tanto, les corresponde a las distintas entidades estatales, en el ámbito de sus funciones, garantizar los derechos de los ecuatorianos, para lo cual tendrán a su disposición, la opción de contratar la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Las contrataciones que realizan las entidades del Estado tienen un gran impacto social y económico dentro país, puesto que, de la contratación como tal, se genera distintas transacciones comerciales y empleo de forma directa e indirecta; por otro lado, determinadas contrataciones tienen como facilitar el ejercicio de la actividad económica de muchas compañías.

Un ejemplo claro es la construcción de un mercado. Para dicha construcción, la contratista deberá contar con personal que levante la estructura y una vez que la edificación se encuentre terminada, quienes deseen ofrecer sus productos podrán realizarlo (empleo directo); además, las personas que se dediquen al comercio en los alrededores del mercado, podrán aprovechar y vender sus productos gracias a la mayor concurrencia que tiene el lugar desde la construcción del mercado (empleo indirecto).

Otros ejemplos claros son la construcción o mantenimiento de una carretera, la cual tendrá como fin disminuir el tiempo de viaje para el sector transportista; y el servicio de dragado de puertos marítimos, el cual logrará que buques con mayor capacidad, lleguen al país, tal como sucedió en la ciudad de Guayaquil luego de que la Municipalidad contratara a la firma Jan de Nul N.V.¹ oriunda de Bélgica para que ejecute este contrato.

¹ Jan de Nul Group

Se puede considerar al correcto uso de las compras públicas como una inversión y como parte de la base de la prosperidad de un país, ya que contar con los servicios antes mencionados y muchos más, facilitan el ejercicio de las actividades comerciales del día a día del sector privado y público, obteniendo como resultado un flujo de efectivo sano, toda vez que se reducen los gastos operativos como la compra de gasolina, el mantenimiento de medios de transporte, trámites administrativos, entre otros; y de esta forma, nuevos proveedores ingresen a ejercer sus respectivas actividades económicas.

Las entidades pueden aprovechar correctamente esta herramienta que nos brinda la Constitución y la ley, siempre que los funcionarios encargados de ejercer esta actividad, cuiden los activos y patrimonio del Estado, aplicando la normativa de forma correcta y teniendo siempre como prioridad, el desarrollo social, económico y cultural de una sociedad.

Es necesario tomar en consideración que, en algún momento, aquellos que ejecutaron estas grandes obras y servicios, en algún momento fueron pequeños empresarios en busca de grandes oportunidades para emprender y poner en práctica sus conocimientos profesionales, por lo que es de vital importancia darle prioridad a la participación de aquellos empresarios y microempresas que tienen poco tiempo en el mercado.

Al respecto, de las compras públicas se desprenden un sin número de situaciones que deben ser analizadas con cautela. Existen vacíos legales y la normativa expedida no resuelve los problemas originados de los procedimientos, obteniendo un resultado poco eficiente que tendrá como fin volver a reformar la normativa.

También son evidentes los problemas en el desarrollo profesional de los MYPES debido a la falta de normativa que realmente impulse su participación y en consecuencia el crecimiento profesional se transforma en una meta muy lejana de alcanzar. Estas situaciones, entre otras, descarrilan a una contratación pública de su objetivo principal que es el bien común, acatando los lineamientos que otorga la normativa en relación a la preferencia que tienen los MYPES de acuerdo a cada tipo de procedimiento.

Por lo tanto, el problema radica en la normativa actual vigente y como afecta directamente la participación de los MYPES. Un gran grupo que necesita el mayor apoyo posible para fortalecer su participación sin poner en riesgo su participación, y que de esta forma puedan crecer a nivel profesional obteniendo como resultado final la devolución de la ayuda conferida a través de la creación de nuevas fuentes de empleo, lo cual hoy en día en Ecuador, hace falta.

Finalmente es importante determinar el objetivo general y los objetivos específicos del presente trabajo de titulación.

Objetivo general

- Proponer una reforma a la LOSNCP con la finalidad de mejorar la participación de las MYPES, en cumplimiento de los principios de concurrencia e igualdad, a efectos de obtener un procedimiento ágil y de acceso público.

Objetivos específicos

- Analizar de la forma como la LOSNCP regula la participación de las MYPES dentro de los procedimientos de contratación pública, con la finalidad de comprobar si existen vulneraciones a la participación ciudadana.
- Efectuar un análisis comparativo de la legislación de Colombia, Perú y Argentina con la finalidad de conocer los mecanismos que se utilizan de forma internacional para lograr una mayor participación de las MYPES.
- Analizar el rol del SERCOP en relación a la capacitación de los proveedores del Estado y a los operadores de las entidades públicas que participen en cualquier etapa de los procedimientos de contratación pública.
- Proponer la reforma a normas jurídicas de la LOSNCP, fundamentada en los principios de contratación pública de concurrencia e igualdad, con la finalidad de poner a disposición de la academia y el foro de un mecanismo para lograr una efectiva participación de las MYPES.

MARCO TEÓRICO:

Capítulo 1

La contratación pública

Contratación pública significa el proceso mediante el cual un Gobierno, a través de cualquier modalidad de contratación, obtiene el uso de bienes o servicios o cualesquier combinación de los mismos, con fines gubernamentales y no con miras a su venta o reventa con propósitos comerciales o para su utilización en la producción o suministro de bienes o servicios destinados a la venta o reventa comerciales.² (Pública, 2012)

En el caso de Ecuador, el órgano rector es el Servicio Nacional de Contratación Pública (antes denominado Instituto Nacional de Contratación Pública), el cual, a pesar de no ser un ente sancionador, tiene la facultad para expedir la normativa que considere necesaria para garantizar los derechos de los proveedores en base a los principios que determina la ley. Además, posee la autoridad de implementar directrices de aplicación obligatoria para las entidades contratantes en lo concerniente a las contrataciones que realiza el Estado en general.

Cabe mencionar que la contratación pública, en todas sus etapas, se caracteriza por ser un procedimiento administrativo ya que su aplicación gira en torno a las administraciones públicas en el ámbito de sus funciones.

Al respecto, el derecho administrativo es la base fundamental del correcto ejercicio de la contratación pública, ya que el fin de esta rama del derecho es organizar, coordinar y desarrollar progresivamente las acciones del Estado mediante políticas y objetivos del Gobierno, para lo cual se deberá capacitar técnicamente a los servidores para, en ejercicio de sus funciones, no caigan en abusos revestidos de poder.³ (Trujillo, 2011)

En Ecuador, de forma general, la contratación pública cuenta con procedimientos de adquisición de bienes y servicios normalizados y no normalizados, obras y consultorías, para lo cual se toman en consideración coeficientes determinadas en la LOSNCP en relación al presupuesto general del Estado para obtener los montos de contratación y de esta forma guiar a que las

² (Pública, 2012)

³ (Trujillo, 2011)

entidades determinen que clase de procedimiento debe ser utilizado en cada caso en particular.

Los servicios no normalizados son aquellos cuyas especificaciones no pueden ser exactamente iguales, mientras que, en los normalizados, sí.

Entre los bienes y servicios normalizados, se cuenta con las compras por catálogo electrónico, subasta inversa electrónica e ínfimas cuantías. Por medio de estos procedimientos las entidades pueden adquirir bienes como hormigón, aparatos electrónicos, insumos médicos, entre otros.

Además, en virtud de lo indicado en el capítulo II de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (*de ahora en adelante LOSNCP*), los procedimientos de compras por catálogo electrónico y las subastas inversas son considerados procedimientos dinámicos.

La aplicación de estas últimas dos formas de adquisición de bienes y servicios normalizados tienen como objetivo reducir los costos y el tiempo de los procesos de contratación pública, así como las demás etapas que implica cada proceso para la adjudicación de un contrato.⁴ (Baquerizo, 2014)

Entre los bienes y servicios no normalizados, las entidades contratantes podrán acudir a procedimientos de menor cuantía, cotización y licitación; para lo cual deberán tener en cuenta el presupuesto referencial de la contratación con el fin de determinar a qué clase de procedimiento deberán recurrir.

En el caso de las obras, al igual que en el caso de los bienes y servicios no normalizados, se cuenta con menor cuantía, cotización y licitación. También dependerá del presupuesto referencial, sin embargo, la diferencia de forma, en comparación a los procedimientos anteriores es que los montos determinados por la ley para la contratación de obras son muy superiores a los montos de contratación de bienes y servicios.

Adicionalmente, se cuenta con la contratación por precio fijo, cuya característica propia es el impedimento de que el presupuesto de obra varíe conforme vaya ejecutándose. Esto quiere decir que no aplicarían contratos

⁴ (Baquerizo, 2014)

complementarios, órdenes de trabajo o cualquier otra figura legal que modifique el presupuesto utilizado para construir la obra.

Finalmente, para contratar servicios especializados en los cuales se requiera del intelecto de una persona en una materia en específica, las entidades podrán recurrir a las contrataciones de consultoría, para lo cual existen 3 tipos de procedimientos, la contratación directa, lista corta y concurso público. Al igual que en los procedimientos explicados en los párrafos anteriores, las entidades deberán tomar en consideración el presupuesto referencial de la contratación con el fin de determinar a qué clase de procedimiento de consultoría deberán recurrir.

Las contrataciones de bienes y servicios normalizados, las contrataciones de obras, consultorías y las ínfimas cuantías son categorizados como procedimientos de régimen común, ya que se entiende que pertenecen a este grupo los procedimientos que no formen parte de procedimientos dinámicos ni de procedimientos de régimen especial o de algún otro tipo determinado por la normativa expedida por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Para realizar contrataciones por procedimientos de régimen especial, el objeto contractual deberá estar alineado a lo indicado en el artículo 2 de la LOSNCP, entre los cuales consta la asesoría y patrocinio jurídico, bienes y/o servicios únicos, comunicación social, obras artísticas, científicas y literarias, repuestos o accesorios, transporte de correo interno, entre otros.

Para terminar con los tipos de contrataciones, es necesario mencionar a los procedimientos especiales que son las adquisiciones de bienes inmuebles y arrendamiento de bienes muebles e inmuebles; ferias inclusivas, procedimientos financiados con préstamos de organismos internacionales, procedimientos de contratación en el extranjero y procedimientos de contratación en situaciones de emergencia.

Es posible acudir a la publicación anual que realiza el SERCOP en su sitio web para conocer los montos de contratación de acuerdo a cada procedimiento, los cuales varían cada año.

TABLA DE MONTOS DE CONTRATACIÓN SEGÚN TIPO Y PROCEDIMIENTO				
	Coeficientes del PGE / LOSNCP		PGE 2021	
Presupuesto general del Estado para el 2021	coeficientes del PGE / LOSNCP		32.080.363.387,48	
BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS				
Catalogo Electrónico		Sin limite de monto		
Subasta Inversa	0,0000002	Mayor a	6.416,07	
Ínfima Cuantía	0,0000002	Menor a	6.416,07	
BIENES Y SERVICIOS NO NORMALIZADOS				
Menor Cuantía	0,0000002	Inferior a	64.160,73	
Cotización	Entre 0,0000002 y 0,000015	Entre	64.160,73	481.205,45
Licitación	0,000015	Mayor a	481.205,45	
OBRAS				
Menor Cuantía	0,0000007	Inferior a	224.562,54	
Cotización	Entre 0,0000007 y 0,00003	Entre	224.562,54	962.410,90
Licitación	0,00003	Mayor a	962.410,90	

Ilustración 1 Montos de Contratación Parte 1

Precio Fijo	0,0000007	Mayor a	224.562,54	
CONSULTORÍA				
Contratación Directa	0,0000002	Menor o igual a	64.160,73	
Lista Corta	0,000015	Mayor a - Menor a	64.160,73	481.205,45
Concurso Público	0,000015	Mayor o igual a	481.205,45	

Ilustración 2 Montos de Contratación parte 2

También es indispensable conocer que los procedimientos de contratación cuentan con distintas etapas. Estas son, etapa preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución.

La fase preparatoria implica la recolección de información necesaria para realizar los pliegos del procedimiento, esto abarca principalmente la elaboración del estudio de mercado con el fin de determinar el presupuesto referencial y el objeto contractual; los estudios, diseños o proyectos preliminares; términos de referencia, especificaciones técnicas, plan de manejo ambiental (en caso de ser

requerido), análisis de precios unitarios y estudio de desagregación tecnológica para la determinación del Valor Agregado Ecuatoriano.

Adicionalmente, la entidad deberá contar con una certificación de disponibilidad presupuestaria junto con las resoluciones administrativas suscritas por la máxima autoridad o su delegado para autorizar su respectiva publicación. Dicha fase culmina cuando el procedimiento es publicado en el portal de compras públicas.

Posteriormente, la fase pre contractual continúa con la elaboración de las preguntas en el portal de compras públicas con las respectivas respuestas otorgadas por la entidad, la recepción de ofertas, su verificación y evaluación, la solicitud de convalidación de errores y la posterior adjudicación del contrato, con la cual se da por culminada esta etapa.

La fase contractual es posiblemente la más corta de las etapas ya que esta se limita a la recolección de documentos que debe presentar los adjudicatarios para la firma del contrato, cuya suscripción da por terminada esta fase.

La fase de ejecución es aquella en la cual los contratistas deben ejecutar el contrato, para lo cual deberán cumplir con el plazo establecido y con cada particularidad que cuente el contrato, como las entregas parciales, entregas totales, los avances de obra de acuerdo al cronograma de ejecución entre otros. Adicionalmente, en esta etapa también se considera cualquier actuación que tenga como fin ampliar el plazo del contrato y finalmente las recepciones provisionales, definitivas, parciales o únicas. Así mismo, de acuerdo a las particularidades del contrato a ejecutarse.

Evidentemente, las contrataciones públicas en Ecuador regulan toda clase de contratación que realiza el Estado, y sus respectivas etapas; a excepción de las contrataciones del personal administrativo conformado por los servidores y funcionarios públicos, lo cual será regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, según el caso.

La normativa legal vigente

Las contrataciones que han realizado muchas entidades del Estado central y seccional han dejado mucho de qué hablar en los últimos años; esto tomando en consideración no solo la falta de conocimiento por parte de las autoridades, operadores, proveedores del Estado e incluso los organismos de control, sino también que la normativa actual vigente permite realizar contrataciones sin garantizar el principio de concurrencia, lo cual afecta directamente a los micro y pequeñas empresas.

Al respecto, es importante tener en consideración por lo menos las tres siguientes definiciones considerados por el Sistema Nacional de Contratación Pública para la creación de normativa reguladora de cada tipo de contratación:

- Clasificador Central de Productos (CPC): *Clasificación codificada que incluye categorías para todo lo que pueda ser objeto de transacción (nacional o internacional) o que pueda almacenarse y que es el resultado de las actividades económicas realizadas en las industrias. Comprende bienes transportables y no transportables, así como servicios y activos tangibles e intangibles. Esta clasificación guarda consistencia con la generada por la División de Estadísticas de la Organización de las Naciones Unidas, y la Clasificación Nacional Publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).*
- Local: *Se refiere a la circunscripción territorial, sea parroquial rural, cantonal, provincial, regional, donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública.*
- Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: *Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.*

La falta de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio y sobre todo un derecho ciudadano ya que tiene categoría constitucional desde la Constitución Política de la República de agosto de 1998. Es la base de la actuación de las autoridades públicas, el eje del accionar judicial; la estructura que debe ajustarse a los derechos según el artículo 84 de la Constitución del Ecuador. El núcleo jurídico de toda sanción; el objeto de invocación para el ejercicio de los derechos de los administrados como también para asegurar la competencia de la administración pública y de las autoridades en general.⁵ (Hernández, 2015)

El hecho de que constantemente una normativa sea reformada podría llegar a confundir a todos quienes constantemente deben aplicarla en el ámbito de su respectivo ejercicio. La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser “Estado de Derecho”.⁶ (Guilherme, 2012)

El desconocimiento de la normativa

Tal como indica el artículo 226 de la Carta Magna: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*, es posible manifestar que existen limitaciones para las entidades públicas y todo lo que deriva de ellas.

Esto nos remonta a las primeras clases de derecho que toma todo estudiante de abogacía al iniciar su carrera universitaria, cuando se logra comprender que en el derecho público las actuaciones se limitan lo que está

⁵ (Hernández, 2015)

⁶ (Guilherme, 2012)

escrito, no caben interpretaciones extensivas ni analógicas.⁷ (Reinoso, 2009) Es una gran diferencia tomándolo como objeto de comparación con el derecho privado, en la cual el concepto manifiesta que se puede realizar todo aquello que no esté prohibido por la ley.

En tal virtud y tomando en consideración el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el cual manifiesta que el objeto de dicho cuerpo normativo es regular los procedimientos de contratación de los organismos públicos, se puede arraigar a las compras públicas como parte de las actividades que tienen limitaciones tipificadas; y, quienes estén encargadas de ejecutar todas las etapas, deben evitar la realización de cualquier clase de acto que no se ajuste con las normas jurídicas vigentes.

Por lo tanto, absolutamente todas las entidades públicas deben acatar el contenido de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general, la codificación de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 y los modelos de pliegos de uso obligatorio publicados en el sitio web del Servicio Nacional de Contratación Pública (*de ahora en adelante "SERCOP"*). Cabe indicar que los dos últimos son expedidos por el SERCOP.

Además, existen también otros cuerpos normativos como el Código Orgánico Administrativo, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos; y el Acuerdo No. 39-CG (Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos) expedido por la Contraloría General del Estado; que son utilizados como referencia para determinadas actuaciones o situaciones que conllevan el procedimiento de contratación como tal. Además, se cuenta con el Código Orgánico Integral Penal, el cual determina las penas privativas de libertad por delitos contra la administración pública.

También es importante destacar el uso de las herramientas informáticas como el Módulo Facilitador de la Contratación Pública (antes denominado *USHAY*)

⁷ (Reinoso, 2009)

y el Sistema Oficial de Contratación Pública (SOCE), el cual es fundamental para poder garantizar determinados principios como la transparencia; y así mismo, para garantizar derechos, como el derecho a la defensa; tomando en consideración que ésta herramienta es el medio por el cual son presentados los recursos por parte de los proveedores cuando observan y consideran que existe una vulneración que los afecta directamente en los actos administrativos expedidos por la entidad contratante.

Los tratados internacionales también tienen relevancia en la contratación pública ecuatoriana, ya que las entidades contratantes antes de la publicación de los procedimientos deben acatar principalmente lo contemplado en la guía práctica del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia, Perú y Ecuador, por otra.

Así mismo, de los procedimientos de contratación se desprenden atribuciones, deberes, derechos y sobre todo obligaciones y responsabilidades tanto para los proveedores como para los funcionarios que desarrollan un papel importante en cada etapa de los procedimientos.

En el caso de la contratación pública, se presume en el mayor de los casos posibles responsabilidades administrativas, lo cual es un mandato jurídico abstracto y subjetivo porque no establece con precisión en qué casos específicos, no explica que sanciones corresponde aplicar y deja a discreción absoluta de la Autoridad para escoger la sanción.⁸ (Escobar, 2016)

Evidentemente, el ejercicio de la contratación pública en Ecuador no es tan sencillo como muchos piensan que es, en virtud de que se necesita de un conocimiento profundo tanto de la normativa legal vigente como de la práctica, en lo que respecta a la elaboración de documentos y el uso de las herramientas informáticas ya mencionadas.

De aquí nace una pequeña pero considerable parte de la base de los problemas que tiene la contratación pública en Ecuador, nos referimos el desconocimiento; sin embargo, es importante identificar todos los cabos sueltos

⁸ (Escobar, 2016)

que no permiten realizar un concurso en el cual se garantice la participación de los MYPES, los cuales son considerados pequeñas unidades económicas sociales, producto de los procesos de organización y experimentación social relacionadas con las actividades económicas a pequeña escala.⁹ (Parra, 2016)

El desconocimiento de una materia tan importante como es la contratación pública y, por ende, la aplicación de forma incorrecta de la normativa legal vigente podría acarrear una serie de vulneraciones de derechos, principios y normas constitucionales; obteniendo como resultado daños y perjuicios tanto para las entidades contratantes como para los proveedores del Estado; sobre todo en aspectos pecuniarios.

Los seres humanos no son perfectos ni eruditos en todos los campos que demanda la vida, sin embargo, gracias a la gran cantidad de aspectos considerados al momento de celebrar un contrato con el Estado y posteriormente su debida ejecución, no estaría demás por lo menos conocer cuáles son posibles consecuencias de una mala praxis en este campo con el fin de tomar conciencia antes de involucrarse en cualquier etapa de un procedimiento de contratación.

Menor cuantía y cotización de obra

El presupuesto referencial debe ser inferior a USD 224.562,54, para que una obra sea considerada menor cuantía y en caso de que más de un proveedor cumpla con los requisitos mínimos, el Portal Institucional del SERCOP realiza un sorteo para determinar cuál de los calificados será adjudicatario del procedimiento.

En las menores cuantías de obra existe una evidente limitación de participación en el artículo 51 de la LOSNCP, el cual en su parte pertinente indica:

*“(...) Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, **no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de***

⁹ (Parra, 2016)

obras alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras. (...).”

Es importante mencionar que el monto al cual se refiere el texto es el límite del presupuesto en el cual una obra puede ser considerado una menor cuantía, esto es USD 224.562,54.

Dicha limitación no es aplicable en los procesos de cotización y licitación de obras, cuyos presupuestos son más elevados al mencionado en el párrafo anterior. Sin embargo ¿cuál es el motivo de hacer dicha restricción en los procedimientos de menor presupuesto y no en los procedimientos de mayor presupuesto?

Podría ser considerada la hipótesis de que en dichos procesos únicamente pueden participar los profesionales y MYPES; y en consecuencia se limite la participación para que estos no caigan en aspectos jurídicos de incumplimiento como por ejemplo ser declarado contratista incumplido, el cual tiene una sanción de no poder participar en procedimientos de contratación con el Estado por un lapso de cinco años.

No sería una hipótesis tan descabellada, ya que en un Estados Unidos existen limitaciones similares para poder invertir en la bolsa de valores. La U. S. Securities and Exchange Commission (SEC) fue creada en 1930 por Joseph Kennedy (padre del presidente John Kennedy), para ejercer vigilancia y proteger al público de negociantes, corredores e inversionistas sin escrúpulos. Protege al público de las malas inversiones, pero también impide que el público tenga acceso a las mejores inversiones. Protege a la clase media y pobre de sí mismos, porque hay más malas inversiones que buenas.¹⁰ (Kiyosaki, 2012)

Lo que Kiyosaki quiere decir es que las malas inversiones son producto de inversionistas que no conocen las reglas del juego, actuando de forma

¹⁰ (Kiyosaki, 2012)

apresurada, arriesgando mucho y teniendo como posible resultado un incremento en pérdidas y evidentes deficiencias en los movimientos comerciales.

Por lo tanto, es posible la existencia de un escenario similar en cuanto a la participación de los proveedores del Estado ya que, por tratar de ser adjudicatarios de varios contratos, pueden poner en riesgo su participación en futuros procedimientos.

En pocas palabras, la hipótesis de la razón de ser de esta limitación es tratar de proteger a los MYPES de sí mismos.

No obstante, el motivo por el cual no exista una norma que tenga el mismo fin o por lo menos una limitación no tan estricta para las adjudicaciones de cotizaciones y licitaciones de obra incurre en dos situaciones claras.

Situación No. 1

La primera situación es la dificultad e impedimento del crecimiento empresarial para los MYPES ya que disminuye la opción de poder ser adjudicatario en procedimientos de obra cuyos presupuestos son más elevados, toda vez que los contratistas de licitación tienen una trayectoria más amplia y pueden cumplir sin problemas los requisitos mínimos exigidos en los pliegos y posteriormente obtener los máximos puntajes para los distintos parámetros solicitados.

Situación No. 2

La segunda situación, nace a partir de la primera, ya que, al no poder alcanzar la participación en procedimientos de obras de altos presupuestos, los proveedores sufrirían de un estancamiento al limitarse a participar en obras más pequeñas y consecuentemente los proveedores permanecerían en la categoría de MYPES, lo cual, generaría una competencia mucho más amplia en los procedimientos de menor cuantía y cotizaciones de obras, mientras que, en los procedimientos de licitaciones, continuarían participando los mismos proveedores que lo han hecho por años, tal como se puede observar en la sección anterior.

Esto puede resultar perjudicial para los proveedores que no tienen mucho tiempo registrados en el Registro Único de Proveedores (RUP) o que dan sus primeros pasos en el ejercicio profesional.

En el caso de las cotizaciones de obra, el presupuesto referencial debe recaer entre USD 224.562,54 y USD 962.410,90.

A diferencia de la menor cuantía, en este tipo de procedimientos se otorga puntajes de acuerdo a los parámetros de evaluación de acuerdo al siguiente cuadro.

Tabla 1 Puntaje de Cotización de Obra

Parámetro	Valoración
Experiencia general	Definido por la entidad
Experiencia específica	Definido por la entidad
Experiencia del personal técnico	1 punto (Obligatoriamente)
Oferta económica	Definido por la entidad
Subtotal	85 puntos
MYPES y EPS	5 puntos (Definido por el SERCOP)
MYPES y EPS Locales	10 puntos (Definido por el SERCOP)
TOTAL	100 puntos

Para determinar el puntaje de las experiencias, el SERCOP recomienda que se otorgue el máximo puntaje a la o las ofertas que presenten como experiencia general adicional el monto más alto (lo cual puede llegar a ser hasta un 25% más alto que el presupuesto referencial) y, a las demás ofertas se asignará un puntaje directamente proporcional.

Para ejemplificar se plantea el siguiente caso ficticio:

- El Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, a través de su Coordinación Zonal de Guayas requiere hacer una obra cuyo presupuesto referencial es de USD 800.000,00 en el cantón Playas.
- De acuerdo a la normativa, los porcentajes máximos que las entidades pueden solicitar es 40% y 20% en relación al presupuesto referencial para

cumplir con la experiencia general y específica, esto equivale a que deben acreditar mínimo USD 320.000,00 y USD 160.000,00 respectivamente.

- La entidad resuelve otorgar 4 puntos a la experiencia general y 20 puntos a la experiencia específica.
- La entidad resuelve determinar que se otorgará el máximo puntaje a las ofertas que acrediten experiencia general y específica por un monto de al menos el resultado de multiplicar 1,25 por el monto del presupuesto referencial, (USD 1'000.000) y a los que no cumplan este parámetro se les otorgará el valor directamente proporcional.
- ABC S.A., MNL S.A. y XYZ S.A. participaron y ambas lograron llegar a la etapa de evaluación por puntaje.
- ABC S.A. es una micro empresa domiciliada en Playas y logró acreditar la experiencia general con un contrato de USD 321.000,00 y la experiencia específica con otro contrato de USD 190.000,00.
- MNL S.A. es una micro empresa domiciliada en Machala y logró acreditar ambas experiencias con un contrato de USD 330.000,00.
- XYZ S.A. es mediana empresa domiciliada en Playas y logró acreditar ambas experiencias con un contrato de USD 2'000.000,00 debido a su gran trayectoria como contratista del Estado.

Al determinar el puntaje preliminar únicamente en relación a los 24 puntos otorgados de experiencia general (4 puntos) y específica (20 puntos), se obtuvo lo siguiente:

	ABC S.A.	MNL S.A.	XYZ S.A.
EXPERIENCIA GENERAL	1,28	1,32	4
EXPERIENCIA ESPECÍFICA	3,8	6,6	20
SUBTOTAL (MÁXIMO 24 PUNTOS)	5,08	7,92	24

	ABC S.A.	MNL S.A.	XYZ S.A.
SUBTOTAL	5,08	7,92	24
EXPERIENCIA DEL PERSONAL TÉCNICO	1	1	1
MYPES y EPS	5	5	0
MYPES y EPS LOCALES	10	0	0
TOTAL	21,08	13,92	25

Ecuación 1

Aunque a primera vista se observa que en el cuadro de puntaje hay una preferencia para los MYPES, la realidad nos remonta a una situación distinta ya que el hecho de que un proveedor no conste como MYPES y en consecuencia no obtenga los puntos por el cumplimiento de los parámetros antes indicados, no garantiza que el contrato sea adjudicado a un microempresario, tomando en consideración que gracias a las trayectorias de las constructoras más grandes, es posible alcanzar el puntaje completo en los parámetros de experiencia general y específica del oferente; sin la necesidad de contar con los puntos que obtendrían los MYPES.

Además, tal como se observa en la ilustración, la localidad también tiene un rol importante, ya que la compañía MNL S.A. al no cumplir con la localidad, no es acreedor de los 10 puntos de dicho parámetro.

Consultorías

Las consultorías son prestaciones de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad,

factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

Entrando un poco en la forma de mejorar la participación de los MYPES, se debe rescatar que este parámetro de preferencia no es tomado en consideración para elegir al único proveedor invitado en las contrataciones directas, ni para elegir los tres a seis proveedores invitados en las listas cortas, ni en las calificaciones por puntaje tanto en listas cortas como en concursos públicos de consultoría.

Evidentemente, cuando se trata de consultorías, lo que busca la ley es que las entidades contratantes obtengan un producto de calidad realizado por profesionales, ya que, entre los requisitos para invitar a una persona natural, una persona jurídica o universidades es que cuenten con título de tercer nivel, que en su objeto social con la actividad objeto de consultoría y que su existencia legal tenga relación con temas de investigación o asesoría especializada, respectivamente.¹¹ (Vaca, 2018)

Los objetos de contratación de consultorías son amplios, con gran diversidad y requiere de conocimientos profundos sobre la materia a desarrollar, por lo que es considerado justos y necesarios los requisitos determinados por la LOSNCP.

Teniendo en cuenta los coeficientes para determinar los montos de cada tipo de procedimiento de contratación de consultoría se obtiene lo siguiente:

- Contratación directa: menor o igual USD 64.160,73.
- Lista corta: mayor a USD 64.160,73 y menor a USD 481.205,45.
- Concurso público: mayor o igual a USD 481.205,45.¹² (SERCOP, 2021)

Es una falta grave que la ley permita a una entidad pública contratar directamente a un consultor o firma consultora por una cantidad de dinero de

¹¹ (Vaca, 2018)

¹² (SERCOP, 2021)

hasta USD 64.160,73, sin antes haber pasado por un concurso en donde compita con otro proveedor.

Así mismo, no es posible descartar la gran posibilidad de una conocida figura que hoy en día sufre Ecuador, que es la colusión en procedimientos de lista corta, esto en virtud de que queda a disposición de la contratante definir a los proveedores invitados (de tres a seis de acuerdo a lo indicado en el artículo 37 del RGLOSNCPC).

Según la Real Academia Española, la colusión es un pacto ilícito en daño de tercero.¹³ (Española, 2021) En el caso de los procedimientos de contratación pública, dicho acuerdo tiene como fin último alterar las condiciones del mercado en sus distintos tópicos, como: fijación de precios, alterar ilícitamente la adjudicación de contratos y repartición de utilidades o de parte de estas que se consideran contrarios a la libre competencia.¹⁴ (Ossa, 2014)

Por lo tanto, se desprende una inexplicable apertura concedida a las entidades públicas para contratar consultorías de forma directa por valores considerablemente elevados, tomando en cuenta el monto máximo permitido para la contratación directa y la posible existencia de la figura de la colusión en caso de las listas cortas de consultoría.

Contratación por emergencia

Los procedimientos de contratación por emergencia a los que recurrieron casi todas las entidades del Estado por la aparición del virus COVID-19 fueron un pilar fundamental para que la población y las autoridades se percaten de la terrible crisis de principios y valores en Ecuador.

El virus COVID-19 obligó a que la gente busque formas distintas para cumplir con sus actividades normales, no solo a nivel nacional, sino a nivel mundial; ya que como se ha observado desde finales del año 2019, y vivido desde marzo del 2020, la pandemia ocasionó miles de decesos en todos los países del

¹³ (Española, 2021)

¹⁴ (Ossa, 2014)

mundo, y era obligación de los Estados tratar en lo posible de reducir la cantidad de personas que pierdan la batalla contra el virus para salvar sus vidas.

Al igual que la Peste Negra, la Viruela, la Gripe Española, entre otras; el COVID-19 será recordado por generaciones, no solo porque logró lo que muchos consideraban imposible, esto es que todo el globo terráqueo se encierre en sus hogares, sino también, en el caso de Ecuador, por haber salido a la luz pública las evidentes faltas graves y abuso de autoridad por parte de muchos funcionarios cuyo objetivo fue aprovecharse de la indispensable abastecimiento de artículos de uso necesario para manejar la pandemia y evitar su propagación, para realizar contrataciones con sobreprecio.

El Estado trató de brindar el apoyo que necesitaban muchos ciudadanos por la falta de ingresos, producto del confinamiento obligatorio, sin embargo, el medio para cumplir con esta obligación perjudicó considerablemente al Patrimonio del Estado.

La calidad del gasto público, implica el establecer vínculos entre distribución de recursos y fines del estado, asimismo debe evidenciar eficacia, es decir acerca de la capacidad y la organización para dar una efectiva y real muestra de lo que se propone.¹⁵ (Ortiz, 2014) Situación que no se observó al realizar las contrataciones por emergencia.

Entre los ejemplos más claros está la compra de 144 bolsas que realizó el Hospital del Guasmo Sur, el 18 de marzo de 2020. Ese día, se desembolsó el valor de USD 20.917 por esos insumos. Es decir, USD 145,26 por cada funda, pese a que en el mercado se ofertaban desde USD 12.¹⁶ (Medina, 2020).

En ejercicio de sus funciones, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) en sus investigaciones detectó un presunto perjuicio de USD 1'104.900.00 aproximadamente para el Estado, en dos procesos de adquisición de mascarillas quirúrgicas, realizados por parte del Ministerio de Salud Pública (MSP).¹⁷ (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2020)

¹⁵ (Ortiz, 2014)

¹⁶ (Medina, 2020)

¹⁷ (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2020)

Además, en el sitio web de la Contraloría General del Estado, fue publicado un artículo en el cual indica lo siguiente en su parte pertinente:

*“(...) Los auditores identificaron que se limitó la participación de oferentes con mayor experiencia y capacidad operativa. No se empleó el Portal de Compras Públicas para buscar proveedores y referencias de costos en contrataciones anteriores. Los errores y omisiones administrativas se detallan en los informes con indicios de responsabilidad penal (IRP) remitidos a la Fiscalía. El colofón es la sobrevaloración de bienes, que suma USD 17’887.852. Este monto se desprende de las inconsistencias observadas durante los exámenes a la adquisición de bolsas para cadáveres, insumos y dispositivos médicos, ventiladores mecánicos, pruebas rápidas COVID-19, servicios de desinfección, kits de alimentos (...)”.*¹⁸
(Contraloría General del Estado, 2020)

La falta de principios, valores y empatía hacia la gente que necesitaba del servicio de salud, ingresos para poder subsistir y servicios en general, se vio reflejada en la toma de decisiones de muchos funcionarios que con o sin culpa incurrieron en delitos arraigados a la contratación pública y los sobrepagos en contratos de emergencia.

Es necesario determinar que hasta antes del 19 de marzo del 2020, las contrataciones por emergencia solamente estaban reguladas por un único artículo determinado en la LOSNCP, sin una debida explicación de cómo debería aplicarse dichas contrataciones.

Fue el drástico impacto de la pandemia lo que motivó al SERCOP a regular con más precisión esta clase de contrataciones, sin embargo, este suceso no debe ser considerado como la razón de ser de la necesaria regulación, ya que Ecuador tuvo una emergencia ocasionada por un terremoto en abril del 2016 para lo cual también se procedió a realizar contrataciones bajo éste régimen.

Una vez observada la normativa actual, es preciso manifestar la inobservancia de impulsar a la participación de los MYPES en las contrataciones por emergencia.

¹⁸ (Contraloría General del Estado, 2020)

Contratación de obra artística o científica

Las contrataciones por régimen especial en general al igual que las compras por emergencia y las consultorías de contratación directa y lista corta, se han distinguido por ser controversiales debido a la escasa concurrencia y por dejar en potestad de la entidad la selección de proveedores a ser invitados para su posterior participación.

El artículo 2 de la LOSNCP manifiesta cuales son las contrataciones que deben adherirse a la normativa correspondiente al régimen especial, sin embargo, con el fin de no entrar en detalles de cada uno de los numerales de este numeral, se considera solamente la ejecución de una obra artística o científica.

A pesar de que la propiedad intelectual tenga muy poca intervención en las compras públicas, es necesario contar con una mentalidad abierta cuando los objetos de las contrataciones se relacionan directamente con obras de arte, esculturas, estatuas, etc.

Para muchos, el arte no es un factor de vital importancia para el desarrollo de un país ya que existen temas que tienen mucha más relevancia como las decisiones del Estado para administrar los fondos públicos, los préstamos y relaciones con otras naciones u organismos internacionales, la política pública cuya aplicación genere prosperidad a los ciudadanos, las formas de impulsar el turismo, entre otros.

Tal vez muchos discreparán por lo antes dicho, le otorguen al arte un grado de importancia más elevado y busquen formas de que el Estado impulse el desarrollo de este factor, el cual podría llegar a ser muy beneficioso para la población siempre que se invierta una cantidad considerable de recursos públicos para dar a conocer al mundo las obras de arte ecuatorianas.

Si bien es cierto, grandes pintores como Da Vinci, obtuvieron un éxito considerable que los mantuvo en un estatus social muy por encima de la media en sus países de origen, sin embargo, no todos corren con la misma suerte, un ejemplo claro es Van Gogh, quien vivió situaciones muy precarias, murió en medio

de la pobreza y hoy en día tiene su propio museo en Ámsterdam ya que sus obras de arte alcanzaron el éxito luego de su muerte.

Por lo tanto, es importante tratar de evitar que el talento en lo que respecta al arte no sea puesto a conocimiento del público, ya que hay muchas personas con gran destreza en el mundo que no alcanzan el éxito debido a la falta de oportunidades.

El arte urbano, entendido desde una perspectiva amplia y abierta, no la considerada sólo por el arte diseñado y colocado por los poderes públicos en los espacios públicos, plantea numerosos beneficios para la ciudad y sus habitantes. En primer término, el arte generado desde y por los habitantes de los barrios y colonias se revela como una válvula de escape de inquietudes creativas, soterradas y minimizadas largo tiempo por un ambiente poco propicio para éstas.¹⁹ (Checa-Artasu, 2013)

Respecto al formulario 2.1. “Compromiso de cumplimiento de parámetros en etapa contractual: equipo mínimo requerido; personal técnico mínimo requerido y experiencia del personal técnico; metodología” en los procedimientos de obra

En la sección correspondiente a los procedimientos de menor cuantía de obras, se mencionó la hipótesis de que se protegería a los MYPES de sí mismos en virtud de la limitación indicada en artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El tener en mente los obstáculos y riesgos que debe superar y prever respectivamente cada proveedor desde el momento de la presentación de su oferta, es una idea muy empática por parte de quien expide la normativa.

Sin embargo, lo antes mencionado sería una idea en vana si en virtud de las facultades que tiene el SERCOP para reformar su resolución y los modelos de pliegos de uso obligatorio, pone en riesgo nuevamente la participación sobre todo de los MYPES en los procedimientos de contratación de obra.

¹⁹ (Checa-Artasu, 2013)

Mediante Resolución No. RE-SERCOP-2019-0000100, de fecha 04 de julio de 2019 se eliminaron los formularios 2.1. “Compromiso del personal asignado al proyecto” y 2.2. “Hoja de vida del personal técnico clave asignado al proyecto”. En su lugar se expidió el formulario 2.1. “Compromiso de cumplimiento de parámetros en etapa contractual: equipo mínimo requerido; personal técnico mínimo requerido y experiencia del personal técnico; metodología”.

El contenido del formulario descrito se encuentra en el Anexo 1 del presente trabajo de titulación.

El fin de este formulario es la omisión de la evaluación técnica y legal de requisitos mínimos estrictamente necesarios para la correcta ejecución de una obra de ingeniería civil tal como pavimentaciones de vías, recapeo y bacheo de vías, reconstrucciones de vías, construcción de escalinatas, construcción de edificaciones, entre otras.

En primer lugar se encuentra la omisión de la evaluación de la mente maestra de la construcción de la obra a contratar, el personal que se encargará de la ejecución del proyecto a través de la compra de materiales, interpretación de los planos realizados por la entidad contratante, dar cumplimiento al plan de manejo ambiental, cumplir a entera satisfacción con la ejecución de cada uno de los rubros que componen la obra, la seguridad vial y peatonal, dar las directrices a los peones, pintores, topógrafos, entre otros.

Usualmente las entidades toman en consideración para cada proyecto por lo menos a un residente de obra y en procesos más complejos se incluye a un superintendente de obra. No obstante, ya que nos referimos a procedimientos de menor cuantía y cotización de obra, se entenderá que solamente se requiere de un residente de obra.

Tal como se mencionó, el trabajo que debe realizar esta persona no es nada sencillo por lo que sería incoherente no evaluar la experiencia de la persona propuesta por el oferente para ejercer dicho cargo.

Para comprender la gravedad de la situación supondríamos como un caso análogo lo absurdo que sería que una compañía que requiera llenar una vacante con una persona capacitada para cumplir las responsabilidades, simplemente se

limite a contratar a alguien que no ha demostrado tener experiencia alguna pero que se comprometa demostrarla al momento de iniciar con sus actividades ya dentro de la compañía.

En un proceso de selección primero se verifica que el postulante cumpla con el perfil del cargo para que posteriormente sea contratado. Hacerlo en el orden inverso, contratar a una persona para luego analizar si cumple con el perfil, no sería una idea óptima para el beneficio de quien requiere la contratación.

Claramente sería una irresponsabilidad que el dueño de una empresa permita que se realice un proceso de selección de personal similar al que están obligados a llevar las instituciones públicas en los procedimientos de contratación de obras.

¿Qué sucede si la persona no cumple con las expectativas?

La respuesta puede ser obvia para cualquier reclutador, se buscaría un reemplazo que cumpla con el perfil requerido, que acredite los años de experiencia solicitado para el cargo, que tenga las aptitudes para ejercer el cargo.

Claro está que la diferencia entre el sector privado y público es que en el caso del sector privado una compañía puede estipular la cláusula del periodo de prueba para no pagar ninguna indemnización y puede tomarse el tiempo que considere necesario para volver a contratar a otra persona, mientras que el sector público un oferente ya contratado debe tomar en consideración el plazo de ejecución de la obra y la posible suspensión en caso de incumplir con el contrato.

Además, se llevaría un tiempo considerable para volver a publicar el concurso en el Portal Institucional del SERCOP y todo el procedimiento administrativo necesario hasta volver a llegar a la etapa de ejecución contractual.

En segundo lugar y tercer, se encuentra el equipo mínimo necesario para ejecutar una obra como volquetas, retroexcavadoras, excavadoras, grúas, rodillos vibratorios, motoniveladoras; y a la metodología de trabajo.

Al igual que el personal técnico, la presentación de documentación para acreditar la disponibilidad del equipo es indispensable para garantizar que el proveedor adjudicatario pueda cumplir con cabalidad la ejecución total de la obra, ya que sin las volquetas no podría ser posible trasladar todos los materiales, sin la

retroexcavadora sería dificultoso remover la tierra y así mismo, sin el rodillo liso no se podría aplanar la tierra. Los equipos solicitados dependerían de las especificaciones técnicas de cada obra en particular.

La no evaluación de este requisito transmite a los oferentes una falsa sensación de no contar con tal disponibilidad sino hasta cuando sea necesario la presentación de documentación.

El problema es que cuando llegue el momento de acreditar el equipo, esto es en la etapa de ejecución del contrato, no habrá cabida a ninguna clase de imprevisto por no contar con la maquinaria requerida en el pliego del procedimiento de contratación; recordando siempre que el tiempo no se detiene y debe cumplir con absolutamente todas las cláusulas definidas en el contrato, en este caso en particular, el plazo de ejecución de la obra.

Por otro lado, la metodología de trabajo es igual de relevante para demostrarle a la entidad que se cuenta con personal capacitado y todos los protocolos de seguridad con el fin de no dar apertura a cualquier clase de accidente ya sea de un albañil como de un civil.

METODOLOGÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN:

Capítulo 2

La metodología de la presente investigación es cualitativa con un proceso deductivo y de análisis, ya que se enfoca en los fenómenos provenientes de la práctica estricta de la normativa legal vigente. Además, el tipo de investigación es exploratorio y explicativo ya que de los datos y acontecimientos exponen por sí solos notables falencias que deben ser subsanadas de forma urgente; sin antes examinar todos los puntos de discusión. También se aplicó el método empírico estadístico en virtud de la búsqueda de las compañías que más procedimientos de obra han ejecutado concatenando los valores contractuales, las entidades y el número de veces que han contratado con la misma entidad.

La investigación se realizó sobre todo en el Portal Institucional del SERCOP, durante los meses de abril a junio en la ciudad de Daule, en estricto análisis de las situaciones provenientes de las contrataciones que se han realizado en distintas partes de Ecuador y de los documentos expedidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

En lo que respecta a la seguridad jurídica, el SERCOP, quien tiene la atribución de expedir las reglas que deben ser utilizadas en cada uno de los procedimientos de contratación, ha caído en un gran error en estos últimos años correlacionado a este factor. Entiéndase la falta de seguridad jurídica en materia de contratación pública debido a las constantes modificaciones de su madre resolución (RE-SERCOP-2016-0000072, la cual cuenta actualmente con 541 artículos), de acuerdo a lo siguiente:

En el año 2017 el SERCOP emitió las resoluciones:

- RE-SERCOP-2017-076
- RE-SERCOP-2017-077
- RE-SERCOP-2017-078
- RE-SERCOP-2017-079
- RE-SERCOP-2017-080
- RE-SERCOP-2017-081
- RE-SERCOP-2017-082
- RE-SERCOP-2017-083
- RE-SERCOP-2017-084

En el año 2018 el SERCOP emitió las resoluciones:

- RE-SERCOP-2018-085
- RE-SERCOP-2018-086
- RE-SERCOP-2018-087
- RE-SERCOP-2018-088
- RE-SERCOP-2018-089
- RE-SERCOP-2018-090
- RE-SERCOP-2018-091
- RE-SERCOP-2018-092
- RE-SERCOP-2018-093
- RE-SERCOP-2018-094

En el año 2019 el SERCOP emitió las resoluciones:

- RE-SERCOP-2019-095
- RE-SERCOP-2019-096
- RE-SERCOP-2019-097
- RE-SERCOP-2019-098
- RE-SERCOP-2019-099
- RE-SERCOP-2019-0100
- RE-SERCOP-2019-0101
- RE-SERCOP-2019-0102

En el año 2020 el SERCOP emitió las resoluciones:

- RE-SERCOP-2020-0103
- RE-SERCOP-2020-0104
- RE-SERCOP-2020-0105
- RE-SERCOP-2020-0106
- RE-SERCOP-2020-0107
- RE-SERCOP-2020-0108
- RE-SERCOP-2020-0109
- RE-SERCOP-2020-0110

Actualmente las resoluciones No. RE-SERCOP-2018-086 y RE-SERCOP-2018-090 se encuentran derogadas. Posteriormente, al mes de junio

del año 2021 se han expedido 5 resoluciones más, obteniendo un total de 40 reformas desde el año 2017.

Es necesario indicar que uno de los motivos de las constantes reformas en el año 2020 y 2021, es la implementación de la firma electrónica, la cual, a pesar de estar contemplada en los modelos de pliego de uso obligatorio publicados por el SERCOP, fue implementada en virtud de las restricciones y la prohibición de aglomeraciones oriundas de las resoluciones del COE Nacional y Cantonal, para evitar la propagación del virus COVID-19.

La implementación y regulación de la firma electrónica está contemplada en la resolución No. RE-SERCOP-2020-106 de fecha 29 de julio de 2020, sin embargo, ya que el contenido dejaba cabos sueltos, fue modificado por la resolución No. RE-SERCOP-2021-112 de fecha 09 de febrero de 2021 y posteriormente mediante resolución No. RE-SERCOP-2021-114 de fecha 13 de abril de 2021.

No obstante, no hay un motivo tan relevante para la expedición de las resoluciones que no fueron nombradas en el párrafo anterior.

Ni el Código Civil ecuatoriano que cuenta con 2424 artículos ha sufrido tantos cambios como la RE-SERCOP-2016-0000072, por lo que esto demuestra la falta de seguridad jurídica en materia de contratación pública en Ecuador.

Posteriormente, en lo que respecta a la teoría de que los MYPES presentan un estancamiento en su desempeño profesional en los procedimientos de menor cuantía y cotización de obra; y, que los contratos de altos presupuestos son ejecutados por un número de compañías muy reducido; se ha utilizado el portal de compras públicas del SERCOP con el fin de sustentar los hechos que se han plasmado en el presente trabajo de investigación.

Como ejemplos se puede considerar a las siguientes constructoras que han sido adjudicadas y contratistas de licitaciones millonarias:

HIDALGO E HIDALGO S.A.

Tabla 2 HIDALGO E HIDALGO S.A.

No.	Entidad contratante	Código del procedimiento	Valor del contrato
1.	Municipio de Guayaquil	LICO-MIMG-008-2010	USD 18'774.086,02
2.	Municipio de Guayaquil	R-LICO-MIMG-001-2010	USD 19'893.887,00
3.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-18-MTOP-CAF-2011	USD 27'935.612,24
4.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-19-CAF-MTOP-2011	USD 12'102.630,92
5.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-16-MTOP-2011*	USD 123'525.125,29*
6.	Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP	LIO-CELEC-HPA-001-11	USD 35'992.117,05
7.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-12-ZHUD-MTOP-2011	USD 71'431.427,70
8.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-MTOP-M-021-2011	USD 25'979.368,94
9.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-DPC-03-12	USD 26'580.788,52
10.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-LR-04-2012	USD 21'093.186,88
11.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-DPC-MTOP-01-2013	USD 72'167.266,52
12.	EMAPAG EP	LICO-EMAPAG-05-2014	USD 7'521.897,46
13.	EMAPAG EP	LICO-EMAPAG-8-2014	USD 6'560.002,35
14.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-02-GH-MTOP-2014	USD 11'873.273,08
15.	EMAPAG EP	LICOEMAPAG-EP-1-2015	USD 4'832.122,86
16.	EMAPAG EP	LICO EMAPAG EP2 2016	USD 17'736.736,37

17.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LPI-MTOP-MPR-2020-02 -O	USD 16'289.581,39
-----	---	--	-------------------

*De acuerdo al contrato elevado en el portal de compras públicas, la compañía Hidalgo e Hidalgo ejecutó el procedimiento No. LO-16-MTOP-2011 en consorcio con la compañía FOPECA S.A. con un monto contractual superior al presupuesto referencial.

ECUATORIANA DE SERVICIOS INMOBILIARIA Y CONSTRUCCION ESEICO S. A.

Tabla 3 ECUATORIANA DE SERVICIOS INMOBILIARIA Y CONSTRUCCION ESEICO S. A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Municipio de Quevedo	LICO-GADMQ-002-2011	USD 17'986.979,16
2.	Municipio de Francisco de Orellana	LCO-GADMFO-002-2013	USD 27'543.080,75
3.	Municipio de Durán	LICO-GADMD-001-2014	USD 20'171.441,80
4.	EMAPAG EP	LICO-EMAPAG-09-2014	USD 5'177.511,69
5.	EMAPAG EP	LICOEMAPAG-EP-2-2015	USD 11'370.957,78
6.	Empresa Pública del Agua EP	LICO-EPA-001-2015*	USD 5'592.728,28
7.	EMAPAG EP	LICO EMAPAG EP1 2017	USD 10'248.082,83
8.	Municipio de Durán	LICO-GMD-PAP-5-2017	USD 3'949.490,29
9.	EMAPAG EP	LICO-EMAPAG-EP3-2018	USD 3'472.823,73

*La compañía Ecuatoriana de Servicios Inmobiliaria y Construcción ESEICO S. A. ejecutó el procedimiento LICO-EPA-001-2015 en consorcio con la compañía INHISA HIDRAULICA S.A.

COMPAÑÍA VERDU S.A.

Tabla 4 COMPAÑÍA VERDU S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-MTOP-M-019-2012	USD 13'205.388,77
2.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-22-CAF-MTOP-2012	USD 5'425.201,63
3.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-001-MTOP-M-2013	USD 19'661.007,78
4.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-DPG-002-2013	USD 11'993.379,72
5.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-DPG-005-2013	USD 23'624.026,89
6.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-DPG-007-2013	USD 10'111.515,89
7.	Municipio de Guayaquil	LICO-MIMG-016-2015*	USD 71'946.390,37
8.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-L-002-2018	USD 4'624.803,43
9.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LPI-MTOP-MPR-2019-02- Q	USD 29'391.787,46

*La Compañía Verdu S.A. ejecutó el procedimiento LICO-MIMG-016-2015 en consorcio con la compañía española EUFORINSA.

RIPCONCIV CONSTRUCCIONES CIVILES CIA. LTDA.

Tabla 5 RIPCONCIV CONSTRUCCIONES CIVILES CIA. LTDA.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos	LICO-EFE-020-2010	USD 4'967.836,00

2.	Gobierno Provincial de Pichincha	LICO-001-DGCP-13	USD 24'764.616,70
3.	Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda	LICO-MIDUVI-001-2014	USD 10'172.959,35
4.	Fundación Terminal Terrestre de Guayaquil	LICO-FTTG-005-2014	USD 7'328.022,30
5.	Municipio de Daule	LICO-GADIMCD-04-2017	USD 7'454.433,36
6.	Municipio de Guayaquil	LICO-MIMG-003-2018	USD 59'198.514,19
7.	Municipio de Rumiñahui	LICO-GADMUR-2018-001	USD 3'998.519,01
8.	EMAPAG EP	LICO-EMAPAG-EP1-2019	USD 5'763.701,57

*La compañía Ripconci Construcciones Civiles Cia. Ltda. ejecutó el procedimiento LICO-MIMG-003-2018 en consorcio con la compañía portuguesa TEIXEIRA DUARTE-ENGENHARIA E CONSTRUÇOES S.A.

MERCADONA S.A.

Tabla 6MERCADONA S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-BEDE-002-13	USD 4'244.890,97
2.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-BEDE-003-14	USD 8'617.384,49
3.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-BEDE004-15*	USD 6'871.174,75
4.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-DEP-001-16*	USD 9'172.124,32
5.	Gobierno Provincial de El Oro	LICO-GADPEO-Q-1-2016*	USD 8'090.508,69

6.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-DEP-005-17	USD 5'604.665,89
7.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-DEP-003-19	USD 9'334.701,97

*De acuerdo al portal de compras públicas, la compañía Mercadona S.A. ejecutó el procedimiento LICO-GPG-BEDE004-15 en consorcio con la compañía CUBEDESING S.A.

*De acuerdo al portal de compras públicas, la compañía Mercadona S.A. ejecutó el procedimiento LICO-GPG-DEP-001-16 en consorcio con la compañía METALPROCESS S.A.

*El Portal Institucional del SERCOP indica que el adjudicatario del procedimiento LICO-GADPEO-Q-1-2016 fue la compañía Mercadona S.A., sin embargo, en los documentos elevados se observa que el adjudicatario fue el Consorcio Marcabellí. No se puede determinar el o los consorciados.

ALVARADO ORTIZ CONTRUCTORES CIA. TDA.

Tabla 7ALVARADO ORTIZ CONTRUCTORES CIA. TDA.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Cuerpo de Ingenieros de Ejército	LICO-CEE-005-2012	USD 7'428.471,83
2.	Cuerpo de Ingenieros de Ejército	LICO-CEE-002-2013	USD 10'292.085,54
3.	Municipio de Ambato	LICO-GADMA-07-2015	USD 10'488.022,45
4.	Municipio de Guayaquil	LICO-MIMG-030-2015 *	USD 5'233.177,89
5.	Municipio de Ambato	LICO-GADMA-03-2016	USD 26'141.890,07
6.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-MS-001-2018	USD 3'992.189,26

*La constructora Alvarado Ortiz Constructores Cia. Ltda. ejecutó el procedimiento LICO-MIMG-030-2015 en consorcio con la compañía Obraciv Cia. Ltda.

*La constructora Alvarado Ortiz Constructores Cia. Ltda. ejecutó el procedimiento LICO-GADMA-03-2016 en consorcio con la compañía Aqualia Intech S. A.

BUENO Y CASTRO INGENIEROS ASOCIADOS CIA.LTDA.

Tabla 8BUENO Y CASTRO INGENIEROS ASOCIADOS CIA.LTDA.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-45-MTOP-M-CAF-11	USD 9'980.510,02
2.	Servicio de Contratación de Obras	LICO-ICO-001-2012	USD 5'340.336,26
3.	Servicio de Contratación de Obras	LICO-ICO-024-2012	USD 14'269.825,90
4.	Servicio de Contratación de Obras	LICO-ICO-134-2012*	USD 22'973.736,40
5.	Servicio de Contratación de Obras	LICO-ICO-012-2013	USD 11'682.577,62
6.	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS	LICO-IESS-04-2016*	USD 3'921.450,60

*La constructora Bueno y Castro Ingenieros Asociados Cia. Ltda. ejecutó el procedimiento LICO-ICO-134-2012 en consorcio con la compañía Castro & Castro Constructora Cia. Ltda.

*El Portal Institucional del SERCOP indica que el adjudicatario del procedimiento LICO-IESS-04-2016 fue la compañía Bueno y Castro Ingenieros Asociados Cia. Ltda., sin embargo, en los documentos elevados se observa que el adjudicatario fue el Consorcio del Austro. No se puede determinar el o los consorciados.

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

Tabla 9 CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas de Quito EMMOP-Q	LICO-EPMMOP-CAF-001-	USD 47'919.265,47
2.	Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP Compañía de Economía Mixta	LICO-RDP-001-2012	USD 229'995.259,68
3.	Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas de Quito EMMOP-Q	LICO-EPMMOP-CAF-2-12	USD 36'173.277,92
4.	Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP Compañía de Economía Mixta	LICO-RDP-001-2013*	USD 259'914.484,26
5.	Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR	LO-EPP-TCTR-S-01-13*	USD 369'976.791,32

*El presupuesto referencial del procedimiento LICO-RDP-001-2013 fue de USD 168'877.126,03 mientras que el monto contratado fue de USD 259'914.484,26, obteniendo un total del 53.91% superior al valor referencial.

*El presupuesto referencial del procedimiento LO-EPP-TCTR-S-01-13 fue de USD 272'286.037,00 mientras que el monto contratado fue de USD 369'976.791,32, obteniendo un total del 35.88% superior al valor referencial.

FOPECA CIA. LTDA.

Tabla 10 FOPECA CIA. LTDA.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-16-MTOP-2011*	USD 123'525.125,29*
2.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LPI-MTOPMS-01-2012	USD 24'432.715,81
3.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-DPC-02-12	USD 16'411.689,45
4.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LICO-DPG-004-2012	USD 12'651.681,24
5.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LIC-001-DPCH-MTOP-12	USD 23'052.812,20

*De acuerdo al contrato elevado en el portal de compras públicas, la compañía Fopeca S.A. ejecutó el procedimiento No. LO-16-MTOP-2011 en consorcio con la compañía HIDALGO E HIDALGO S.A. con un monto contractual superior al presupuesto referencial.

CONSTRUCTORA CIUDADRODRIGO S.A.

Tabla 11 CONSTRUCTORA CIUDADRODRIGO S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Empresa Pública de Construcción Manabí Construye	LICO-EPMC-002-2014	USD 4'999.680,66

2.	Municipio de Portoviejo	LICO-MPORTO-2015-004	USD 7'495.340,71
3.	Gobierno Provincial de Los Ríos	001-LICO-GPLR-2020	USD 4'003.052,73
4.	Municipio de Santa Elena	LICO-IMSE-006-2020 .*	USD 18'406.055,98

*La compañía Constructora Ciudadrodrigo S.A. ejecutó el procedimiento LICO-IMSE-006-2020 en consorcio con las compañías Construcciones Trustbuilding S.A., Constructora del Golfo Sociedad Civil y Comercial S.C.C. y con el proveedor Jefferson Alexander Rodríguez Delgado.

PROGECON S.A.

Tabla 12 PROGECON S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Municipio de Guayaquil	R-LICO-MIMG-004-2011	USD 13'710.574,99
2.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LIO-1-MTOP-DPLR-2011	USD 7'841.275,50
3.	Ministerio de Transporte y Obras Públicas	LO-MTOP-DPC-04-12	USD 11'195.762,07
4.	Municipio de Guayaquil	LICO-MIMG-009-2016	USD 5'071.531,38

CONSTRUCTORA OVIEDO PALACIOS COVIPAL CIA. LTDA.

Tabla 13 CONSTRUCTORA OVIEDO PALACIOS COVIPAL CIA. LTDA.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Ecuador Estratégico EP	LICO-EEEP-008-2012	USD 7'694.698,94
2.	Municipio de Riobamba	LCO-GADMR-002-2016	USD 9'340.775,16
3.	Municipio de Pastaza	LICO-GADMCP-2017-04 *	USD 8'454.790,09

*El Portal Institucional del SERCOP indica que el adjudicatario del procedimiento LICO-GADMCP-2017-04 fue la compañía Constructora Oviedo Palacios Covipal Cia. Ltda., sin embargo, en los documentos elevados se observa que el adjudicatario fue el Consorcio Covipal y Asociados. No se puede determinar el o los consorciados.

EUFRATESINVEST S.A.

Tabla 14EUFRATESINVEST S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Gobierno Provincial de Santo Domingo de Los Tsachilas	LICO-GADPSDT-01-2016	USD 6'350.918,08
2.	Municipio de Quinindé	LICO-GADMCP-01AT2017	USD 5'088.169,09
3.	Gobierno Provincial de Santo Domingo de Los Tsachilas	LICO-GADPSDT-04-2018*	USD 26'387.453,81

*Del acta de apertura elevada al Portal Institucional del SERCOP, se observa que la compañía Eufratesinvest S.A. ejecutó el procedimiento LICO-GADPSDT-04-2018 en consorcio con la compañía SINOHYDRO CORPORATION LIMITED.

ORMAZABAL VALDERRAMA CONSTRUCCIONES S.A.

Tabla 15ORMAZABAL VALDERRAMA CONSTRUCCIONES S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Gobierno Provincial de Santa Elena	LICO-GADPSE-002-2014	USD 8'000.000,00
2.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-BEDE-001-16	USD 4'984.427,00

3.	Municipio de Durán	LICO-GMD-DGOP-12-17	USD 9'008.176,22
----	--------------------	-------------------------------------	------------------

RINOMAQ CONSTRUCCIONES S.A.

Tabla 16 RINOMAQ CONSTRUCCIONES S.A.

No.	Entidad contratante	Código del Procedimiento	Monto del contrato
1.	Gobierno Provincial de Azuay	LICO-GPA-001-2016	USD 6'822.991,59
2.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-DEP-003-18	USD 4'658.475,61
3.	Gobierno Provincial del Guayas	LICO-GPG-DEP-007-19*	USD 5'803.762,07

*De acuerdo al portal de compras públicas, la compañía Rinomaq Construcciones S.A. ejecutó el procedimiento No. LICO-GPG-DEP-007-19 en consorcio con el proveedor SINCHI TORAL JAIME XAVIER.

Los datos recolectados fueron tomados de las resoluciones de adjudicación y los contratos elevados al Portal Institucional del SERCOP. La búsqueda se realizó a partir del año 2010, en su mayoría a procedimientos de licitación cuyos presupuestos referenciales superen los cinco millones de dólares americanos. Los números de contratos de cada compañía y el número de compañías que entren a este grupo de proveedores con grandes contratos adjudicados son referenciales. No obstante, los datos obtenidos desprenden las siguientes situaciones:

- ✓ Existen compañías con la capacidad técnica y legal para ejecutar simultáneamente varias licitaciones de presupuestos millonarios.
- ✓ Hay compañías que han celebrado una cantidad considerable de contratos con la misma entidad contratante, tales como Hidalgo e Hidalgo S.A., Fopecacía Ltda. y Compañía Verdú S.A. con el MTOP; y, la compañía Mercadona S.A. con el Gobierno Provincial del

Guayas. Sin embargo, de este mismo factor se desprenden 2 situaciones distintas:

1. La compañía Hidalgo e Hidalgo S.A. celebró 5 contratos con el MTOP correspondientes al ejercicio del año 2011. Así mismo, las compañías Fopeca Cía. Ltda. y Compañía Verdú S.A celebraron 4 contratos cada una, con el MTOP correspondiente al ejercicio del año 2012.
 2. La compañía Mercadona S.A. ha celebrado 6 contratos con la Prefectura del Guayas, sin embargo, todos los contratos corresponden un período anual distinto, del 2013 al 2017 y 2019.
- ✓ Únicamente la compañía Ripconciv Construcciones Civiles Cia. Ltda. ha celebrado contratos cuyos presupuestos referenciales son superiores a los USD 4'000.000,00, con 8 entidades distintas.
 - ✓ A partir del año 2014, un total de 3 compañías han ingresado al grupo de las compañías que celebran contratos cuyos presupuestos referenciales son superiores a USD 4'000.000,00.
 - ✓ Únicamente la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A. ha celebrado contratos superiores a los cien millones de dólares sin la necesidad de consorciarse.

Posteriormente, verificado el Portal Institucional del SERCOP, se observa que un total de 26.150 proveedores están registrados en el CPC 53211 (CARRETERAS). Demostrando que un número muy reducido de proveedores pueden ejecutar procedimientos con presupuestos elevados.

»Búsqueda de Proveedores

Búsqueda de Proveedores			
RUC:	<input type="text"/>		
Razón Social:	<input type="text"/>	Naturaliza:	Todas
CPC - Código Categoría (Nivel 5):	53211	CPC - Palabra Clave a buscar:	<input type="text"/>
Provincia:	Elija una provincia	Cantón:	No hay datos
		<input type="button" value="Buscar"/> <input type="button" value="Limpiar"/>	
Proveedores a buscar..			

Ilustración 3 CPC Calles

986	"1705946125001"	ANDRADE BADILLO FAUSTO ROBERTO	ROBERTO ANDRADE	53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	MANABI	PORTOVIEJO
987	"1717933566001"	ANDRADE CAHUENAS BRYAM STEVAN		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	PICHINCHA	QUITO
988	"0905653234001"	ANDRADE CALDERON PEDRO MARTIN		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	GUAYAS	GUAYAQUIL
989	"0104401765001"	Andrade Carchi Paola Valeria	ANDRADE PAOLA	53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	AZUAY	CUENCA
990	"1701182204001"	Andrade Carrillo Victor Ramiro	VRAC	53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	PICHINCHA	QUITO
991	"1310464803001"	ANDRADE CASTRO ANGEL ALEJANDRO		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	MANABI	PORTOVIEJO
992	"1312905092001"	ANDRADE CEDEÑO JAHAIRA LILIBETH		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	MANABI	CHONE
993	"0930788963001"	ANDRADE CHAVEZ NELSON SAMUEL		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	GUAYAS	GUAYAQUIL
994	"1002080974001"	ANDRADE CHAVEZ VICTOR APARICIO	VICTOR OBRAS CIVILES	53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	PICHINCHA	QUITO
995	"1001334240001"	ANDRADE CHICAIZA JUAN OMAR		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	IMBABURA	COTACACHI
996	"1701763060001"	ANDRADE CIFUENTES LUIS EDUARDO MODESTO		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	MANABI	EL CARMEN
997	"1716398969001"	ANDRADE COELLO PABLO DAVID		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	PICHINCHA	QUITO
998	"1002883823001"	ANDRADE CONDE JUAN CARLOS		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	IMBABURA	OTAVALO
999	"0802948943001"	ANDRADE CONTRERAS DARIO ESTEBAN		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	ESMERALDAS	ESMERALDAS
1000	"1703146264001"	ANDRADE CORAL CARLOS HERIBERTO		53211	CARRETERAS (EXCEPTO CAR	PICHINCHA	QUITO

Proveedores del 1 al 1000 de 26150

Ilustración 4 Número de Proveedores registrados en el CPC - Calles

En cuanto a las consultorías, los procedimientos de emergencia y la contratación de obras es preciso mencionar que existe una gran discrecionalidad al momento de seleccionar a los proveedores. Esto ha provocado que solo un grupo determinado de proveedores tengan participaciones en contrataciones con el Estado, en esta clase de procedimientos en particular. Además, es necesario tener en consideración que los procedimientos de emergencia que se publicaron antes de la pandemia, no cuentan con un verdadero sistema de transparencia ya que la documentación que deriva del contrato, no se publica en el Portal Institucional del SERCOP.

En el caso de la contratación de obras artísticas, el Estado podría llegar a contratar un número significativo de personas con gran talento para que realicen sus obras de arte (objetos de la contratación) y ubicarlas en distintas partes del país o en su defecto, en un lugar en específico.

Sin embargo, nuevamente el problema radica en la potestad que tienen las entidades contratantes para seleccionar a los proveedores que presentarían sus ofertas, dando una posible apertura a que constantemente se contrate con el mismo proveedor, tal como lo hizo la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas EPMMOP de la ciudad de Quito, quien seleccionó y adjudicó a la compañía Javier Diez Comunicación Visual Cia. Ltda. en los procedimientos signados con código [RE-EPMMOP-016-2015](#) y [RE-EPMMOP-017-2015](#) con presupuestos de USD 31,500.00 y USD 70,000.00 respectivamente.

Para muchos proveedores les resulta extremadamente complicado lograr ser adjudicados en procedimientos de contratación, lo cual no es el caso de la compañía antes mencionada ya que se benefició de dos contratos con la misma entidad contratante, sin dar lugar a que se presente alguna otra oferta para que compita con la suya.

Adicionalmente cabe indicar que las convocatorias de los procedimientos mencionados en el párrafo anterior se llevaron en fechas muy cercanas, esto es el 18 de junio de 2015 en el caso del procedimiento RE-EPMMOP-017-2015 y 24 de junio de 2015 para el procedimiento RE-EPMMOP-016-2015, tal como se puede observar en el portal de compras públicas.

El Estado tiene la capacidad y los recursos necesarios para buscar y encontrar nuevos talentos que llevaría a la expansión de oportunidades en el sector artístico evitando la constante contratación de personas naturales o compañías con largas trayectorias, las cuales han logrado obtener un lugar dentro de los proveedores de ámbito artístico conocidos a nivel nacional, tales como la compañía Comunicación y Marketing Linecomark Cia. Ltda., la cual ha sido contratista de los siguientes procedimientos de contratación:

- 1) [RE-OA-GSXXI-010-2013](#) cuyo objeto es “ELABORACIÓN DE LOS DISEÑOS, ESTUDIOS Y EJECUCIÓN DEL MONUMENTO A GUAYAS Y

KIL EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL”, publicado por la Fundación Municipal Guayaquil Siglo XXI, con un presupuesto referencial de USD 2’450,000.00.

- 2) [RE-UEP-03-2015](#) cuyo objeto es “EJECUCIÓN DE LA OBRA ARTÍSTICA ESCULTÓRICA DENOMINADA CRUZ DEL PAPA FRANCISCO EN EL QUINCHE”, publicada por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas EPMMOP de la ciudad de Quito, con un presupuesto referencial de USD 90,000.00.
- 3) [RE-OA-GSXXI-16-2015](#) cuyo objeto es “PROYECTO DE REGENERACIÓN URBANA MONUMENTO AL PAPA JUAN PABLO II”, publicado por la Fundación Municipal Guayaquil Siglo XXI, con un presupuesto referencial de USD 180,000.00.
- 4) [RE-OA-GSXXI-006-2017](#) cuyo objeto es “ELABORACIÓN DE DOS (2) MONUMENTOS A LOS PERSONAJES HISTÓRICOS DR. CLEMENTE HUERTA Y DR. ABEL ROMEO CASTILLO EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL”, publicado por la Fundación Municipal Guayaquil Siglo XXI, con un presupuesto referencial de USD 194,000.00.

Se deja constancia que, en virtud de dos publicaciones realizadas por el medio de comunicación Diario el Universo, se llega a la conclusión de que el escultor Edgar Cevallos, quien realizó los monumentos de Guayas y Quil,²⁰ (El Universo, 2016) para la compañía Comunicación y Marketing Linecomark Cia. Ltda., también fue quien realizó la escultura denominada “Hospitalidad Guayaquileña” ubicada en la Avenida de las Américas de la ciudad de Guayaquil, con un valor de USD 720,000.00,²¹ (El Universo, 2017) por lo que de dicho vínculo se especula que el contrato pudo haber sido adjudicado a la misma compañía o en su defecto a una compañía vinculante al señor Edgar Cevallos.

Dicho procedimiento de contratación no fue encontrado en el portal de compras públicas.

Tal como se mencionó anteriormente, es necesario tener la mente abierta al momento de realizar este tipo de contrataciones ya que existen artistas con gran

²⁰ (El Universo, 2016)

²¹ (El Universo, 2017)

potencial que viven en la pobreza; y, partiendo de la famosa frase “*el arte es subjetiva*”, sería éticamente incorrecto aislar el arte de alguna de las personas mencionadas.

Cabe indicar que éstas personas dedicadas al arte urbano, en su mayoría no tienen la más mínima idea de lo que son las contrataciones públicas, por lo que, su hipotética contratación con el Estado no solo aportaría a que explote sus derechos patrimoniales nacidos de sus obras, sino que obtendríamos un nuevo proveedor considerado como parte de los MYPES.

En cuanto al desconocimiento de las obligaciones, responsabilidades y deberes, es importante reconocer que no existe normativa alguna que obligue tanto a proveedores como a funcionarios a conocer sobre el desarrollo de un procedimiento de contratación en todas sus etapas. Al respecto, es importante analizar lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución no. 338-2015, correspondiente al Recurso de Casación No. 290-2013 para lo cual se casó una sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca en virtud de una controversia originada de un procedimiento de contratación de obra.

La sentencia guarda relación con el procedimiento que debe realizarse para que un contratista sea declarado como incumplido en el RUP.

En primera instancia la accionante impugnó la inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos que realizó el Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy en día denominado SERCOP) ya que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas declaró la terminación unilateral del contrato toda vez que, durante la ejecución de la obra se evidenció públicamente que el hermano del entonces Presidente de la República del Ecuador estaba vinculado con una de las compañías consorciadas, incurriendo con una de las inhabilidades especiales determinadas en el artículo 63 de la LOSNCP. Además, se solicitó los daños y perjuicios correspondientes.

Dicha demanda fue aceptada, sin embargo, durante la presentación de la casación se evidenció que hubo un error de interpretación por parte del Tribunal

Distrital de lo Contencioso Administrativo, en virtud de que en la parte pertinente de la sentencia indica: “(...) *Sentado este precedente se debe señalar que la autoridad administrativa, al incluir, en el Registro de Incumplidos al accionante, no reparó en que la autoridad sólo tiene las competencias atribuidas en la Constitución y la Ley (...)*”. Cuando en realidad, el SERCOP si cuenta con dicha competencia.

Éste tribunal no consideró lo indicado en el artículo 98 de la LOSNCP, correspondiente a la obligatoriedad que tienen las entidades contratantes de remitir al SERCOP una nómina de los contratistas o proveedores que incumplieren con sus obligaciones contractuales o que se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados con el fin de que sean suspendidos en el RUP y cuya sanción es no poder ser adjudicatarios de contratos con entidades públicas en general.

Tampoco se consideró lo indicado en el artículo 99 *ibídem* respecto a las responsabilidades que tienen los miembros que integran un consorcio, correspondiente precisamente a una responsabilidad solidaria e indivisible, por lo que las sanciones derivadas del incumplimiento contractual por un consorcio, recaen sobre absolutamente todos sus integrantes y, en consecuencia, cada integrante sería sancionado de acuerdo a lo manifestado en el párrafo anterior.

Sin embargo, es importante determinar que la verificación de las ofertas debe realizarse en la etapa precontractual, por lo que la entidad debió percatarse de dicho hecho y en consecuencia descalificar al consorcio oferente. Así mismo, la demanda presentada tendría un enfoque equivocado, ya que en lugar de cuestionar las facultades que tiene el SERCOP como ente regulador, debió cuestionar el informe de verificación de las ofertas expedido por parte de la entidad contratante, en este caso el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en relación a la omisión de un detalle que debió ser revisado por el funcionario encargado.

Viendo los antecedentes de la sentencia en mención, se observa que la acción ante lo contencioso administrativo se presentó en el mes de febrero del año 2010 y la sentencia emitida por la Sala Especializada se expidió en junio del año 2015, por lo que es posible llegar a la conclusión de que durante un lapso de

tiempo de 5 años y medio los integrantes del consorcio no pudieron realizar contratos con el Estado.

Es peligroso poner en juego el futuro de los proveedores por la promulgación de normativa que confunda la garantía del derecho de participación e igualdad, con una permisividad tan abierta que conlleve a que los proveedores caigan en posibles errores u omisiones que los perjudique a corto o largo plazo.

Finalmente, en cuanto al formulario 2.1. “Compromiso de cumplimiento de parámetros en etapa contractual: equipo mínimo requerido; personal técnico mínimo requerido y experiencia del personal técnico; metodología” en los procedimientos de obra, es importante reconocer todas las responsabilidades que tienen los contratistas del Estado, sobre todo los contratistas de obras públicas quienes ejecutan proyectos de gran relevancia para un sin número de actividades como el transporte o la comercialización, sería contraproducente postergar la evaluación en la etapa contractual y otorgarle la responsabilidad al administrador del contrato de verificar el cumplimiento establecido en el pliego en lo que respecta a la persona que estará a cargo de la construcción de la obra, la maquinaria a utilizarse y la metodología de trabajo para ejecutar la obra ya que si el contratista no cumple con estos parámetros, la entidad contratante debe remitir los documentos de soporte para que el SERCOP lo declare contratista incumplido; y consecuentemente no podría celebrar un contrato con el Estado por un tiempo de 5 años.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:

Capítulo 3

El primer resultado obtenido de la investigación es la necesidad de implementar una medida para capacitar a todos aquellos que deseen ejercer las compras públicas en general, ya que es evidente el desconocimiento profundo para todos aquellos participantes dentro un procedimiento de contratación, ya sea por parte de los proveedores del Estado como de los funcionarios públicos que integran cada una de las instituciones del Estado obligadas a acatar la LOSNCP. Esto en virtud de los numerosos cuerpos legales que deben ser considerados para obtener un proceso de contratación que no incurra en ninguna ilegalidad.

Si bien es cierto, los artículos 16 y 17 de la LOSNCP determina que entre las atribuciones del SERCOP se encuentra brindar el servicio de capacitación de acuerdo a lo siguiente: “16. **Capacitar** y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, **a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes**, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública; 17. Asesorar a las entidades contratantes y **capacitar a los proveedores** del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema”, sin embargo, la falta de obligatoriedad de capacitarse es el factor que debe ser tratado para evitar que tanto los proveedores como los funcionarios incurran en irregularidades por la falta de conocimiento suficiente de la materia y del uso de las herramientas tecnológicas.

Tomando en consideración los objetivos específicos de la presente investigación y como segundo resultado, se encuentra la posibilidad de que los funcionarios encargados del SERCOP no cuenten con la suficiente capacidad para hacerse cargo de un organismo de regulación tan importante, toda vez que no logran obtener una estabilidad jurídica en su único cuerpo normativo que es la resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, la cual es clave para las compañías que integran el sector privado y que están interesadas en participar en contrataciones con el Estado, y para el sector público, cuyos funcionarios deben tener claras las normas que deben ser aplicadas, sin dar paso a ninguna clase de arbitrariedad o errores de buena fe.

Es evidente que las Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no contiene aspectos que son determinados por el SERCOP, sin embargo, esta facultad que tiene dicho Sistema Nacional ha sido utilizada de forma imprecisa ya que como se demostró, no hay una garantía de que la norma prevalezca por mucho tiempo, lo cual puede ser evidenciado con la lista de las resoluciones expedidas en los últimos años.

Finalmente, como último resultado, en lo que respecta a los tipos de procedimientos de contratación, se ha analizado lo aplicable a las contrataciones de menor cuantía y cotización de obras, las consultorías en general, los procedimientos de contratación por emergencia, y la contratación de obras artísticas que se tramitan a través de contrataciones de régimen especial.

De esta clase de contrataciones se observa en los procedimientos de menor cuantía de obra la notable limitación que consta en el Art. 51 de la LOSNCP que indica: *“Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, **no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de obras alguno** hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras”*. Situación que no se observa ni en cotizaciones ni licitaciones de obras. Además, también se cuenta con el formulario de compromiso de cumplimiento de los parámetros en la etapa contractual, lo cual es una inexplicable su aplicación ya que esto no garantiza la participación y selección de los MYPES, sino que pone en riesgo su participación en contrataciones futuras.

En los procedimientos restantes no existe normativa específica que garantice la participación de los MYPES ya que la ley faculta a las entidades públicas para que inviten de forma directa a los proveedores que crean que puedan realizar el trabajo a contratar.

Es claro que, en el caso de las contrataciones de obras artísticas, un procedimiento de contratación por régimen especial, las entidades podrían contar con un número considerable de proveedores que cuentan con destrezas desarrolladas en el ámbito artístico. Sin embargo, ya que el arte es tan cuestionado debido a los puntos de vistas particulares de cada persona y en virtud de la poca preparación en compras públicas a este grupo de personas, no es posible tener una larga lista de artistas a los cuales las entidades puedan recurrir, sin embargo, tampoco es ético contratar directamente a un artista en reiteradas ocasiones cuando la realidad es que existen proveedores con la misma capacidad de ejecutar el contrato.

Estas situaciones evidencian la carencia de líneas paralelas entre el contenido de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, ya que el primer cuerpo normativo restringe la participación de los MYPES en los procedimientos de contratación que están a su alcance, mientras que el segundo cuerpo normativo impulsa el desarrollo de los MYPES, tal como lo indica el literal b del Art. 4, que manifiesta entre los fines del código: *“Democratizar el acceso a los factores de producción, con especial énfasis en las micro, pequeñas y medianas empresas, así como de los actores de la economía popular y solidaria”*.

No obstante, así como hay aspectos negativos, también existen aspectos positivos ya que a pesar de que el Art. 55 COPSI determine el fomento de las micro, pequeña y mediana empresa en las compras públicas de acuerdo a lo siguiente: *“Las instituciones públicas estarán obligadas a aplicar el principio de inclusión en sus adquisiciones. Para fomentar a las MIPYMES, el Instituto Nacional de Compras Públicas deberá incentivar y monitorear que todas las entidades contratantes cumplan lo siguiente: a. Establezcan criterios de inclusión para MIPYMES, en los procedimientos y proporciones establecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública; b. Otorguen todas las facilidades a las MIPYMES para que cuenten con una adecuada información sobre los procesos en los cuales pueden participar, de manera oportuna; c. Procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del Estado; y, d. Definan dentro del*

plan anual de contrataciones de las entidades del sector público, los bienes, servicios y obras que puedan ser suministrados y ejecutados por las MIPYMES”, la LOSNCP elimina al último grupo para darle prioridad a los dos primeros. Situación que no sucede en la aplicabilidad de las compras públicas en Colombia, toda vez que también incluyen a las medianas empresas como grupo preferente.

Por lo tanto, se han planteado ideas que evidencian errores y omisiones en la normativa, ya que se inobserva el derecho de participación de los MYPES y se malinterpreta la normativa que han puesto en marcha. Por lo tanto, la necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es de carácter urgente, en concordancia con el objetivo general de la presente investigación.

Un ejemplo claro es la posibilidad de que, en el hipotético caso de que alguna de las compañías mencionadas se dedicará a participar en procedimientos de cotización de obras, las posibilidades de que alcancen puntajes altos y se obtengan un sin número de contratos es alta, ya que se ha demostrado que poseen la capacidad técnica para ejecutar varios contratos simultáneamente.

Los mismo sucede con las contrataciones por emergencia, por lo que, es necesario analizar el tipo de emergencia que se debe superar y de acuerdo a los hallazgos, elegir al tipo de proveedores con los cuales las entidades públicas pueden contratar y obtener un bien o servicio acorde a las necesidades.

El numeral 31 del Art. 6 de la LOSNCP determina que: *“Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”*.

Lo ocurrido durante la pandemia del virus COVID-19 deja la interrogante de cuál fue el factor que conllevó a realizar las compras por emergencia. La primera opción es el virus como tal y la segunda es el Estado de Excepción junto a todo su contenido restrictivo de movilidad.

Es posible encajar a cualquiera de las dos opciones como “*otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito*”, ya que, sin duda alguna, muchas instituciones públicas se vieron en la obligación de realizar compras por emergencia para detener la propagación del virus, mantener a salvo a las personas contagiadas y proveer suministros a quienes sufrieron un impacto recesivo económico por la falta de trabajo.

El ejemplo más claro fue la compra de mascarillas, las cuales hicieron mucha falta en los meses más cruciales del confinamiento por la prohibición de movilizarse y la escasa demanda que había en toda clase de venta de bienes o servicios en general. Sin embargo, retomando a la producción de los MYPES, gracias al espíritu emprendedor de muchos pequeños comerciantes, se encontró la forma de manufacturar este producto a un bajo precio y así mismo, venderlo a un precio razonable (es preciso mencionar que no todos actuaron de la misma forma). De hecho, las grandes farmacias y compañías fueron las que no contaban con el stock para proveer, pero era común ver a un pequeño empresario con el abastecimiento necesario.

PROPUESTA:
Capítulo 4

Ya que existen conceptos e hipótesis de posibles irregularidades al momento de realizar determinados procedimientos de contratación que no favorecen realmente a los MYPES y en virtud del cuestionado desempeño del SERCOP como órgano rector en cuanto a la inseguridad jurídica, se propone reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de acuerdo a los siguientes puntos:

1. Con el fin de regular las contrataciones de obras artísticas, se propone modificar el numeral 5 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por el siguiente texto:

“5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica. En el caso de las obras artísticas, las entidades requerirán de la aprobación del organismo regulador de derechos intelectuales, el cual difundirá la intención de la contratación. Posteriormente, se escogerá aleatoriamente a 3 proveedores interesados. De no haber el número requerido, se procederá con los proveedores que manifestaron su interés en participar”.

2. Respecto a la falta de conocimiento por parte de los proveedores del Estado, se propone modificar el numeral 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por el siguiente texto:

“17. Asesorar a las entidades contratantes e implementar cursos de autocapacitación en favor de los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema. Todo proveedor del Estado deberá estar capacitado conforme este numeral.”

3. Las consultorías deben ser reformadas en su totalidad para obtener discrecionalidad al momento de seleccionar al consultor que ejecutará el

contrato, por lo tanto, se propone reformar el numeral 1, 2 y 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por el siguiente texto:

“1. Contratación directa: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000001 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley;

2. Contratación mediante lista corta: Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico. Se invitarán a 6 proveedores registrados en el CPC correspondiente a la consultoría, de los cuales la entidad tendrá la facultad para seleccionar a 4 proveedores, mientras que los 2 proveedores restantes serán seleccionados aleatoriamente por la herramienta informática; y,

3. Contratación mediante concurso público: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”

Con esta reforma, las entidades podrán contratar de forma directa aquellas consultorías cuyos presupuestos referenciales alcancen los USD 32.080,36, esto es, la mitad del monto máximo vigente al año 2021.

En lo que respecta a los procedimientos de lista corta, se eliminaría una posible colusión, toda vez que la entidad ya no tendrá a su disposición la facultad de elegir a todos los proveedores invitados a que presenten su oferta. Además, el rango sería reducido a USD 224.562,54, ya que, a partir de este monto en

adelante, la consultoría deberá ser realizada para la figura del concurso público, para lo cual participarían todos los proveedores registrados en el CPC correspondiente al proyecto.

4. Con el fin de garantizar que los MYPES puedan aumentar sus posibilidades de participar y lograr ser adjudicatarios en procedimientos de mayor costo, se propone reformar el 2do inciso del artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por el siguiente texto:

“En los casos previstos en los numerales 1 y 3 se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores.

En el caso previsto en el numeral 2, se invitará a presentar ofertas únicamente a los MYPES en los procedimientos de cotización de obra cuyos presupuestos referenciales oscilen entre 0,000007 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. En los procedimientos cuyos presupuestos oscilen entre 0,000015 y 0,00003 se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores.”

Al realizar esta modificación, únicamente los MYPES participarían en los procedimientos de cotización cuyos presupuestos referenciales no superen los USD 481.205,45; lo cual elimina la posibilidad de que una compañía mediana o grande participen en los procedimientos que cumplan con el umbral mencionado.

No sería la primera vez que un país Latinoamericano limite la participación ya que en Colombia también existen convocatorias limitadas a los MIPYMES (Micro, pequeño y mediano empresario), siempre que la licitación pública, selección abreviada y concurso de mérito cumpla con determinados requisitos que exija la ley.²² (Pachón, 2014)

²² (Pachón, 2014)

Además, en virtud del principio de igualdad y para que las compañías en vía de desarrollo puedan tener más posibilidades de obtener licitaciones más elevadas, se plantea añadir el siguiente texto a continuación del Art. 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

“Los proveedores no podrán ser adjudicatarios de más de dos contratos de licitación de obra con la misma entidad pública que se ejecuten simultáneamente. Tampoco podrán ser adjudicatario aquellos proveedores que mantuvieran vigentes contratos de licitación de obra, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren los USD 30’000.000,00.”

5. Las contrataciones por emergencia han sido objeto de fiscalización tal como se lo mencionó, sin embargo, esto no amerita complicar la contratación como tal ya que el acontecimiento es imprevisto, y por lo tanto la ejecución del contrato debe iniciar lo antes posible, por lo tanto, para garantizar que los MYPES tengan acceso a estas contrataciones, hay que actuar de forma anticipada al imprevisto, abarcando los campos más usuales que ameritan este tipo de contratación. Al respecto, se propone añadir el siguiente inciso al artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

“Las entidades contratantes deberán contar con una nómina de al menos 10 proveedores de tamaño MYPES, para la contratación de obras civiles de construcción y adquisición de insumos médicos.”

Se abarca solamente el campo de la construcción y la salud, ya que al año 2021 los acontecimientos más relevantes considerados emergencias han sido el terremoto ocurrido en Pedernales, Manabí, en el año 2016 y la pandemia del COVID-19, cuyo punto más letal fue alcanzada en el año 2020.

6. Finalmente, para garantizar que las entidades obtengan una obra de alta calidad y para evitar posibles sanciones al proveedor adjudicado, se propone la creación del siguiente artículo sin número:

“Los parámetros de evaluación obligatoria para la contratación de una obra será: metodología de evaluación, equipo mínimo y personal técnico”.

Cabe indicar que muchas de las reformas que se proponen tienen dos fines importantes, el primero es garantizar la participación de los MYPES y el segundo es reducir la potestad que tiene el SERCOP para modificar determinados aspectos a través de la expedición de resoluciones externas.

CONCLUSIÓN:

Una vez expuestos todos los problemas que tiene el Sistema Nacional de Contratación Pública con las debidas soluciones, se concluye al indicar que existe una necesidad urgente de realizar una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tal como lo indica el objetivo general de la presente investigación.

En relación al primer objetivo específico, es preciso indicar que las constantes reformas a la resolución madre del SERCOP, puede atribuirse a la facultad que poseen para intervenir de forma inmediata en la aplicabilidad de las contrataciones públicas, por lo tanto, es necesario que el rol del SERCOP disminuya en lo concerniente a la expedición de normativa ya que es de conocimiento público que no han logrado obtener un resultado final que perdure en el tiempo y cuya aplicación no es de simple entendimiento, ocasionando confusiones tanto para los funcionarios como para los proveedores del Estado, y en consecuencia vulneraciones en la participación ciudadana debido a las irregularidades que pueden ser halladas.

En lo que respecta al segundo objetivo específico, se concluye con la reforma contemplaría normas que otorguen a los MYPES más posibilidades de crecer a nivel empresarial, obteniendo contratos administrativos de grandes presupuestos, con la implementación de medidas que amplíen su derecho a participar y a la vez medidas restrictivas para aquel pequeño grupo que tiene la capacidad técnica, legal y financiera para ejecutar contratos millonarios simultáneamente; medida que se propone en virtud del análisis de la legislación comparada. En este caso en particular, la legislación colombiana, de la cual se observa que existen procedimientos de contratación en los cuales solo pueden participar un grupo determinado de personas, tal como la reforma propuesta para determinados procedimientos de cotización de obra.

Del tercer objetivo específico se puede manifestar que el SERCOP debe implementar capacitaciones de carácter obligatorio con el fin de participar en los procedimientos de contratación, con el fin de que ocurran situaciones similares al problema analizado en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Finalmente, es indispensable que se tomen en consideración los principios plasmados en la ley y dar apertura a que se realicen mejores análisis de las actividades realizadas por el SERCOP, tratando de transparentar de forma correcta absolutamente todos los procedimientos de contratación, situación que no ocurre en las contrataciones de emergencia debido a que no se ha trabajado correctamente en las regulaciones.

Es importante dejar por sentado que la propuesta de la reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe ser planteada por una persona que tenga pleno conocimiento de la materia y pueda redactar textos que no den apertura a distintas interpretaciones. Además, es indispensable que, en caso de que el SERCOP continúe con la facultad de expedir normativa, se busque de reducir los campos de intervención reformando artículos claves y de esta forma garantizar la seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES:

El nivel de importancia de las contrataciones públicas bien ejecutadas en todas sus etapas, con una debida motivación y cuyos fines sea el bien común refleja una imagen positiva tanto del Gobierno de turno como de los ciudadanos que ocupan un pequeño espacio en esta materia.

La existencia de las irregularidades, casos de corrupción, la falta de seguridad jurídica, el desconocimiento, la normativa que no genera ninguna clase de beneficio, la facultad para elegir directamente a los proveedores que puedan participar en determinados procedimientos como contrataciones directas, listas cortas, contratación de obras artísticas o contrataciones por emergencia; tienen un común denominador en lo que respecta a su presencia en la normativa ecuatoriana, la gente que conforma el sistema.

Tal como se ha planteado, existen aspectos que deben ser solucionados lo antes posible por medio de una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, un cuerpo normativo que no ha sufrido de muchos cambios desde su promulgación en el año 2008.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la designación de la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública se la realiza por Decreto Ejecutivo expedido por el Presidente de la República, es posible manifestar que no han tomado decisiones muy asertivas en vista de todos los factores que podrían descarrilar la correcta vía de un procedimiento de contratación.

Una situación totalmente distinta tendría Ecuador si personas que conozcan el sistema tanto por dentro como por fuera, se hagan cargo de dicha entidad, poniendo en práctica su conocimiento y experiencia para darle una cara distinta a las compras públicas a través de la recomendación a la máxima autoridad de la Función Ejecutiva para que presente un proyecto de ley de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, poniendo en práctica los valores y principios que aplicación general para no perjudicar a ninguna persona que desee ser proveedor del Estado ni a los funcionarios operadores en cada institución estatal.

Si este organismo de control contará con un buen perfil oriundo de las correctas prácticas de quienes lo conforman, las contrataciones tendrían aspectos

positivos para que los ciudadanos se sientan satisfechos con la gestión de las administraciones que deben recurrir a los procedimientos de contratación. Además, con la debida preparación, no se incurriría en las constantes reformas a través de resoluciones administrativas ya que no tendrían la facultad para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

Baquerizo, G. (2014). MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA EMPRESA MUNICIPAL DE CONSTRUCCIÓN VIAL (EMUVIAL E.P), DEL CANTÓN SANTA ELENA, PROVINCIA DE SANTA ELENA, AÑO 2014. *MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA EMPRESA MUNICIPAL DE CONSTRUCCIÓN VIAL (EMUVIAL E.P), DEL CANTÓN SANTA ELENA, PROVINCIA DE SANTA ELENA, AÑO 2014*. La Libertad, Santa Elena, Ecuador.

Checa-Artasu, M. (2013). Arte urbano y participación ciudadana para la rehabilitación: el caso de Xanenetla, Puebla. *Especialidades, Revista de temas contemporáneos sobre lugares, política y cultura*.

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. (26 de Junio de 2020). *cpccs.gob.ec*. Obtenido de *cpccs.gob.ec*:
<https://www.cpccs.gob.ec/2020/06/6-9-millones-de-mascarillas-con-sobreprecio-revela-investigacion-del-cpccs/>

Contraloría General del Estado. (2020). *contraloria.gob.ec*. Obtenido de *contraloria.gob.ec*:
<https://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/SalaPrensa/23870>

El Universo. (14 de abril de 2016). Al escultor de Guayas y Kil lo formó hermano de Walt Disney. *El Universo*.

El Universo. (5 de Noviembre de 2017). Manos entrelazadas, nuevo símbolo de hospitalidad de los guayaquileños. *El Universo*.

- Escobar, G. (2016). La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental . *La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Española, R. A. (21 de Abril de 2021). *Colusión*. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 21 de abril de 2021. Obtenido de <https://dle.rae.es/colusi%C3%B3n?m=form>
- Guilherme, L. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Revista Ius et Praxis*, 249-266.
- Hernández, M. (marzo de 2015). EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL. *EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL*. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Kiyosaki, R. (2012). *Rich Dad's Guide to Investing*. Ciudad de Mexico: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Medina, F. (21 de Mayo de 2020). 14 personas investigadas por sobrepuestos en Guayas. *El Comercio*.
- Ortiz, R. (2014). Control interno y calidad del gasto publico del Gobierno Regional Ayacucho: 2010-2014. . *Control interno y calidad del gasto publico del Gobierno Regional Ayacucho: 2010-2014*. . Perú.
- Ossa, C. (2014). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho*.
- Pachón, C. (2014). *Contratación pública: Análisis normativo descripción de procedimientos*. Bogotá: Ecoe ediciones.
- Parra, F. (Diciembre de 2016). Regulación de los Criterios de Preferencia a las MYPES (Micro y Pequeñas Empresas), en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador. *Regulación de los Criterios de*

Preferencia a las MYPES (Micro y Pequeñas Empresas), en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador.

Pública, C. (2012). *services.intradebid.org*. Obtenido de *services.intradebid.org*:
<https://services.intradebid.org/data-repository/DocsPdf/Acuerdos/CHLKOR%20Parte%20IV%20Contratacion%20Publica.pdf>

Reinoso, B. (2009). *La Estabilidad de Directivos de Planteles Educativos Públicos en el Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador.

SERCOP. (Enero de 2021). *portal.compraspublicas.gob.ec*. Obtenido de *portal.compraspublicas.gob.ec*:
<https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/montos-de-contratacion-publica-2021/>

Trujillo, L. (2011). *El acto administrativo en la contratación pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Vaca, C. (2018). *Fundamentos de la contratación pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

NORMATIVA ECUATORIANA:

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Codificación de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072.