



Revista Científica Orbis Cognita

Año 8 – Vol.8 No. 1, enero - junio 2024

pp. 189-205 ISSN L 2644-3813



latindex

melica
Conocimiento abierto
para América Latina y el Caribe

ROAD

Panindex
Índice de Redes Científicas de Panamá

Los procesos de consultoría SERCOP

SERCOP consulting processes

Processos de consultoria SERCOP

Héctor Lautaro Crespo Caicedo

Universidad Técnica de Babahoyo. Facultad de Administración, Finanzas e Informática.

Ecuador. hcrespoc@utb.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-6308-094X>

Raúl Fabricio Sánchez Santacruz

Universidad Técnica de Babahoyo. Facultad de Administración, Finanzas e Informática.

Ecuador. rsanchezc@utb.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-4222-6214>

Recibido: 6 de noviembre

Aceptado: 30 de noviembre

DOI <https://doi.org/10.48204/j.orbis.v8n1.a4612>

Resumen:

Los procesos de consultoría tienen relación con la prestación de servicios profesionales no normalizados, es decir, cuyas características o especificaciones técnicas no pueden ser reguladas o aprobadas; por tanto, estas características o especificaciones no llegarán a ser homogéneas y comparables en las mismas condiciones. Esta clase de procedimientos tienen por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Los objetivos del presente trabajo es analizar y determinar la importancia de la legalidad -como principio aplicable del Derecho Administrativo- en la práctica de la contratación pública, en cumplimiento de las disposiciones legales. Para ello se utilizó una metodología basada en una investigación no experimental, se basó en la observación de una o más características, bajo una modalidad cuali- cuantitativa porque ofrece una mejor recopilación de información de ambas modalidades; cualitativa, porque trata de la adquisición de datos no numéricos para

entender todo tipo de conceptos, opiniones o experiencias que se han vivido; y, cuantitativa, debido a que se recopilan datos numéricos y estadísticos. Los resultados del estudio arrojaron la necesidad de cumplir con la obligación de adecuar los pliegos y demás instrumentos técnicos, a las disposiciones legales establecidas por la normativa aplicable a la contratación pública, por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Esto fue considerado para determinar que el principio de legalidad debe ser el pilar fundamental para el ejercicio del Derecho Administrativo en la contratación pública en el Ecuador, para evitar arbitrariedades y abusos por parte de las partes que forman parte del acuerdo.

Palabras clave: Legalidad, contratación pública, consultoría, Derecho Administrativo.

Abstract:

Consulting processes are related to the provision of non-standardized professional services, that is, whose characteristics or technical specifications cannot be standardized or approved; therefore, these characteristics or specifications will not become homogeneous and comparable under the same conditions. The purpose is to identify, audit, plan, prepare or evaluate development studies and projects, operating at levels of pre-feasibility, feasibility, design and/or operation. The objectives of this paper is to analyze and determine the importance of legality -as an applicable principle of Administrative Law- in the practice of public procurement, in compliance with legal provisions. For this, a methodology based on non-experimental research was improved, it is based on the observation of one or more characteristics, under a qualitative-quantitative modality because it offers a better collection of information from both modalities; qualitative, because it deals with the acquisition of non-numerical data to understand all kinds of concepts, opinions or experiences that have been lived; and, quantitative, because numerical and statistical data are collected. The results of the study showed the need to comply with the obligation to adapt the specifications and other technical instruments, to the legal provisions established by the regulations applicable to public procurement, by the National Public Procurement Service (SERCOP). This has been considered to determine that the principle of legality should be the fundamental pillar for the exercise of Administrative Law in public procurement in Ecuador, to avoid arbitrariness and abuse by the parties that are part of the agreement.

Keywords: Legality, public contracting, consultancy, Administrative Law.

Resumo:

Os processos de consultoria estão relacionados com a prestação de serviços profissionais não padronizados, ou seja, cujas características ou especificações técnicas não podem ser regulamentadas ou aprovadas; Por conseguinte, estas características ou especificações não se tornarão homogêneas e comparáveis nas mesmas condições. Este tipo de procedimentos tem como objetivo identificar, auditar, planejar, preparar ou avaliar estudos e projetos de desenvolvimento, nos seus níveis de pré-viabilidade, viabilidade, concepção ou operação. Os objetivos deste trabalho são analisar e determinar a importância da legalidade – enquanto princípio aplicável do Direito Administrativo – na prática da contratação pública, em

cumprimento das disposições legais. Para isso, utilizou-se uma metodologia baseada em pesquisa não experimental, que se baseou na observação de uma ou mais características, sob uma modalidade quali-quantitativa porque oferece uma melhor coleta de informações de ambas as modalidades; qualitativo, porque trata da aquisição de dados não numéricos para compreender todo o tipo de conceitos, opiniões ou experiências vividas; e, quantitativo, porque são coletados dados numéricos e estatísticos. Os resultados do estudo evidenciaram a necessidade de cumprimento da obrigação de adequação do caderno de encargos e demais instrumentos técnicos às disposições legais estabelecidas pela regulamentação aplicável à contratação pública, por parte do Serviço Nacional de Contratação Pública (SERCOP). Isto foi considerado para determinar que o princípio da legalidade deve ser o pilar fundamental para o exercício do Direito Administrativo nas compras públicas no Equador, para evitar arbitrariedades e abusos por parte das partes que fazem parte do acordo.

Palavras-chave: Legalidade, contratação pública, consultoria, Direito Administrativo.

Introducción

El Artículo 288 de la Constitución del Ecuador (2008) determina: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas” (p. 138).

Según la página oficial del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) 2022, es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y de establecer las políticas y condiciones de la contratación pública a nivel nacional; ha enfocado su gestión sobre la base de los ejes de transparencia, calidad, eficiencia, eficacia y ahorro para el Estado, y garantizar el cumplimiento de sus principios, valores y política integrada de calidad y antisoborno en los procesos de contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se expidió en el Registro Oficial 395, el 4 de agosto de 2008, en cuyo considerando se resume el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica que fomente la agilidad, eficiencia y transparencia de los procesos de contratación; incentivo a la producción nacional; planificación y correcto uso de recursos públicos.

La LOSNCP, implica que existan procedimientos para las contrataciones públicas por lo que fue necesario que un Reglamento regule la operación del Sistema Nacional de Compras públicas y la ejecución de todos los procedimientos anteriormente mencionados, por lo que el 12 de mayo de 2009 se publicó en el Registro Oficial el Reglamento de la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública (2020), en adelante REGLOSNCPP.

Conforme lo manifiesta Viscarra (2021) el encargado de emitir modelos de pliegos obligatorios para cada proceso precontractual es el SERCOP. Estos son obligatorios para realizar una contratación, utilizado por la entidad contratante, documento en el que se colocan todas las condiciones de una contratación, así como formularios que deben ser llenados por los oferentes, con la información solicitada en los pliegos. Los pliegos pueden ser modificables por la Comisión Técnica o el responsable de llevar a cabo la etapa precontractual, en la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones conforme lo dispone en el artículo 31 de la LOSNCP.

Los pliegos contienen las especificaciones técnicas (para bienes) o términos de referencia (para servicios y consultoría), que son documentos que tienen la información detallada de la contratación a realizar, como son las características, metodología de trabajo, plazos de entrega, presupuesto, forma de pago, vigencia de las ofertas, garantías, etc.

La nueva ley establece todo un capítulo dedicado al Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde se crea y se establece como órgano competente al SERCOP (anterior Instituto Nacional de Contratación Pública), el mismo que cuenta con personalidad jurídica propia; se enumeran los objetivos prioritarios del Estado en dicha materia. Así mismo establece un capítulo para el control, monitoreo y evaluación del Sistema de Contratación Pública, el mismo que no existía en la ley anterior.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2018), establece como principios de su aplicación, así como para los contratos que de ella deriven, los siguientes: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

El mismo cuerpo normativo, indica que los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Las ofertas de consultoría serán presentadas en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad y el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo.

Según Domínguez (2015) otro de los referentes para las entidades contratantes fue la Ley de Consultoría de 1989, que regulaba la contratación pública en general, debiendo entender a la consultoría como la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación, que engloba la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, y aquellos servicios de asesoría y asistencia técnica especializada,

elaboración de estudios económicos, financiamientos, de organización, administración, auditoría e investigación.

Las entidades contratantes, sostiene Vizcarra (2021) realizaban procesos de contratación para consultoría para todo tipo de adquisiciones, esto debido a que según los montos se podían realizar contrataciones privadas y directamente con un oferente que no necesitaba concursar, lo que trajo consigo actos de corrupción.

Los procedimientos de contratación pública se determinan dependiendo del monto y el objeto de contratación, que puede ser: bienes, servicios, obras y consultorías, en sus diferentes clasificaciones.

Estos, son contratos públicos, que, como lo indica Gordillo (1974), tienen relación con los actos administrativos, pues puede advertirse que dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y sujeto de derecho. El problema radica, fundamentalmente en que existen varios casos en los cuales los documentos precontractuales modelo, no respetan firmemente las disposiciones de las normas jerárquicamente superiores. Como es el caso de los procesos de contratación directa de consultoría no se ha previsto, entre otros aspectos importantes, la entrega de ofertas en dos sobres, como lo exige el artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2018), la misma que no exceptúa ni excluye a este tipo de proceso precontractual de su disposición, lo que amerita que las entidades modifiquen, bajo su responsabilidad el modelo de documentos precontractuales obligatorios, para cumplir con las normas jerárquicamente superiores, que son inobservadas mediante este tipo de excepciones no

contempladas ni previstas en la ley, lo que no debería suceder, pues estos modelos, la aplicación de los procedimientos deben estar acordes a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento.

La legalidad es un principio fundamental en el derecho público, en el objeto de este estudio, no es la excepción, pues, como indica López (2010) las instituciones del Estado y sus funcionarios sólo pueden ejercer los poderes especificados en la constitución y las leyes.

En este sentido, es importante indicar lo que manifiesta Zavala (2011), en cuanto a que mientras no exista de por medio una norma que les atribuya potestades (a los organismos estatales), y que establezca los procedimientos a seguir, están impedidas de ejercer actividad alguna.

El principio de legalidad López y Aguilar (2017) es definido, según la estricta sujeción y respeto a la Ley con la que deben operar todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, concepto que se traduce en la observancia y aplicación de las disposiciones que rigen cada uno de los procedimientos precontractuales y contractuales, las que además de la LOSNCP, se encuentran en su reglamento general de aplicación, en la codificación del SERCOP; por lo que, el principio de legalidad, como advierte Cassagne (2017) nace y se erige como una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y a la vez la columna vertebral del Derecho Administrativo.

Materiales y Métodos

El objetivo fue mejorar la aplicación de la normativa en los procedimientos de contratación directa, a través de la adecuación de la ley en los pliegos.

Diseño de la Investigación.

Esta investigación es descriptiva, no experimental, se basa en la observación de una o más características, las cuales se han incorporado a partir de hechos que ya han sucedido con anterioridad y de manera reiterada.

La modalidad de la presente investigación es cuali- cuantitativa porque ofrece una mejor recopilación de información de ambas modalidades; cualitativa, porque trata de la adquisición de datos no numéricos para entender todo tipo de conceptos, opiniones o experiencias que se han vivido; y, cuantitativa, debido a que se recopilan datos numéricos y estadísticos. Es correlacional, ya que este tipo de método de investigación es una técnica de diseño no experimental que ayuda a implantar una relación entre dos variables, como el principio de legalidad y la aplicación técnica de la ley en los procesos de consultoría.

Técnicas e instrumentos de la investigación

Métodos

Histórico - lógico. - Se utiliza el presente método ya que estudia el recorrido de la ley y los cambios efectuados en la práctica de la contratación pública.

Método inductivo. - Se utiliza este método ya que permite adquirir conocimientos gracias a los eventos que pudieron afectar en los procesos de consultoría.

Método analítico. - El presente método permite interpretar uno por uno los elementos del fenómeno que se está examinando, así de esta manera se pueda establecer una relación entre estos fenómenos.

Método descriptivo. – Como su nombre lo indica permite describir el procedimiento, los problemas y la responsabilidad que tiene, en este caso el Servicio Nacional de Contratación Pública (*SERCOP*).

Se estableció la encuesta como técnica para recolección de datos, el cual está dirigida a un grupo de Ingenieros Civiles de la ciudad de Babahoyo, los mismos que mantienen experiencia en este tipo de procedimientos. Se implementó una entrevista de modalidad virtual a través de medios digitales a cierta parte de la muestra sustraída de la población investigada, a quienes se ha establecido como parte del problema.

Como instrumento se empleó el cuestionario de preguntas cerradas, las cuales están enfocadas a la recopilación de información sobre el principio de legalidad en la práctica de los procesos de consultoría.

Se tomó como población a 50 profesionales del área de la construcción, ya sean estos Ingenieros Civiles o Arquitectos, de la ciudad de Babahoyo. La muestra se determinó mediante un muestreo no probabilístico estando en conformidad con los demás investigadores, el cual planteó de la siguiente manera:

Donde

N: Total de la población

Z: 1.96 al cuadrado (si la seguridad es del 95%)P: proporción esperada (en este caso 50% =

0.5)Q: 1 – p (en este caso 1-0.5 = 0.5)

e: margen de error (en la investigación es un 6,82%)

$$n = \frac{Z^2 \times P \times Q \times N}{e^2 \times (N-1) + Z^2 \times P \times Q}$$

$$1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 \times 200$$

$$\frac{1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 \times 200}{1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 \times 200}$$

$$\begin{aligned}
 & 0.0682^2 \times (200 - 1) + 1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 \\
 & \frac{3.84 \times 0.5 \times 0.5 \times 200}{0.00465124 \times (199) + 3.8416 \times 0.5 \times 0.5} \\
 & \frac{192,08}{0.92559676 + 0.9604} \\
 & \frac{192,08}{1.88599676} \\
 & N = 101,84 \quad \text{Redondeado el valor es } 102
 \end{aligned}$$

Resultados y Discusión:

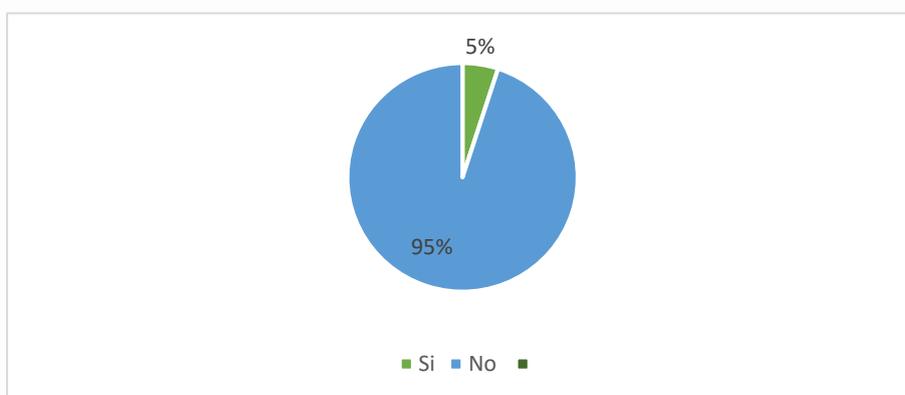
Tabla 1.

Conocimiento de los sujetos investigados sobre los procesos especiales en contratación pública.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	50	95%
NO	0	5%
TOTAL	50	100

Figura 1.

Porcentajes de respuestas pregunta 1



Realizando el respectivo análisis, observamos que de las personas encuestadas el 95% conocen los procesos de consultoría, han participado en algunas ocasiones en este tipo de procedimientos, lo que genera la certeza de conocer las implicaciones que conlleva la aplicación de la ley.

Con estos datos obtenidos se puede verificar que los ingenieros civiles encuestados, conocen la realidad práctica de los procesos de consultoría.

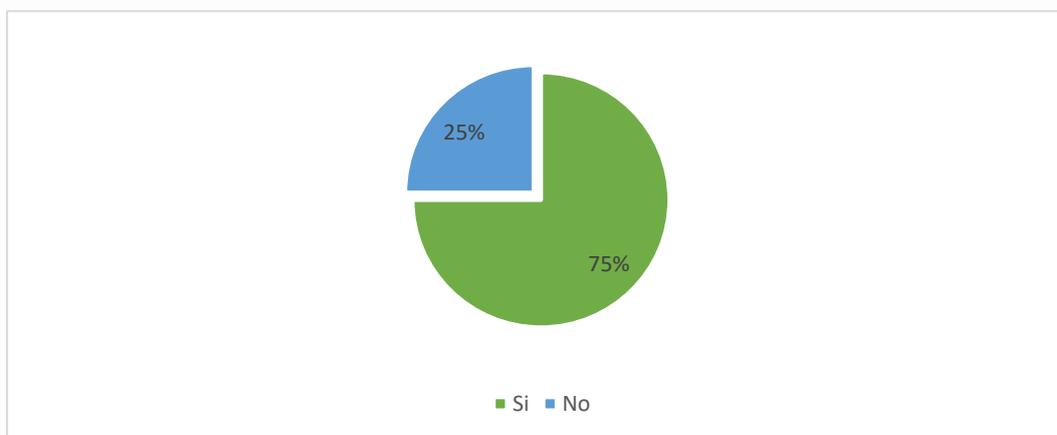
Tabla 2.

Conocimiento de los sujetos investigados sobre la existencia de aplicación de la ley en los procesos especiales de contratación.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	75%
NO	20	25%
TOTAL	50	100%

Figura 2.

Porcentajes de respuestas pregunta 2.



Realizando el respectivo análisis, observamos que de las personas encuestadas el 75% consideran que existe falta de aplicación de la ley en los procesos de consultoría, mientras que el 25% de personas creen que no existe ningún tipo de falencias en cuanto a la aplicación de la ley.

Con estos datos obtenidos se puede determinar que la mayoría de los profesionales encuestados se han percatado de alguna anomalía en cuanto a la aplicación de la ley en procesos de consultoría.

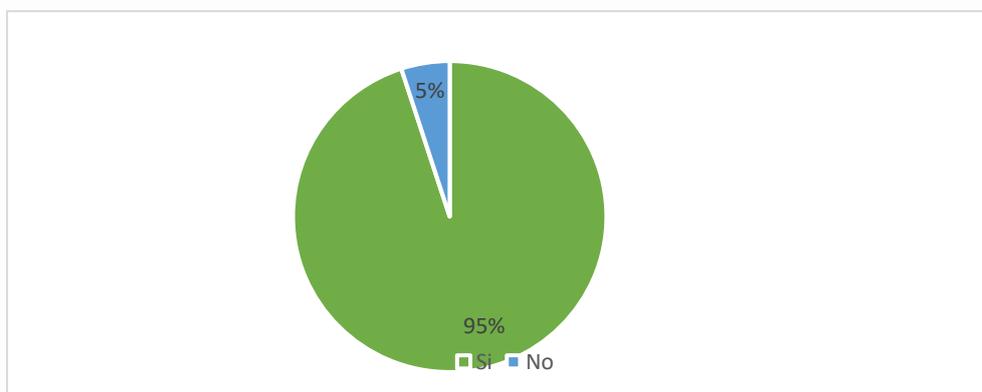
Tabla 3

Consideraciones sobre la falta de adecuación en los pliegos, en cuanto a la entrega de los sobres, establecidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo que podría generar problemas en el proceso de consultoría.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	45	95 %
NO	5	5 %
TOTAL	50	100%

Figura 3

Porcentajes de respuestas pregunta 3.



Realizando el respectivo análisis, observamos que de las personas encuestadas el 5% no consideran gran problema la falta de aplicación de la ley en cuanto a la entrega de sobres en los procesos de consultoría, mientras que 95% de personas encuestadas consideran que existen problemas en este sentido.

Con estos datos obtenidos se puede verificar, según la opinión de los encuestados, que puede existir problemas, en razón de que, al no estar establecido en los pliegos la entrega de los sobres, pueden existir arbitrariedades por parte de la entidad contratante.

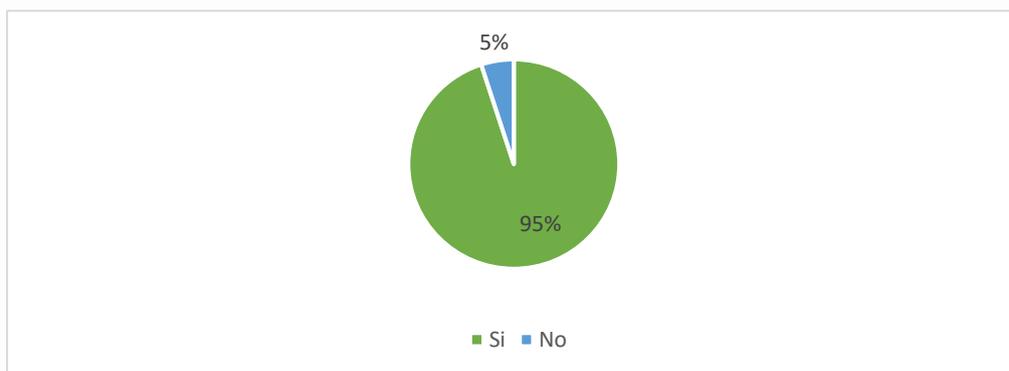
Tabla 4.

Opinión de los encuestados sobre si el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) debe realizar readecuaciones a los pliegos para cumplir con la ley.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	45	95 %
NO	5	5 %
TOTAL	50	100%

Figura 4.

Porcentajes de respuestas pregunta 4.



Realizando el respectivo análisis, observamos que de las personas encuestadas el 95% consideran necesaria la intervención del SERCOP, para la adecuación de ellos pliegos según la ley en los procesos de consultoría; el otro 5% considera que no existe necesidad de que se reformulen los pliegos.

Con estos datos obtenidos podemos darnos cuenta de que una gran parte de los ingenieros civiles, consideran necesaria la intervención de los organismos encargados para el efecto, en razón de adecuar las cuestiones técnicas a los mandatos legales, lo que sería conveniente para mejorar la aplicación de la contratación pública.

Discusión

Es importante resaltar la obligatoriedad que tiene esta investigación en sugerir una solución a la problemática a través del diseño de una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los procesos de consultoría o en su defecto en la intervención del

SERCOP para instaurar las cuestiones técnicas según los mandatos legales, de esta manera se cumple con la ley. Esta investigación se realizó con el fin de profundizar en el conocimiento de los procesos administrativos y de contratación pública, temas que son pocos estudiados y que merecen una investigación más profunda y poder brindar un análisis sobre lo planteado. Esta investigación constituye una herramienta para poder llevar a cabo las recomendaciones planteadas y proponer la solución al problema encontrado, lo que es importante para la investigación, llevar a la práctica la teoría encontrada respecto al tema.

La sistematización conceptual ofrecida en esta investigación ha permitido esbozar conceptos relacionados con el tema y el problema de la investigación para conocer el alcance y aplicación de la norma y de esta manera establecer una hipótesis y concluir con la solución a la problemática planteada; esto es, imponer al SERCOP, la obligación de adecuar los pliegos y demás instrumentos técnicos, a las disposiciones legales establecidas por la normativa aplicable a la contratación pública.

Conclusiones

La legalidad es un principio rector de la contratación pública, determinada por autores como columna vertebral del Derecho Administrativo, propia de un Estado Constitucional de Derechos, lo que implica que todas las normas que forman parte del ordenamiento jurídico y además los actos, deban guardar armonía con la Constitución.

Dentro de lo investigado, como bien se puede observar, los pliegos, en los procesos de consultoría, no contienen la especificación de cómo se va a resolver la entrega de los dos

sobres, disposición establecida en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que sería una contradicción al principio de legalidad, pues evidentemente no se está otorgando la posibilidad fáctica de cumplir con la ley, tomando en consideración el concepto y alcance que tienen los pliegos dentro de un proceso de contratación.

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), debe, en uso de sus atribuciones, rediseñar los modelos de los pliegos para dar la posibilidad técnica de cumplir con lo que establece la ley, de esta manera, se puede asegurar el cumplimiento de la ley y generar la confianza entre las partes contratantes de que se está asegurando un proceso enmarcado en lo que establecen las disposiciones constitucionales e infra constitucionales.

Referencias Bibliográficas

- Arévalo, W. L. (2010). *Tratado de contratación pública : teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho Administrativo*. Perú: Palestra Editores.
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Lexis.
- Durán, D. y. (2015). *Análisis descriptivo de las problemáticas de las contrataciones estatales en el marco del sistema de abastecimiento público*. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Egas, J. Z. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- Gordillo, A. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo I*. Buenos Aires: Macchi.
- Nacional, A. (2018). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008.
- Nacional, A. (2020). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento 588 de 12-may.-2009.
- Pública, S. N. (10 de Octubre de 2022). <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-institucion/>. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-institucion/>
- Soliz, O. P. (2021). *Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador y su vinculación con la planificación nacional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Suárez, D. L., Pérez, A. J., & Aguilar, J. L. (2017). *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.