

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Postgrados

**La problemática de las pequeñas y medianas empresas de servicios
complementarios en la contratación con el Sector Público en el Ecuador**

Miguel Ángel Galarce Salgado

Vladimir Villalba Paredes, Dr.

Director de Tesis

Tesis de postgrado presentada como requisito
para la obtención del título de Máster en Derecho de Empresa

Quito, noviembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

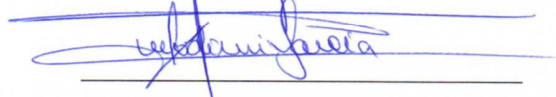
**LA PROBLEMÁTICA DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS DE SERVICIOS
COMPLEMENTARIOS EN LA CONTRATACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO EN EL
ECUADOR**

Miguel Ángel Galarce

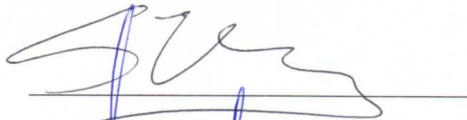
Vladimir Villalba M.A.
Director de Tesis y Presidente del Comité
de Tesis



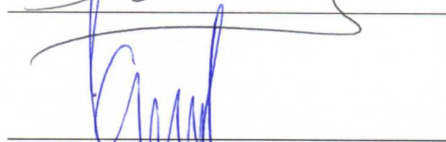
Wladimir García, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



Sebastián Oleas, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



Vladimir Villalba, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de
Empresa



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 04 de diciembre de 2015

VLADIMIR VILLALBA-PAREDES

Noviembre 12, 2015

Señor doctor
Farith Simon Campaña
Decano del Colegio de Jurisprudencia
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Campus de Cumbayá

Ref: INFORME DE TESINA
Miguel GALARCE SALGADO

Att: Verónica Chiriboga
Coordinadora Académica
Maestría en Derecho de Empresa

Señor Decano:

Se nos ha solicitado un informe sobre la tesina intitulada «*La Problemática de las Pequeñas y Medianas Empresas de Servicios Complementarios en la Contratación con el Sector Público en el Ecuador*» presentada por el señor **Miguel GALARCE SALGADO**, previo a la obtención del grado de magíster dentro de la Maestría en Derecho de Empresa.

Al respecto, procedo a la evaluación de la investigación dentro de los siguientes parámetros:

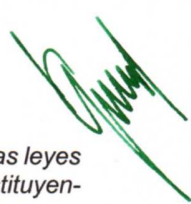
- I -

IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO

1. El problema es extremadamente práctico y actual sobre si el marco legal actual crea un clima de desarrollo para las pequeñas y medianas empresas proveedoras de servicios complementarios con el Estado.
2. Más allá de la lírica legislativa (desde nivel constitucional), el tema descansa en reconocer que el estado actual del cuerpo normativo no permite a las empresas proveedoras planificar su desarrollo (no se diga, de los emprendimientos), principalmente al no poder proyectar el flujo de fondos más allá del año del contrato (que responde al año del presupuesto).

- II -

TRASCENDENCIA DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

3. La hipótesis radica en que *“algunos de los objetivos de las señaladas leyes se contraponen a los objetivos considerados por la Asamblea Constituyen-*
- 

te, de que la Contratación Pública sea el motor dinamizador de la economía, especialmente el sector de la economía que corresponde a las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios” [pág. 11], a lo cual el autor concluye positivamente que “La lógica lleva a suponer que todos aquellos costos que se está ahorrando el contratante, deberían ser considerados por el contratista al momento de realizar el cálculo de su propuesta de servicio, sin embargo en la práctica, estos costos, que en definitiva son reales, no pueden ser trasladados al contratante y de hacerlo, la contratista corre el riesgo de que su propuesta quede fuera del mercado” [pág. 12].

4. En otras palabras, la ausencia de un factor “satisfacción del proveedor” en la renovación del servicio prestado por una empresa de servicios complementarios para el Estado, conducen a una ineficiencia: por un lado, que la proveedora asume un riesgo no compensable al sujetarse a un contrato a plazo no suficiente para amortizar la inversión; y, por otro, a la pérdida de una experiencia de servicio del Estado.

Sin embargo, hay que medir esa eficiencia con la legalidad de crear leyes que aseguren la concurrencia al mercado de otros agentes y la no discriminación en el mercado.

- III -

SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS MATERIALES EMPLEADOS

5. Tratándose de una hipótesis de visión interdisciplinaria (que es lo que se busca cuando el autor no tiene una formación de abogado), hay suficiencia y pertinencia de los materiales empleados.
6. Más aún, el análisis cuantitativo que presenta para ilustrar el caso es contundente (en demostrar el riesgo del proveedor frente a los riesgos en la no renovación) [pág. 51-53], aunque hay deficiencia en mayor análisis de categorías legales.

- IV -

CONTENIDO ARGUMENTATIVO

7. La argumentación descansa en la identificación financiera del riesgo de contratos a plazo presupuestario frente a la provisión de servicios con el Estado.
8. Aunque reconoce los costos y gastos que por ley estaría sujeta la empresa frente a la terminación del plazo, la argumentación es de carácter económica, reclamando aquella política macroeconómica que el marco legal parecería abrazar.
9. No debe esperarse un mayor análisis legal sino más bien económico respecto a la temática y su hipótesis.

- V -
**CUMPLIMIENTO DE LAS TAREAS ENCOMENDADAS
A LO LARGO DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

10. El autor ha cumplido con las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Por lo anterior, considero que el trabajo se encuentra listo para ser sometido a defensa ante el Tribunal de Grado.

No asumo ni reivindico alguna de las ideas anotadas en el trabajo. Por el contrario, discrepo de algunas concepciones y efectos jurídicos.

En estos términos cumplo con mi deber de Director de Tesina.

Atentamente,



Vladimir Villalba-Paredes

GB.USFQ/MDE/Tesinas/Informes/Galarce.2015.2.Info.01

DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a los dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: -----

Nombre: Miguel Ángel Galarce Salgado

Código de estudiante: 201510_00116335

C.I.: 1710264811

Lugar, Fecha: Quito, noviembre de 2015

RESUMEN

La promulgación de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador en 2008 significó un gran avance en el ámbito de las compras de bienes y servicios y ejecución de obras, por parte del Estado.

Uno de los grandes objetivos planteados por la mencionada Ley estaba enfocado en hacer de la contratación pública un elemento dinamizador de la economía, nacional y local, mediante la democratización del acceso a este sistema otorgando preferencias a productos con alto agregado de valor nacional y a pequeñas y medianas empresas.

No obstante el incentivo que pudiera significar este objetivo para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas en el Ecuador y, en específico, las empresas prestadoras de servicios complementarios; en la práctica, la aplicación e interacción del marco legal en el que se desarrollan las relaciones contractuales entre el estado y el sector privado conllevan un escenario muy distinto al que plantean los objetivos de la Ley de Contratación Pública, llegando incluso a significar para el pequeño empresario prestador de servicios complementarios, una contingencia financiera real que pudiera comprometer su continuidad o por lo menos, ser un desincentivo para su desarrollo.

Por una parte, el pequeño empresario prestador de servicios complementarios establece con el estado una relación de plazo y condiciones determinadas, mientras que con sus empleados, la relación contractual laboral es prácticamente de tiempo indefinido, y al momento en que acaba la relación contractual con el estado, el pequeño empresario no tiene alternativa de acabar sus relación contractual con sus empleados sin que ello implique el pago de significativas indemnizaciones.

El presente trabajo está enfocado en poner de manifiesto los riesgos de índole financiero a los que, a criterio del autor, se enfrentan los pequeños y medianos empresario prestadores de servicios complementarios en el Ecuador, al momento de establecer contratos con el estado, toda vez que la poca o casi ninguna flexibilidad del régimen laboral en el Ecuador no se compagina con las condiciones de contratación que ofrece el estado luego de aplicar el marco legal por el cual se rige.

ABSTRACT

Promulgation of the new Organic Law of the National System of Public Procurement in Ecuador in 2008 produced a major breakthrough in the field of the purchases of goods, services and execution of works, by side of the State.

One of the major objectives posed by the above-mentioned Law was focused on making the public procurement a dynamic element in the economy, at national and local levels, through the democratization of the access to the new system by giving preference to products with high added value of national and small and medium-sized enterprises.

However, incentive that could mean this goal for the development of small and medium-sized enterprises in Ecuador and, specifically, the companies providing complementary services, the application and interaction of the legal framework within which it is develop the contractual relations between the state and the private sector carries a very different scenario to that approach by the objectives of the Public Procurement Law, even to mean for the small businessman provider of complementary services, a real financial contingency that could compromise their continuity or at least, be a disincentive for its development.

On the other hand, the small entrepreneur provider of complementary services established a relationship with state in terms and conditions determined with their employees, the contractual relationship is practically labor of an indefinite period of time, and at the time that just the contractual relationship with the state, the small business owner has no alternative to end its contractual relationship with its employees without this involves the payment of significant compensation.

The present work is focused on highlighting the risks of financial nature to the judgment of the author, faced by small and medium-sized entrepreneur providers of complementary services in Ecuador, at the time of establishing contracts with the state, as the little or almost no flexibility of the labor regime in Ecuador is not in keeping with the conditions of employment that offers the state after applying the legal framework which governs.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	7
Abstract	8
Introducción	12
CAPITULO 1	
1.1 El sistema nacional de contratación pública en el Ecuador	28
1.1.1 El proceso de contratación pública.....	30
1.1.1.1 <i>La elaboración del programa anual de contrataciones</i>	33
1.1.1.2 <i>La creación de las necesidades</i>	33
1.1.1.3 <i>La certificación presupuestaria</i>	35
1.1.1.4 <i>La creación de los pliegos y los términos de referencia</i>	36
1.1.2 Los tipos de contratación aplicables a pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios según la cuantía de la contratación.....	36
CAPITULO 2	
2.1 El régimen laboral ecuatoriano	40
2.1.1 Los tipos de contratos aplicables a las pequeñas y medianas empresas de s servicios complementarios	42
2.1.1.1 <i>El contrato eventual de trabajo</i>	43
2.1.1.2 <i>El contrato de trabajo ocasional</i>	43
2.1.1.3 <i>El contrato de trabajo por temporada</i>	44
2.1.1.4 <i>El contrato de trabajo a plazo fijo</i>	44
2.1.1.5 <i>El contrato de trabajo a plazo indefinido</i>	45
2.1.2 La estabilidad laboral garantizada en la Ley	45
2.1.3 Las formas de terminación de la relación laboral	46
2.1.4 Las formas de terminación unilateral de la relación laboral	47

CAPITULO 3

3.1 Efectos de los plazos de contratación requeridos por el sector público en la preparación de ofertas por parte de las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios	50
3.1.1 Los plazos de contratación de servicios complementarios por parte del sector público	51
3.2 Análisis cuantitativo de los efectos de los plazos de los contratos en la elaboración de propuestas de servicios complementarios	52
3.3 Comentario personal	54

CAPITULO 4

4.1 Efectos de la aplicación del régimen laboral ecuatoriano en los costos de las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios	55
4.1.1 Los costos por desahucio y despido intempestivo.	55
4.1.2 Los costos por provisiones por jubilación y desahucio	57
4.1.3 Otros costos no recuperables.	60

CAPITULO 5

5.1 Conclusiones	62
5.2 Recomendaciones.....	65

BIBLIOGRAFIA	72
---------------------------	----

ABREVIATURAS

COPFP	Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas
CT	Código del Trabajo
LOJL	Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo Doméstico
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LORTI	Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
PYMEPSC	Pequeñas y Medianas Empresas Prestadoras de Servicios Complementarios
RLOSNC	Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

INTRODUCCIÓN

Entre los años 2007 y 2008, en Ecuador se conformó una Asamblea Constituyente cuyo propósito era corregir varias deficiencias, que a criterio del Gobierno de turno, adolecía la constitución anterior, además de establecer las condiciones para el desarrollo y establecimiento en el Ecuador del llamado Socialismo del Siglo 21.

A través de la expedición de Mandatos, esta Asamblea de amplios poderes, en sus inicios empezó a realizar varias reformas que en su momento habían sido motivos de oferta electoral.

Una de ellas se refiere a la eliminación de la precarización laboral que suponía el sistema de tercerización laboral que estaba de moda en ese entonces en el país y la contratación por horas en el Ecuador.

Es así que mediante la expedición del Mandato Constituyente No. 8 se elimina y se prohíbe la tercerización laboral, así como la contratación por horas, como medio para eliminar la precarización laboral que estos sistemas conllevan.

El mismo Mandato Constitucional reconoce ciertas actividades que por su naturaleza pueden ser tercerizadas y las denomina actividades complementarias, refiriéndose específicamente a los servicios de limpieza, guardianía y mensajería, inicialmente y posteriormente se incorporó a la lista el servicio de catering o de comedor para las empresas.

En la misma Asamblea Constituyente de Montecristi, también se empezó a dar un nuevo orden a los sistemas de contratación del Estado con los particulares, mediante la redacción de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), la misma cuyos objetivos fundamentales buscan, entre otras cosas, promover el desarrollo de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas.¹

Esta Ley conllevaba una verdadera revolución en materia de contratación pública. Hasta ese entonces, las contrataciones del sector público se realizaban con base en la Ley de Empresas Públicas, y cada institución establecía los parámetros que a su juicio y conveniencia se debían incorporar en los pliegos de requisitos.

Este sistema se consideraba totalmente excluyente para las pequeñas y medianas empresa, pues, tal fuera mencionado por la Asamblea Constituyente en los considerandos de la LOSNCP, existía una ausencia de planificación y el sistema adolecía de discrecionalidad al momento de la contratación.

El cuarto considerando de la mencionada Ley, plantea que los recursos públicos deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana.

Con la implementación de la LOSNCP, se abrieron grandes posibilidades para que las pequeñas y medianas empresas así como las de los artesanos puedan realizar negocios con el Estado, cosa

¹ Art. 9 num. 5 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 4-ago-2008, última modificación Registro Oficial Suplemento 100 de 14-oct-2014 “Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas en el marco de esta Ley”

que con el sistema anterior, que, como ya se mencionó, adolecía de discrecionalidad, no era posible.

El nuevo sistema de Contratación Pública presenta innovadoras opciones para que las pequeñas y medianas empresas puedan contratar con el Estado de una manera transparente y aparentemente, en igualdad de condiciones, sin preferencias ni discrecionalidad de ninguna clase.

Este nuevo abanico de oportunidades ofrece, al menos en apariencia, un escenario propicio e idóneo para el desarrollo del sector de la pequeña y mediana empresa, que se ha caracterizado siempre por intensiva en el uso de mano de obra.

La mencionada Ley establece un sistema de preferencias en la contratación de aquellos oferentes cuya actividad, servicio o producto, incorpore mayor valor agregado ecuatoriano, así como una preferencia hacia las empresas o actores del sector de la Economía Popular y Solidaria.²

No obstante lo mencionado, otras leyes vigentes en el país se contraponen a los objetivos enunciados y por el contrario, provocan que la contratación con el Estado, por parte de ciertas pequeñas y medianas empresas no sea del todo conveniente.

² Art 25.2 LOSNCP “... En todos los procedimientos previstos en la presente Ley se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria, y Micro, **Pequeñas y Medianas Empresas**, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros...” (El resaltado es nuestro).

En específico, las empresas referidas son las empresas de servicios complementarios y las leyes aludidas son básicamente el Régimen Laboral, la Ley de Compañías, el Régimen Tributario Interno y la misma Ley de Contratación Pública.

Algunos de los objetivos de las señaladas leyes se contraponen a los objetivos considerados por la Asamblea Constituyente, de que la Contratación Pública sea el motor dinamizador de la economía, especialmente el sector de la economía que corresponde a las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios.

Desde el punto de vista del contratante (Sector Público) resulta sumamente ventajoso el poder contar con una herramienta legal que le permita tener los servicios permanentes de limpieza, mensajería o guardianía, evitando incurrir en varios de los costos directos e indirectos de administración y supervisión que están asociados a estas actividades, como por ejemplo, los costos de reclutamiento, entrenamiento, previsión social, jubilación, etc.

Son muchas las ventajas de la contratación externalizada de estos servicios, pues como ya se expuso representan un ahorro para el contratante. La lógica lleva a suponer que todos aquellos costos que se está ahorrando el contratante, deberían ser considerados por el contratista al momento de realizar el cálculo de su propuesta de servicio, sin embargo en la práctica, estos costos, que en definitiva son reales, no pueden ser trasladados al contratante y de hacerlo, el contratista corre el riesgo de que su propuesta quede fuera de mercado.

Para el año 2015, el Presupuesto General del Estado se ha aprobado en alrededor de Usd. 36.317 millones de dólares. De este valor, el monto destinado a compras públicas con el sector privado asciende a Usd. 10.500 millones de dólares, lo que hace del Estado, el mayor comprador del país.

Cabe entonces preguntarse:

¿SON ADECUADAS LAS CONDICIONES CONTRACTUALES Y LEGALES EN EL ECUADOR PARA QUE LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, CON EL SECTOR PÚBLICO, SEAN ECONOMICAMENTE VIABLES?

Con estos manifiestos de la LOSNCP, parecería que el panorama es muy prometedor en lo que a desarrollo y promoción de pequeñas y medianas empresas se refiere, sin embargo al momento de contratar con el Estado se presentan varios factores que hacen que el contratar con el Estado pudiera resultar poco rentable o simplemente no viable económicamente.

Tal como se ha puesto de manifiesto, en las Pequeñas y Medianas Empresas Prestadoras de Servicios Complementarios (PYMEPSC) prevalece la mano de obra por lo que el grueso de sus gastos operacionales se concentran en las sueldos del personal y los componentes de la remuneración total que los trabajadores perciben.

Las relaciones entre trabajadores y empleadores, se rigen, principalmente, por el Código del Trabajo (CT).

Por su parte, la relación que se forman entre el Estado, como contratante de servicios y las PYMEPSC, se rigen por la LOSNCP.

Por tanto, al momento de que una PYMEPSC contrata con en el Estado la prestación de un servicio complementario, inmediatamente entran a regir la relación, las citadas leyes; en ascendente, la LOSNCP y en descendente el CT.

Es en virtud de lo mencionado entonces, que resulta necesario analizar si las relaciones que se forman en ascendente y descendente, al momento de contratar con el Estado, suponen para el empresario un escenario en el cual pueda desarrollarse convenientemente en el tiempo.

Es lógico suponer, que las condiciones en que las PYMEPSC contratan con el Estado deben tener una correlación lógica con las condiciones en las que los empresarios contratan a sus trabajadores, por lo tanto, para garantizar que la contratación pública sea un verdadero medio de fomento para las PYMEPSC, debe haber una concordancia entre la LOSNCP y el CT.

Básicamente, este trabajo busca poner de manifiesto los problemas que se le presentan a las PYMEPSC, que contratan con el Estado, cuando se aplican las leyes que rigen esta relación y que se resumen en los siguientes:

- a) El Estado contrata servicios complementarios a plazos determinados, atendiendo primordialmente los plazos de ejecución presupuestaria anual, y tiene la posibilidad de terminar las relaciones contractuales de manera anticipada, bajo ciertas circunstancias, sin que ello implique el reconocimiento de una indemnización.
- b) Los empresarios contratan a sus trabajadores, prácticamente de manera indefinida y la terminación unilateral de la relación, por parte del empleador conlleva fuertes indemnizaciones.

La primera parte del trabajo busca ofrecer al lector un panorama general del ámbito de la contratación pública, es decir la relación ascendente que se establece entre el PYMEPSC y el Estado, para la prestación del servicio. En esta parte se exponen los principios sobre los que se basa la contratación pública, las formas de contratación a las que puede aplicar un PYMEPSC, el proceso en sí de la contratación, y sobre todo, los limitantes que existen en las demás leyes conexas con las que se rige la contratación pública, en específico el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP), de cuya aplicación se deriva el primer limitante que tienen los PYMEPSC al momento de contratar y que es que los plazos de contratación no permiten recuperar los costos e inversiones realizadas para atender un contrato.

En las entidades contratantes del sector público es muy común que los procesos de contratación de servicios complementarios estén directamente relacionados con el plazo de vigencia de los presupuestos asignados, esto es de manera anual, en el mejor de los casos, pues es muy común encontrar proceso de contratación por meses o contrataciones puntuales. Esto provoca que los montos de inversión inicial en activos, necesarios para el cumplimiento del contrato, no puedan ser recuperados en el plazo de vigencia del contrato.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RLOSNC) establece los plazos de elaboración, aprobación y publicación así como el contenido, de la herramienta principal de contratación de cada entidad pública, que es el Plan

Anual de Contratación, el mismo que contiene las obras, bienes o servicios que se contratarán durante ese año en función de sus respectivas metas institucionales.³

Más adelante, en el mismo reglamento se enuncia los elementos que debe contener el Plan Anual de Contratación Pública y que establecen una primera limitante de plazo en la contratación, pues de antemano induce a que el plazo de la contratación se circunscriba al año fiscal.⁴

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) obliga a que el encargado del área financiera de cada entidad certifique, previo al inicio de cualquier proceso de contratación, que dicha entidad cuenta con los recursos económicos suficientes para afrontar dicha contratación.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por su parte, establece que ninguna entidad u organismo público podrá contraer obligaciones sin la emisión de la certificación presupuestaria y el mismo código, establece como penalidad, la destitución del funcionario público que haya contraído obligaciones o compromisos o celebrado contratos sin la respectiva certificación presupuestaria, además de hacerlos responsables personal y pecuniariamente.

³ Art. 25 Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RLOSNCPP) Decreto Ejecutivo No. 1700 publicado en el Registro Oficial suplemento No. 588 de 12-may-2009, última reforma Decreto Ejecutivo 1499 publicado en el Registro Oficial Suplemento 916 de 20-mar-2013 “Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.”

⁴ Art. 26 RLOSNCPP.- Contenido del PAC.- El Plan Anual de Contratación estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales y contendrá, por lo menos, la siguiente información:

1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan.

En estos enunciados se ha presentado las limitaciones legales a las que normalmente se enfrentan algunos de los involucrados en el proceso de contratación, como lo son, la máxima autoridad de la entidad contratante, el responsable del área financiera y el responsable de la unidad de compras públicas de cada institución

Tal como se puede apreciar en las leyes citadas, existe una tácita orientación a que los plazos de los contratos de servicios complementarios que realicen las Entidades Públicas, estén circunscritos a la vigencia del presupuesto anual de cada entidad. Como se puede apreciar, el Plan Anual de Contrataciones (PAC) sugiere desde su misma denominación, que la contratación debe ser anual, lo que se corrobora en los elementos que debe contener al PAC que habla de los procesos de contratación que se realizarán en el año Fiscal.

Esta es la principal limitante a la que se enfrenta el encargado del área de Compras Públicas de la entidad contratante. Según lo señalado en las leyes que rigen su actividad, no sería posible iniciar un proceso de contratación de servicios complementarios en un plazo superior a un año.

En lo que se refiere a la certificación presupuestaria, el encargado del área financiera de cada entidad pública contratante, se encuentra con la limitante de que la certificación presupuestaria debe hacerse sobre el año fiscal en curso.

Por su parte, la máxima autoridad de la Entidad Contratante también se encuentra ante una disyuntiva al momento de aprobar el inicio de un proceso de contratación, la misma que proviene de la aplicación del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, al requerir de manera

obligatoria el contar con un presupuesto de fondos previa la contratación el mismo que está programado dentro del año fiscal en curso.⁵

De omitirse esta formalidad, el mismo código establece las sanciones a las que los funcionarios públicos se verían expuestos.⁶

Por último, en la LOSNCP, se encuentra anexada una sección en la que se detallan los formatos y modelos de uso obligatorio por parte de las entidades contratantes para el desarrollo de los procesos de contratación. En lo que se refiera a la certificación presupuestaria, el modelo de uso obligatorio reza lo siguiente: “... La Dirección (Financiera o la que corresponda) de (Nombre de la Entidad Contratante) CERTIFICA que existe la disponibilidad de recursos en el presupuesto **anual** para la adquisición...” (El resaltado es nuestro)

Con todos estos antecedentes, las personas encargadas de la tramitación inicial del proceso de contratación, buscan la coincidencia de los plazos de los contratos y la vigencia del presupuesto anual aprobado para la entidad, esto es, como máximo el 31 de diciembre de cada año. Es por eso que resulta muy común que los plazos de las ofertas de contratación de servicios complementarios que se publican en el portal de compras públicas sean de fracción de año: doscientos setenta días, ciento cincuenta días etc. Todo esto, a pesar de que en el RLOSNCP, se estipula que la certificación presupuestaria se realiza sobre la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación. Bajo este contexto,

⁵ Art 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP), Registro oficial Suplemento 306 de 22-oct-2010, última modificación 12-sep-2014 “... Ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.”

⁶ Art 178 COPFP “... Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente...”

al parecer no existiría limitación para realizar contrataciones cuyo plazo de vigencia estén por fuera de la vigencia del presupuesto de la entidad, sin embargo, en el RLOSNCP no está especificado de manera clara si la certificación de existencia de fondos futura está o no circunscrita al plazo de ejecución del presupuesto que es el 31 de diciembre de cada año. Esto, sumado a la falta de conocimiento, las contradicciones que existen entre las distintas leyes y el temor a la sanción, hace que los funcionarios públicos se resguarden haciendo coincidir los plazos de las contrataciones con la vigencia de los presupuestos.⁷

En definitiva, lo relevante de esta situación es que al fin de cuentas las ofertas de contratación de servicios complementarios se realizan por plazos muy reducidos, y aún cuando el plazo sea de un año (cosa que no es común), el pequeño empresario no cuenta con un tiempo suficiente como para que pueda recuperar los costos de inversión inicial que demanda el cumplimiento del contrato.

En la segunda parte del trabajo, se expone el ámbito legal que rige la relación descendente que adquiere el PYMEPSC, con los trabajadores que requiere contratar para poder atender el contrato de prestación de servicios con el estado.

Las modalidades de contratación laboral estipuladas en el CT le significan al empresario el hacerse de una relación contractual prácticamente indefinida con sus empleados y cuya

⁷ Art. 27 RLOSNCP "Certificación de disponibilidad de fondos.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley, para iniciar un proceso de contratación se requiere certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación."

terminación unilateral le significa el pago de indemnización que podría reducir parcial o totalmente el beneficio que pudiera generar el contrato o incluso podría provocarle pérdidas.

El Régimen Laboral Ecuatoriano no contempla una figura de contratación que esté en concordancia con los plazos estipulados en los procesos de contratación, por lo que, el pequeño empresario, puede incurrir en considerables costos por indemnización a sus trabajadores en caso de que el contrato adjudicado no sea renovado a su término.

De manera puntual se hace referencia al Código del Trabajo vigente, y en específico a su art. 11 y siguientes, en donde se establecen los lineamientos y condiciones en las que el pequeño empresario y sus trabajadores se relacionan contractualmente.

El Código del trabajo (CT) establece el tiempo mínimo de duración de todo contrato por tiempo fijo o tiempo indefinido, que son las modalidades de contratación que serían aplicables al caso de las PYMEPSC, que son objeto de este estudio, las mismas que por no estar catalogadas dentro de las excepciones que contempla la Ley, establecen un compromiso laboral del empleador hacia el trabajador por un período mínimo de un año.⁸

⁸ Art. 14 Código del Trabajo (CT) Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005, última modificación 26-sep-2012 "Estabilidad Mínima y excepciones.- Establécese un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esa circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta Ley como estables o permanentes.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:

- Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador
- Los contratos eventuales ocasionales y de temporada
- Los de servicio doméstico
- Los de aprendizaje
- Los celebrados entre artesanos y sus operarios

Es así que el pequeño empresario de servicios complementarios, encuentra una nueva dificultad al momento de realizar contrataciones con el estado. Tal como se expuso anteriormente, la práctica común en las entidades contratantes es que los plazos de contratación se circunscriban a la vigencia de presupuesto de cada entidad, esto es al 31 de diciembre de cada año. Pero por otro lado, el CT garantiza como mínimo una estabilidad laboral de un año a los trabajadores de las empresas de servicios complementarios.

Al no haber esa coincidencia entre los plazos del contrato celebrado con el Estado y los contratos laborales con los trabajadores, el pequeño empresario no tiene más opción que asumir el riesgo de contratación a sabiendas que, de no darse la renovación del contrato, deberá incurrir en gastos de indemnización por desahucio y despido intempestivo, los mismo que no pueden trasladarse al precio de la oferta.

El art. 181 del CT establece como indemnización al trabajador cuyo contrato fuese terminado por el empleador antes del plazo estipulado (mínimo un año), el pago del cincuenta por ciento de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado.

Por otro lado, en el art. 184 del CT, se establece la condición de notificación o aviso de una parte a otra sobre la voluntad de ésta de dar por terminado el contrato el vencimiento del plazo. En los contratos de plazo fijo, su terminación deberá ser notificada por el empleador cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerse así en contrato de plazo fijo se convertirá en contrato de tiempo indefinido.

-
- Los contratos a prueba
 - Y los demás que determine la Ley

El trámite de desahucio deberá hacerse previa autorización del inspector del trabajo, y el empleador no puede presentar en un mismo período de treinta días, más de dos solicitudes de desahucio, en el caso de que tuviese contratadas a 20 personas y no más de 5 trámites en caso de que el número de contratados sea mayor.⁹

En consecuencia, el PYMEPSC encuentra una nueva dificultad en la implementación de sus contratos con el sector público, que en definitiva también le resulta en el riesgo casi inminente de incurrir en considerables gastos de compensaciones económicas, pues aún cuando logre ajustar los plazos de los contratos con sus empleados a los plazos de vigencia de los contratos que celebra con el Estado, adquiere el ineludible riesgo de tener que llegar despedir e indemnizar a sus empleados, pues no podrá realizar más de cinco solicitudes de desahucio.

En la parte tercera de este trabajo se hace un análisis cuantitativo de los efectos monetarios que implican la contratación de un servicio en los plazos que son comunes en las ofertas que reciben los PYMEPSC. Para ello se ha hecho una simulación en base a las posibilidades que ofrece la Ley a las PYMEPSC.

⁹ Art. 181 CT "Indemnización por terminación del contrato antes del plazo convenido.- Tanto el trabajador como el empleador podrán dar por terminado el contrato antes del plazo convenido. Cuando lo hiciere el empleador, sin causa legal, pagará al trabajador una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado..."

Art. 184 CT "Del desahucio.- Desahucio e el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato.."

Art. 624 CT "Trámite de desahucio.- El desahucio al que se refiere el art. 184 de este Código deberá darse mediante solicitud presentada ante el inspector del trabajo, quien hará a notificación correspondiente dentro de veinticuatro horas."

Art.186 CT "Prohibición de desahucio.- Prohíbese el desahucio dentro del lapso de treinta días, a más de dos trabajadores en los establecimientos en que hubiere veinte o menos, y a más de cinco en los que hubiere mayor número."

Por último, en la cuarta parte de este trabajo y sobre la base de la simulación realizada, se analizan los efectos monetarios que implica la aplicación del CT, al momento de que el PYMEPSC se ve en la obligación del terminar unilateralmente con la relación laboral que mantiene con sus trabajadores, en el caso de que al término de su contrato, éste no sea renovado.

CAPÍTULO 1

1.1 El sistema nacional de contratación pública en el Ecuador

El Sistema Nacional de Contratación Pública está conceptualizado en la Ley como “... el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes...”; y forman parte de este sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública y aquellas instituciones que ejercen funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública.

Dentro de este contexto, las entidades contratantes han organizado su estructura administrativa casi de manera uniforme. Se distingue en cada entidad pública contratante una unidad de Compras Públicas, que resulta ser la receptora de las necesidades de contratación de los demás departamentos y gestora de proceso de contratación en los términos de la Ley. Otros departamentos intervienen por Ley en el proceso de contratación, tales como el Departamento Financiero, que es el que certifica la existencia de fondos suficientes para la contratación, los pagos en forma oportuna y la recepción y administración de las garantías presentadas por el contratista, si las hubiera; la unidad legal, que se encarga de las formalidades legales inherentes al contrato y los departamentos solicitantes, que por lo general son los que se encargan de la administración del contrato y mantienen el contacto y la relación con el proveedor.

Para la aplicación de la LOSNCP, la contratación pública ecuatoriana se basa en los siguientes principios:

- Legalidad.- Mediante el cual, las entidades contratantes deben cumplir las disposiciones previstas en las leyes, reglamentos, resoluciones emitidas por el SERCOP y toda aquella normativa que tenga relación con la adquisición de bienes y servicios o contratación de obras.
- Trato Justo.- por el cual, los oferentes de bienes y servicios o ejecutores de obras adquieren el derecho a contratar con el Estado en similares condiciones que los demás, sin que exista privilegios, ventajas o condiciones favorables para nadie, excepto aquellas que pudieran establecerse en la Ley.
- Igualdad.- este principio exige que todos los oferentes cuenten con las mismas facilidades, información, tiempo, etc, para que puedan realizar sus ofertas sobre bases idénticas.
- Calidad.- Este principio garantiza al Estado, el poder contar con bienes y servicios de la mejor calidad posible en función de los precios y demás condiciones estipuladas.
- Vigencia Tecnológica.- Mediante este principio se promueve el uso de tecnología de vanguardia y garantizar al Estado el estar a la par con el desarrollo tecnológico.
- Oportunidad.- La Ley y su reglamento de aplicación, deben proveer a las entidades contratantes de las herramientas necesarias a fin de que puedan actuar con celeridad en lo

que concierne a adquisición de bienes, o contratación de servicios, de tal suerte que las necesidades institucionales sean atendidas de manera oportuna.

- Libre Concurrencia.- mediante este principio, las entidades contratantes están impedidas de imponer restricciones o condiciones específicas que imposibiliten la concurrencia de la generalidad de los oferentes. No obstante lo mencionado, la Ley concede el derecho de la entidad contratante de establecer en los pliegos, requisitos específicos de capacidad técnica o especialización que garanticen a la entidad la contratación de un proveedor idóneo.

- Publicidad.- Mediante el cual se garantiza que los oferentes el acceso a la información referente a los procesos de contratación en curso o previstos por cada entidad, de manera que concurren al mismo la mayor cantidad de oferentes.

- Participación Nacional.- Mediante este principio, el Estado utiliza a contratación pública, no solo como un mecanismo de agilidad y transparencia en la contratación, sino como dinamizador y promotor de la producción nacional.

1.1.1 El proceso de contratación pública.

La cobertura de necesidades de contratación del sector público nace de la formulación del Presupuesto General del Estado, el mismo que, se nutre de la información presentada por cada

entidad pública en su Presupuesto Institucional, el cual debe incluir todos los ingresos y egresos previstos para el ejercicio fiscal en el que se vayan a ejecutar.

El ejercicio presupuestario inicia el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre de cada año, según se señala en el COPFP, en donde además se señala que para contraer obligaciones o celebrar contratos previamente es necesario contar con la debida certificación presupuestaria.

Para la elaboración del presupuesto institucional cada entidad pública deberá recabar la información de los distintos departamentos referente a las estimaciones de contratación de obras o adquisición de bienes, servicios o consultoría, para el ejercicio presupuestario, las mismas que deberán constar en el Plan Anual de Contratación.¹⁰

Una vez elaborada y debidamente aprobada la proforma presupuestaria, cada unidad de la entidad contratante ejecutará su parte en el Plan Anual de Contrataciones de la entidad de acuerdo al cronograma de ejecución establecido

¹⁰ Art. 22 LOSNCP “Plan Anual de Contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo , sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado”.

Art. 25 RLOSNC “... Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año...”

Art. 26 RLOSNC “Contenido del PAC.- El Plan anual de Contratación estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales y contendrá por lo menos la siguiente información:

1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plano, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan “

No está establecido en la Ley cómo es el proceso de contratación de cada entidad pública, sin embargo la práctica de la contratación distingue tres fases o etapas, una vez se haya definido la necesidad o voluntad de contratar la adquisición de un bien o la prestación de un servicio:

- a) La Etapa precontractual.- Se refiere al proceso de selección de entre el universo de proveedores, que cumplan con las estipulaciones y condiciones establecidas en los pliegos de contratación. En el proceso se distinguen las siguientes etapas:
 - La convocatoria
 - La recepción de preguntas y las aclaraciones a las mismas
 - La recepción y calificación de las ofertas
 - La adjudicación
 - La elaboración y firma del contrato

- b) La Etapa Contractual.- Con la suscripción del contrato y cumplidas todas las formalidades nacen los derechos y obligaciones de las partes contratantes, las mismas que deben estar en concordancia con los términos de referencias establecidos en los pliegos.

- c) La Etapa de Ejecución.- Es la etapa en la que el oferente adjudicatario del contrato cumple con su obligación de entregar los bienes o prestar los servicios contratados, cumpliendo con todas las especificaciones de los pliegos y las formalidades establecidas en la Ley.

1.1.1.1 La elaboración del programa anual de contrataciones.

El Plan Anual de Contrataciones (PAC) es la herramienta de planificación de cada entidad pública a través de la cual programan anticipada y ordenadamente las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, incluidos los de consultoría, necesarios para el cumplimiento de sus objetivos institucionales y en concordancia con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

En el PAC se detallan las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que cada entidad estima contratar durante el año fiscal vigente.

Ya en esta etapa del proceso de contratación se van configurando las primeras condiciones adversas para una PYME que se dedica a la prestación de servicios complementarios. Tal como se puede apreciar en su denominación, el “Plan Anual de Compras” ya establece la primera limitante a la contratación: el Plazo, el cual ya está previamente limitado a un año. Esta limitación en los plazos a los que se puede celebrar los contratos de prestación de servicios complementarios representan una contingencia para el pequeño empresario pues, tal como se verá más adelante, existe un marco legal, financiero tributario y contable que no se encuadra con los limitados plazos de contratación a los que el sector público hace sus requerimientos.

1.1.1.2 La creación de las necesidades.

Todo tipo de proceso de contratación requiere que la unidad requirente establezca la necesidad de contratar la adquisición de bienes o prestación de servicios, justificando que dicha

contratación permitirá a la entidad cumplir con sus objetivos institucionales. La creación de la necesidad es un escrito motivado y fundamentado que presenta cada unidad ejecutora en la que solicita la aprobación del inicio de un proceso de contratación. En lo que se refiere a la contratación de servicios complementarios, cada unidad requirente manifiesta, en un escrito motivado, la necesidad de contar con tal o cual servicio para cumplir con los fines institucionales.

No existe en la Ley un formato estandarizado o un modelo sobre el cual las unidades requirentes puedan manifestar su necesidad de contratar un servicio complementario, sin embargo, se pueden encontrar de manera habitual en la estructura de los escritos:

- una fase de antecedentes, en la que se expone todos los hechos pasados presentes o futuros que fundamentan la necesidad del servicio;
- una fase de desarrollo en la que se explica el por qué es necesario contar con el servicio, sea por necesidad presente o previsión futura
- Una fase de conclusiones, en la que se debe fundamentar que constituye una necesidad institucional ineludible, que requiere de ser satisfecha.
- Una fase de recomendaciones, en la que la unidad requirente exprese de manera concreta su recomendación de que se autorice el inicio del proceso que lleve a la contratación de manera oportuna.

Cada proceso de contratación deberá iniciar de manera oportuna y el PAC es la herramienta de planificación previa que permite cumplir este objetivo. La elaboración adecuada y precisa del PAC y su aplicación oportuna garantizarán a la entidad pública la satisfacción oportuna de sus necesidades y el cumplimiento satisfactorio de sus objetivos institucionales.

1.1.1.3 La certificación presupuestaria.

La certificación presupuestaria es un documento suscrito por el titular del área financiera de cada institución o quien haga sus veces, en el que se confirma o certifica que la entidad contratante cuenta con los fondos suficientes para afrontar la obligación de pago que se generará una vez se haya contratado la obra, bien o servicio requerido. Es un requisito previo e indispensable, para el inicio de todo proceso de contratación.¹¹

La no aplicación de esta formalidad legal podrá significar responsabilidad personal y pecuniaria para el funcionario público que hubiere contraído obligaciones o celebrado contratos.¹²

La certificación presupuestaria debe contener como requisito indispensable, la fecha de emisión de la misma, lo que servirá para corroborar que fue elaborada con anterioridad a la adquisición del compromiso u obligación contractual, También debe incluir la partida presupuestaria sobre la cual se comprometen los recursos y la cantidad de dinero comprometida, la cual debe ser suficientes para cumplir con la obligación a adquirir.

¹¹ Art. 14 LOSNCP, “las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar las disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.

¹² Art. 115 COPFP “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.”

Art. 178 COPFP “... Los funcionarios que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.”

1.1.1.4 La creación de los pliegos y los términos de referencia.

Una vez que se cuente con la Certificación Presupuestaria, el proceso de contratación continúa en la Unidad de Compras Públicas de la entidad contratante, en donde se procede a redactar los pliegos, en los cuales se especifica, todos los requisitos que deben cumplir las obras, bienes o servicios a contratar, así como las condiciones contractuales, plazos, modalidades de pago, garantías etc.

y cualquier otra información que sea útil para una adecuada contratación.¹³

En los pliegos, también constará de manera obligatoria los plazos establecidos para cada etapa del proceso de contratación.

1.1.2 Los tipos de contratación aplicables a pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios según la cuantía de la contratación.

La LOSNCP establece todos los mecanismos mediante el cual el Estado puede contratar la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, diseñando para el efecto procedimientos que están a la disposición de la entidad contratante y cuya aplicación dependerá del tipo de bien o servicio a contratar, el monto de la contratación y las especificaciones técnicas requeridas por la entidad. Así, en los que se refiere a bienes y servicios, la Ley establece una categorización entre bienes y servicios Normalizados y No Normalizados. Los bienes y servicios

¹³ art. 31 LOSNCP "... los pliegos contendrán toda la información, técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales..."

Normalizados, son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas sean homologadas o catalogadas. Los bienes y servicios No Normalizados, no cumplen con estas características.

En lo que se refiere a servicios complementarios, de guardianía, limpieza o mensajería, no se han establecidos criterios de homologación de especificaciones técnicas, como para que sean considerados como Normalizados, pero ello no implica que por descarte, se consideren como No Normalizados. En la práctica, cada entidad contratante establece sus criterios para determinar si el servicio complementario a contratar es Normalizado o No Normalizado y en base a ello determina el sistema de contratación a aplicar, en función del monto de la contratación.

Las entidades contratantes cuentan con las siguientes opciones de contratación:

- Compra por Catálogo Electrónico.- Útil para la adquisición de bienes y servicios normalizados, cuyos precios de adquisición y demás condiciones de entrega o provisión ya están establecidos mediante la firma de un convenio marco por lo que la contratación es inmediata y solo requiere de una orden de compra. No existen límites de montos de los bienes y servicios normalizados que se requieran, aunque si deben cumplirse con las demás formalidades de Ley como el contar con la respectiva certificación presupuestaria.
- Subasta Inversa.- Mecanismo utilizado para la adquisición o contratación de bienes y servicios Normalizados, que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía de contratación sea superior al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Para el año 2015 el presupuesto inicial del Estado fue de 36.317 millones de dólares, por lo que

aplicando el factor mencionado, el monto mínimo establecido para un proceso de subasta inversa electrónica es de USD. 7.263,40.

- **Ínfima Cuantía.-** Se utiliza para adquisiciones de bienes o servicios normalizados o no normalizados cuyos montos de contratación sea menor al resultado de multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el presupuesto inicial del Estado para el año en curso, es decir, menores a USD. 7.263,40 (para el año 2015).

- **Menor cuantía.-** Procedimiento utilizado para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados cuyo monto de contratación sea menor al resultado de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto inicial del Estado para el año en curso, es decir menos a USD. 72.634,00 (para el año 2015).

- **Cotización.-** Procedimiento utilizado para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados, cuyo monto de contratación esté comprendido entre el resultado aplicar los coeficientes 0.000002 y 0.000015 al presupuesto inicial del Estado para el año en curso, es decir ente USD. 72.634,00 y USD. 544.755,00 (para el año 2015).

- **Licitación.-** este procedimiento es utilizado para la adquisición de bienes y servicios normalizados o no normalizados cuyo monto de contratación sea superior al resultado de aplicar el factor 0.000015 al presupuesto inicial del estado para el año en curso, es decir, superiores a USD. 544.755,00 (para el año 2015).

Los dos primeros procedimientos son los llamados procedimientos dinámicos y aplican exclusivamente para la adquisición de bienes y servicios normalizados. Los siguientes aplican para la adquisición de bienes y servicios No Normalizados, aunque también mediante estos procedimientos pueden adquirirse bienes y servicios Normalizados, cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones: que sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos o si una vez aplicado dichos procedimientos, éstos hubieren sido declarados desiertos.

La contratación de obras civiles también puede hacer mediante estos procedimientos aunque los montos mínimos y máximos difieren de la contratación de bienes y servicios. Por no ser parte del tema en desarrollo se ha omitido mayor explicación al respecto.

En el tema que nos ocupa, que es el que concierne a la contratación de servicios complementarios ofrecidos por pequeñas y medianas empresa, los procedimientos que comúnmente aplican, por el tipo de servicio que se ofrece y por los montos de contratación que estarían en capacidad de cumplir, son la Ínfima Cuantía, la Menor Cuantía, la Subasta Inversa y la Cotización ya que los rangos de contratación que constan en estos procedimientos estarían dentro del límite de los USD. 544.755,00. Es menester aclarar que esta cifra y el comentario emitido, no constan en la Ley como un limitante para los montos de los contratos que se pueden realizar con pequeñas y medianas empresas. Simplemente se ha presentado la cifra de USD. 544.755,00 para sobre esa base realizar simulaciones matemáticas y financieras sobre las cuales se emitirán opiniones y conclusiones.

CAPÍTULO 2

2.1 El régimen laboral ecuatoriano

El ámbito legal en el que las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios desarrollan su actividad económica con el sector público, está altamente integrado por el Régimen Laboral, en razón de que este tipo de empresas y las actividades que realizan son intensivas en recursos humanos, cuyo rubro tiene gran peso en la composición de sus estructuras de costos.

Durante el período de análisis del presente trabajo el marco legal citado, en especial en lo que concierne a la normativa laboral ha sido modificada en algunos aspectos. Con la promulgación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de abril de 2015, el marco legal en el que se desarrollan las relaciones de los pequeños empresarios prestadores de servicios complementarios con sus trabajadores, ha sido modificado en algunos aspectos. La mencionada ley establece en sus disposiciones transitorias, que la aplicación de algunas de estas modificaciones se realizará a futuro y por etapas.

Es así que para efectos de análisis del presente trabajo, se irán invocando y presentando de manera paralela o indistinta tanto la Ley anterior como la nueva, de acuerdo al tema que se desee analizar y a las necesidades que se presenten.

Al igual que en el caso de la Ley de Contratación Pública, el Régimen Laboral Ecuatoriano presenta un marco legal muy poco flexible y que se traduce en un riesgo para el pequeño empresario al momento de realizar contratos con el sector público.

En los capítulos anteriores se ha puesto en evidencia que existen en la LOSNCP varios vacíos, limitantes y contradicciones que limitan la contratación con el sector público y que en definitiva representan una contingencia perfectamente medible en términos monetarios. Más adelante se realizará un ejercicio práctico para sustentar lo mencionado.

Asimismo, la aplicación de las leyes laborales representa también una seria contingencia para el pequeño empresario prestador de servicios complementarios, al momento de contratar con el Estado.

Básicamente, la estabilidad laboral consagrada en las leyes, los tipos de contratos laborales permitidos en el país y los mecanismos y procedimientos de terminación de una relación laboral, son los aspectos que en primera instancia se presentan como las más serias limitaciones que debería considerar un pequeño empresario al momento de preparar una oferta de servicios para el sector público.

Tal como se comentó anteriormente, estas contingencias tienen gran probabilidad de concretarse en costos para la empresa, por lo tanto merecen ser seriamente analizados antes de tomar la decisión de contratar con el Estado.

2.1.1 Los tipos de contratos aplicables a las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios.

Tal como se ha venido mencionando, las PYMEPSC establecen, al momento de contratar con el Estado, una relación ascendente, que se rige por la LOSNCP y su reglamento; y una relación descendente, que se rige por el Código Laboral.

El Código del Trabajo (CT), conceptualiza el contrato individual de trabajo como "... el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre..." El mismo código clasifica los contratos de trabajo permitidos por la Ley en:

- Expreso, que puede ser escrito o verbal; o tácito
- A sueldo, a jornal, en participación y mixto
- Por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional
- A prueba
- Por obra cierta, por tarea y a destajo
- Por enganche
- Individual, de grupo o por equipo

Para el caso de las pequeñas y medianas empresas prestadoras de servicios complementarios, los contratos que aplican específicamente, por ser parte de las exigencias de la contratación son los contratos expresos por escrito.

Dada la naturaleza de las actividades que realizan las empresas de servicios complementarios, las personas que son contratadas por éstas desarrollan su trabajo con énfasis en el aspecto físico por sobre el intelectual, considerándose para efectos de la Ley y para el análisis del presente trabajo, como obreros, en razón de lo cual las modalidades de contratación laboral que serían aplicables son las siguientes:

2.1.1.1 El contrato eventual de trabajo.

Este tipo de contrato es utilizado para satisfacer una necesidad circunstancial y específica del empleador como por ejemplo el reemplazo temporal de uno o más trabajadores que se encuentren ausentes por vacaciones, enfermedad etc. o también se pueden establecer este tipo de contratos para atender un incremento de producción o de servicios que sean habituales para el empleador.

En el primer caso, en el contrato deberán constar las circunstancias que motivan la contratación, el nombre de la persona a reemplazar y el plazo del contrato. En el segundo caso, la característica fundamental es que el plazo no puede exceder de 180 días continuos o discontinuos dentro de un lapso de 365 días.

2.1.1.2 El contrato de trabajo ocasional.

Mediante esta modalidad, el empleador puede realizar contrataciones para atender necesidades urgentes o extraordinarias y que no guarden relación con la actividad económica propia del

empleador. La duración máxima de contratación bajo esta modalidad no podrá exceder de 30 días por cada período de un año.

2.1.1.3 El contrato de trabajo por temporada.

Esta modalidad contractual es utilizada por aquellos empleadores cuya actividad económica es habitualmente cíclica o periódica. Este tipo de contratos pueden hacerse de manera individual o colectiva y gozan de estabilidad especial consagrada en la Ley, mediante la cual, los trabajadores contratados bajo esta modalidad para una temporada específica, adquieren el derecho de ser llamados a trabajar en temporadas futuras, por parte de empleadores, y en caso de no ser convocados, la relación laboral se finiquitará bajo la figura del despido intempestivo.

2.1.1.4 El contrato de trabajo a plazo fijo.

Mediante esta modalidad el empleador puede contratar trabajadores para atender las necesidades laborales derivadas de la actividad económica que realiza. De acuerdo con la Ley, la estabilidad mínima garantizada al empleado bajo esta modalidad es la de un año. Si el contrato a plazo fijo es de un año, podrá ser renovado por un período adicional similar, luego de lo cual se convertirá en contrato de plazo indefinido. En la suscripción de este tipo de contrato se puede establecer un período de prueba, el mismo que no podrá ser superior a noventa días.

A partir de abril de 2015, con la promulgación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral (LOJL) se elimina la figura de la contratación a plazo fijo, y todos los contratos suscritos bajo esta

modalidad continuarán rigiéndose por la legislación vigente a la fecha de su suscripción, hasta el 1 de enero de 2016.¹⁴

Durante el desarrollo de este trabajo, todavía se encontraban vigentes los contratos de trabajo a plazo fijo celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOJL.

2.1.1.5 Contrato de trabajo a plazo indefinido.

Este tipo de contrato no tiene un plazo de terminación determinado y al igual que en el contrato a plazo fijo, la duración mínima establecida por la Ley, es de un año. Asimismo, se podrá establecer un período de prueba que no podrá ser mayor de noventa días.

En lo que se refiere a períodos de prueba, la Ley establece que no puede celebrarse más de un período de prueba con cada trabajador.

2.1.2 La estabilidad laboral garantizada en la Ley.

Otra gran “problema” que debe enfrentar el PYMEPSC, al momento de contratar con el sector público, es la estabilidad que la Ley le obliga a garantizar a su empleado y las bonificaciones e indemnizaciones que debe afrontar en caso de verse en la necesidad de terminar la relación con

¹⁴ Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (LOJL), Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015, “Todos los contratos a plazo fijo y de enganche, celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes a la época de su celebración y en aquellos casos que corresponda, hasta el 1 de enero de 2016.”

sus empleados ante una caducidad o no renovación del contrato de prestación de servicios que suscribió con el Estado.

Tal como se mencionó la modalidad contractual que aplica para el PYMEPSC es la de contratación a plazo fijo, cuyo plazo mínimo de estabilidad es de un año.¹⁵

El panorama será más complicado para el año 2016, una vez entre en plena vigencia la LOJL, y se elimine por completo la figura de la contratación a plazo fijo, quedando como única alternativa para el empleador, el contratar a sus empleados de manera indefinida.

2.1.3 Las formas de terminación de la relación laboral.

En Código Laboral establece de manera taxativa las causas para la termina el contrato individual de trabajo:

- Por las causas legalmente previstas en el contrato
- Por acuerdo de las partes
- Por conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato

¹⁵ Art. 14 del CT "... Se establece un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinidos se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse al tales trabajadores para efectos de esta Ley, como estables o permanentes..."

- Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio
- Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo
- Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas de campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar
- Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 del CL
- Por voluntad del trabajador según el artículo 173 del CL
- Por desahucio

Con la aplicación de la LOJL, el desahucio solo podrá ser presentado por el trabajador y ya no por el empleador como estaba permitido con anterioridad a esta Ley.

2.1.4 Las formas de terminación unilateral de la relación laboral.

Para el caso que es objeto de análisis del presente trabajo, es relevante considerar las únicas alternativas que tiene el empleador para poder dar por terminada la relación laboral y los costos que la aplicación de cualquiera de ellas significaría.

Para que un empleador pueda dar por terminada de manera unilateral una relación laboral, que se haya convertido en una relación de plazo indefinido, sin que ello configure un despido intempestivo, la única alternativa que tiene es de solicitar la aprobación o visto bueno al

Ministerio del Trabajo invocando como justificativo de su petición alguna causal de indisciplina, desacato al reglamento interno o falta de probidad de parte del empleador.¹⁶

Otra forma por la cual el patrono puede dar por terminada la relación laboral es a través del desahucio.¹⁷ Esta modalidad está prevista en el artículo 184 del CL sin embargo la Ley de Justicia Laboral de abril de 2015 elimina la posibilidad de que el desahucio pueda ser solicitado por el empleador.

No obstante estar vigente esta modalidad de terminación laboral para los contratos suscritos con anterioridad de vigencia de la mencionada Ley de Justicia Laboral, el mismo CL establece limitaciones en el número de solicitudes de desahucio que puede presentar el empleador.¹⁸

¹⁶ Art. 172 del CT “Casusas por las cuales un empleador podría solicitar el visto bueno para dar por terminada la relación laboral:

- Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor a tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor;
- Por indisciplina o desobediencia grave a los reglamentos internos legalmente aprobados;
- Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
- Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes o a su representante;
- Por ineptitud manifiesta, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió
- Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador por dos años en trabajos permanentes y;
- Por no acatar medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente o por contrariar sin debida justificación las prescripciones y dictámenes médicos.”

¹⁷ Art 184 CT.- “Del desahucio.- Desahucio es el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato.

En los contratos de plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación y de no hacerlos así se convertirán en contrato de tiempo indefinido...”

¹⁸ Art. 186 CT.- “Prohibición de desahucio.- Prohíbese el desahucio dentro del lapso de treinta días, a más de dos trabajadores en los establecimientos en que hubiere veinte o menos, y a más de cinco en los que hubiere mayor número”

Es así que de una u otra forma el PYMEPSC se encuentra ante el difícil panorama de establecer con el Estado una relación de tiempo limitado, mientras que con sus empleados, la relación es en definitiva, de plazo indefinido.

CAPÍTULO 3

3.1 Efectos de los plazos de contratación requeridos por el sector público en la preparación de ofertas por parte de las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios

Las necesidades de las entidades contratantes de contar con empresas proveedoras de servicios complementarios son prácticamente indefinidas en el tiempo. Tanto la guardianía, la limpieza, la mensajería y alimentación son servicios que se requerirán permanentemente y cada año los presupuestos y el plan anual de compras de cada institución pública cuenta con el rubro presupuestario respectivo.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) concede a las entidades contratantes la posibilidad de certificar y comprometer recursos sobre la base de una programación cuatrianual.¹⁹

No obstante lo mencionado son muy pocas las instituciones que hacen uso de esta facultad de la Ley. Tal como se mencionó anteriormente, las entidades Contratantes se rigen por el Plan Anual

¹⁹ Art. 97 COPFP “... El ente rector de las finanzas públicas establecerá, sobre la base de la programación cuatrianual, los límites máximos de recursos a certificar y comprometer para las entidades y organismos que conforman el Presupuesto General del Estado...”

“... Las entidades que conforman el Presupuesto General del Estado, en base a estos límites, podrán otorgar certificación y establecer compromisos financieros plurianuales...”

de Contrataciones PAC y sobre esa base establecen su Presupuesto Anual, el mismo que, como ya se mencionó, tiene vigencia desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.

Al confrontarse las necesidades de contratación con las leyes vigentes, las entidades contratantes se encuentran con limitantes al momento de ajustar sus necesidades con el apego a las leyes y normativas y el resultado final es que en lo que se refiere a contratación de servicios complementarios, lo más común es que los plazos de los contratos estén circunscritos a la vigencia del Presupuesto Anual, que a su vez es elaborado en base al Plan Anual de Contrataciones.

3.1.1 Los plazos de contratación de servicios complementarios por parte del sector público.

Como resultado de lo mencionado en el acápite anterior, el Pequeño Empresario Prestador de Servicios Complementarios (PYMEPSC) encuentra una gran dificultad al contratar con el Estado, en el limitado plazo de la contratación, que como ya se dijo, en los mejores casos alcanza el año de duración y, sin una probabilidad positiva y razonable de renovar el contrato a su terminación, resulta que el plazo de contratación, conlleva el riesgo casi certero de, por un lado no recuperar la inversión realizada para atender el contrato y por otro lado incurrir en gastos de indemnización a los trabajadores que deberían ser despedidos en virtud de la terminación del contrato.

3.2 Análisis cuantitativo de los efectos de los plazos de los contratos en la elaboración de propuestas de servicios complementarios

Para poder tener una visión más clara del escenario al que se enfrenta un pequeño empresario prestador de servicios complementarios, se plantea a continuación el caso, no del todo hipotético, de una pequeña empresa prestadora de servicios complementarios de limpieza que aplica a un proceso de contratación común, publicado en el Portal de Compras Públicas.

Para el ejemplo a desarrollar se considerará una empresa prestadora de servicios complementarios de limpieza que oferta para un contrato requerido por una empresa pública, cuyas características son las siguientes:

Área total de limpieza:	18.000 mts ²
Horario de cobertura:	Lunes a viernes de 7h00 a 16h00
Personal requerido:	29 auxiliares de limpieza
Maquinaria requerida:	6 Lavadoras, abrillantadora de pisos 3 Aspiradoras semi-industriales 22 coches de limpieza 3 escaleras 1 Hidrolavadora de pisos de alta presión
Plazo del contrato:	1 año
Precio referencial:	USD. 264.000,00

Bajo estas condiciones, el escenario financiero que afronta el pequeño empresario sería el siguiente:

INGRESOS ANUALES	264.000,00
GASTOS ANUALES	
Gastos Operativos	
Sueldo del Personal Operaciones	165.993,74
Materiales de Limpieza	16.270,08
Reposición y Mantenimiento	
Activos fijos	3.000,00
Gastos Administrativos	
Sueldo del personal Administrativo	45.188,10
Arriendo	4.800,00
Servicios Generales	960,00
Suministros oficina	3.000,00
Total	235.251,92
Utilidad Bruta Anual	28.748,08
Impuesto a la renta generado	6.324,58
Participación Laboral	4.312,21
Utilidad a repartir	18.111,29

Según la simulación realizada la empresa ha generado una utilidad líquida para reparto entre socios de USD. 18.111,29, lo que a primera vista resulta conveniente. No obstante lo mencionado, la inversión inicial mínima que requiere el pequeño empresario para atender este contrato se refleja en la tabla siguiente:

ACTIVOS DE OPERACIÓN

Descripción	Unidad	Cant.	Precio Unit	Total anual
Abrillantadora de pisos	Unidades	6	1.800,00	10.800,00
Hidrolavadora	Unidades	1	1.300,00	1.300,00
Aspiradora industrial	Unidades	3	1.300,00	3.900,00
Coches limpieza	Unidades	22	533,25	11.731,50
Señalética de precaución	Unidades	22	22	484
Escaleras	Unidades	3	120	360
Total				28.575,50

Como se puede apreciar, la utilidad generada no es suficiente para cubrir el monto de la inversión requerida para atender el contrato. Se requeriría al menos de dos años para poder recuperar la inversión y empezar obtener ganancias reales.

3.3 Comentario personal

Tal como se ha venido manifestando y comprobando, los pequeños empresarios del sector de los servicios complementarios adoptan varios riesgos al momento de contratar con el Estado, toda vez que los plazos a los que generalmente se demandan los servicios no superan el año, y tal como se demuestra en el ejemplo presentado, inversión inicial requerida no alcanza a ser cubierta con las utilidades generadas, por lo que si al final del contrato, éste no fuera renovado, el pequeño empresario tendría que ver cuánto podría recuperar en efectivo al vender la maquinaria y obtener así algún beneficio monetario.

CAPÍTULO 4

4.1 Efectos de la aplicación del régimen laboral ecuatoriano en los costos de las pequeñas y medianas empresas de servicios complementarios

4.1.1 Los costos por desahucio y despido intempestivo.

Tal como se comentó anteriormente, la terminación de la relación laboral, tramitada por el empleador requiere del aviso o notificación de su voluntad de dar por terminado el contrato al vencimiento y con al menos 30 días de anticipación, y de no hacerlo así, el contrato de plazo fijo se convertirá en uno de plazo indefinido.

Por otra parte, existe la prohibición expresa en la Ley de presentar el desahucio a más de cinco personas dentro de un lapso de treinta días, para aquellas empresas que tengan más de 20 trabajadores, tal como la empresa que se está utilizando en el ejemplo.

En virtud de estas limitaciones legales, el resultado final es que de darse la terminación del contrato de servicios complementarios con el estado, el empleador no podría sino desahuciar a cinco trabajadores, de los veinte y nueve contratados y por tanto, los contratos de los veinte y cuatro trabajadores restantes se convertirían en contratos de plazo indefinido, cuya terminación

unilateral por parte del empleador, debería hacerse bajo la figura del despido intempestivo, que conlleva a las bonificaciones e indemnizaciones consagradas en Código Laboral.²⁰

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código...”

En caso que es objeto de análisis, el empleador se ve obligado a terminar la relación laboral con veinte y cuatro de sus trabajadores bajo la figura del despido intempestivo. Los costos por bonificación por desahucio e indemnización por despido intempestivo serían entonces los siguientes:

Bonificación por desahucio = Sueldo percibido X 25% X años servicio
Individual Usd. 359,00 X 25% X 1 año = 89,75

Bonificación total por desahucio = Usd. 89.75 X 24 = Usd. 2.154,00

²⁰ Art. 185 CT.- “Bonificaciones por desahucio.- En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio solicitado por el empleador o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con el veinte y cinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador...”

... Lo dicho no obsta el derecho de percibir las indemnizaciones que por otras disposiciones correspondan al trabajador.”

Art. 188 CT.- “Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código...”

Indemnización por despido intempestivo (mínimo 3 años)	Sueldo percibido X años de servicio (mínimo 3 años)
Individual	Usd. 359,00 X 3 = 1.077,00
Indemnización total por despido intempestivo	Usd. 1.077,00 X 24 = 25.848,00
Costo total de la terminación laboral	
Indemnización por despido intempestivo	Usd. 25.848,00
Bonificación por desahucio	2.154,00
Total	Usd. 28.002,00

4.1.2 Los costos por provisiones por jubilación y desahucio.

Hasta ahora se han presentado dos casos que, aunque sean hipotéticos, no están alejados de la realidad y son perfectamente factibles y aplicables a un contrato como el planteado.

Se ha puesto de manifiesto, como en el primer caso, que en los plazos que normalmente se ofrecen para los contratos de servicios complementarios, el pequeño empresario no alcanza a generar utilidades suficientes como para poder amortizar la inversión inicial que debió afrontar para atender el contrato. En el ejemplo planteado se requeriría de un mínimo de dos años de contratos con ganancias similares, para que recién al tercer año de contrato, el pequeño empresario empiece a percibir ganancias líquidas y reales.

Respecto del tema de las indemnizaciones y bonificaciones por terminación unilateral del contrato, en el caso de una renovación a ampliación del plazo contractual, parecería, en primera

instancia, que el pequeño empresario estaría libre de este riesgo lo que significaría un incentivo para aceptar el contrato.

Sin embargo, existe para el pequeño empresario otro factor limitante que podría desincentivar su interés en contratar con el Estado. Básicamente se hace referencia a la aplicación de la normativa contenida en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), cuya aplicación es obligatoria desde el año 2012.

Bajo esta normativa y en específico, bajo lo estipulado en la NIC 19 “Beneficios a los Empleados”, los empresarios en general deberán reconocer en sus balances los beneficios que por Ley o por voluntad del empleador, les corresponde.

Esta normativa hace una distinción de estos beneficios entre aquellos que son de corto plazo, es decir que se espera liquidar dentro de los doce meses siguientes al final del periodo contable, y aquellos de largo plazo, que comprenden todos aquellos beneficios que no son de corto plazo, los beneficios posteriores al período de empleo y las indemnizaciones por cese.

En esta última categoría se ubica tanto las bonificaciones por desahucio, las indemnizaciones por despido intempestivo y las jubilaciones patronales.

Para el registro en contabilidad de estos rubros, la citada NIC 19 establece que se deben utilizar técnicas actuariales para hacer una estimación fiable del costo final para la empresa del beneficio que tienen devengados los empleados en virtud de la prestación de sus servicios personales.

Hecho esto, la norma estipula el cálculo del valor presente de dichos estimativos y establecer o determinar el valor a reconocer en el período contable.

En lo que se refiere a jubilación patronal su análisis resulta irrelevante dado que esa provisión la debe realizar el pequeño empresario sobre todos sus empleados independientemente de si los mismos prestan sus servicios complementarios en empresas privadas o públicas.

Sin embargo, en lo que se refiere a bonificación por desahucio e indemnización por despido intempestivo, que son los gastos que deberá incurrir el empresario para dar por terminada la relación laboral, si se puede hacer una distinción entre contratación privada y pública. Mientras en la contratación privada el pequeño empresario tiene mayores probabilidades de continuar prestando sus servicios habida cuenta de que no existe impedimento legal para renovar contrato indefinidamente, en la contratación pública existe la limitante del plazo contractual, el mismo que no admite renovaciones o ampliaciones del plazo automáticas. El contrato termina una vez cumplido el plazo sin embargo, podría el pequeño empresario volver a contratar con la misma institución por un nuevo periodo, pero para ello, no cuenta con ninguna garantía. Ni siquiera con una razonable probabilidad de que así sea.

Pero, aún cuando se dé esta situación, en la que terminado el contrato, el pequeño empresario vuelva a contratar con la misma entidad, luego de adjudicarse el contrato a través de cualquiera de las modalidades mencionadas, la contingencia de no renovar a futuro sigue vigente y en aplicación de lo estipulado en la normativa NIC 19, el pequeño empresario debe registrar una provisión contable del costo que le significaría terminar la relación laboral con sus empleados bajo la figura del despido intempestivo, si el segundo contrato no fuese renovado.

Si bien es cierto, esta provisión no representa una erogación de dinero en efectivo, si limita las utilidades de socios y accionistas, pues el registro de la misma genera un gasto contable que puede mermar o en definitiva eliminar las utilidades disponibles para los socios, con lo que no existe incentivo para contratar con el Estado.

En definitiva, un empresario y sus socios buscan obtener de un contrato, un beneficio económico en efectivo, que es su incentivo para invertir y el premio al riesgo asumido. Pero el solo hecho de contratar con el Estado en los plazos habituales de un año o menos ya le supone al pequeño empresario el no tener utilidades para repartir el final del periodo o del contrato.

4.1.3 Otros costos no recuperables.

Tal como se mencionó en capítulos anteriores, al momento de elaborar los términos de referencia y los presupuestos referenciales, los encargados consideran por lo general los costos directos que pudieran tener los empresarios dejando por fuera de consideración todos aquellos costos indirectos que están directamente ligados al desarrollo de una prestación de servicios complementarios y que el pequeño empresario difícilmente podrá trasladar al precio de oferta.

Cuando se habla de prestación de servicios complementarios hay una tendencia a considerar como únicos gastos aquellos que tienen que ver con los sueldos y beneficios laborales que perciben los trabajadores.

Los gastos de reclutamiento, capacitación, salud ocupacional, manejo administrativo y de nómina, reemplazos por enfermedad etc. que son ineludibles para el pequeño empresario, deben ser asumidos por él en desmedro de su beneficio final y difícilmente pueden ser recuperados en los plazos tan reducidos que se ofrecen las empresas públicas para la contratación de estos tipos de servicios.

CAPÍTULO 5

5.1 Conclusiones

El objetivo principal planteado para el presente trabajo es determinar si los pequeño empresarios ecuatorianos que se dedican a la prestación de servicios complementarios, encuentran condiciones económicas favorables en la contratación con el estado, de tal suerte que se cumplan los principios fundamentales consagrados tanto en la Constitución como en la Ley de Contratación Pública que buscan a través de una asignación racional y eficiente del gasto público, el desarrollo de las empresa nacionales en general y pequeñas y medianas empresas en particular.

En la fase precontractual de la contratación aparece sin lugar a dudas los mecanismos de calificación y preferencia, que buscan tal objetivo. La preferencia que otorga la Ley en lo que se refiere a la contratación en función del Valor Agregado Ecuatoriano de la Oferta, como los porcentaje de preferencia hacia la pequeña y mediana empresa sobre la gran empresa, son ejemplos de los mecanismos con los que el Estado busca cumplir con los mencionados objetivos. De hecho, a través de su aplicación, el gasto público ecuatoriano se ha orientado hacia pequeñas y medianas empresa de origen ecuatoriano, sin embargo, el hecho de que la adjudicación del contrato favorezca a este tipo de empresas, no significa necesariamente que esto sea un mecanismo de desarrollo y tal como se ha venido manifestando en el desarrollo del presente y trabajo existen algunas limitaciones e incongruencias de índole legal que dan como resultado que la contratación con el Estado por parte de un pequeño empresario prestador de servicios

complementarios, suponga para él el asumir un riesgo financiero sumamente alto, que no puede ser cubierto con el beneficio que pudiera obtener del contrato.

Tal como se comentó en el capítulo 1, mientras el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas permite a las instituciones públicas una planificación plurianual, sobre la cual existe la posibilidad de establecer pre-compromisos presupuestarios, en la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, se menciona únicamente una planificación anual, y que está circunscrita al ejercicio presupuestario que comprende el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, situación ésta que se confirma en el concepto y aplicación del Plan Anual de Contrataciones, cuya pura denominación establece una limitante al encargado de compras públicas para realizar procesos de contratación de mayor plazo.

Esta limitación de contratar a mayor plazo, que se deriva del vacío legal que existe entre el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se conjuga con la Ley de Régimen Laboral Ecuatoriano y la consagrada estabilidad laboral que existe en ella, para que en definitiva, el solo de hecho de contratar con el sector público, le signifique al pequeño empresario prestados de servicios complementarios incurrir en una seria contingencia financiera.

Tal como se demostró con el ejemplo planteado, al no haber una posibilidad razonable de que en caso de ganar un contrato de prestación de servicios complementarios, éste sea renovado a su vencimiento, el costo de indemnización por despido intempestivo a los trabajadores, que no pueden ser desahuciados en virtud de las leyes invocadas, supera con creces el beneficio económico que pudiera obtener el pequeño empresario del contrato adjudicado.

Por su parte, el Régimen Laboral Ecuatoriano, no contempla dentro de sus modalidades de contratación, ninguna que se ajuste cabalmente al plazo de duración del contrato de servicios complementarios que pudiera adjudicarse.

Esta situación se agrava aún más con la recientemente aprobada Ley Orgánica para la Justicia Social y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, pues en ella se estipula que la única forma de contratación laboral que tienen los pequeños empresarios es mediante el contrato a plazo indefinido, por lo que, independientemente de la duración del contrato de servicios complementarios que consiga el pequeño empresario, el solo hecho de firmarlo implica que al término del mismo se deba incurrir inevitablemente en costos de indemnización por despido intempestivo a los trabajadores.

Tampoco encuentra alivio el micro empresario con una renovación adicional del contrato por un año más, pues tal como se mencionó, la contingencia del pago de indemnizaciones por despido intempestivo subsisten al nuevo contrato y, aun cuando no se paguen en efectivo a los trabajadores, la normativa contable vigente demanda que dicha contingencia sea valorada y provisionada contablemente, con lo que no se repartirían beneficio a los socios, lo que en definitiva es un desincentivo para invertir.

Por el lado de las inversiones requeridas, la limitación en los plazos de contratación provoca que los pequeños empresarios no alcancen a recuperar en tan corto plazo los montos erogados para la inversión en activos fijos.

En definitiva y dando contestación al problema, se concluye que el marco legal principal en el que se desenvuelven los pequeños empresarios prestadores de servicios complementarios, al momento de realizar contratos con el estado, hace que las condiciones económicas y financieras no sean adecuadas para garantizarles rentabilidad, estabilidad y desarrollo.

5.2 Recomendaciones

Tal como se concluyó, las principales leyes que rigen las relaciones comerciales del pequeño empresario prestador de servicio complementarios, con el Estado y las de éste a su vez con los empleados que requiere contratar para el desarrollo de dicho contrato, prácticamente significan la quiebra del empresario en el caso de que el contrato no sea renovado al final de su plazo.

Necesitaría el pequeño empresario de por lo menos tres años o más de contrato para que los beneficios que pueda generar cubran el riesgo y los costos que supone la suscripción de un contrato a menor plazo.

Tal como se planteó, la solución puede provenir tanto de facilitar a las empresas públicas la contratación de servicios complementarios a plazos mayores de un año, así como establecer una mayor flexibilidad laboral para los trabajadores de este sector, de tal suerte que la duración de la relación laboral esté directamente concatenada a la duración del contrato de prestación de servicios complementarios para el que fue contratado el trabajador.

Para lo primero, se propone una revisión tanto al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Pública como a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de tal suerte que la posibilidad de establecer una planificación presupuestaria plurianual también sea incorporada a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y Pública y su Reglamento y se permita así a las empresas públicas, la contratación a mediano y largo plazo de todos aquellos rubros que de antemano se conoce que se incurrirán, como por ejemplo, guardianía, limpieza, alimentación etc.

Con esto no solo se le ofrece un ambiente adecuado y económicamente viable para desarrollar su negocio, sino que otorga a las entidades públicas la posibilidad de reducir los costos y ahorrar tiempo en contrataciones periódicas.

La recomendación en específico es incorporar en la Ley la figura del Plan Plurianual de Contrataciones, exclusivo para aquellos rubros que son cotidianos en el desarrollo administrativo de la entidad contratante. Para la elaboración de este plan, la entidad contratante deberá en primer lugar determinar cuáles son los rubros de gastos administrativos en los que incurre inexorablemente y sobre esa base realizar una estimación presupuestaria que se revisaría anualmente en función de la inflación o de los nuevos requerimientos que pudiere haber. Una vez establecido este Plan Plurianual de Contrataciones, la entidad pública tendría libertad para realizar contrataciones a mediano plazo. Por su parte, los departamentos financieros de cada entidad pública deberán tomar en consideración los compromisos presupuestarios pre establecidos.

No obstante lo mencionado y con el afán de que la contratación a mediano plazo no sea un limitante para que las empresas públicas puedan rescindir contratos con aquellos proveedores de servicios que no cumplan sus expectativas de calidad, en paralelo podría establecerse que para este tipo de contrataciones, exista también un régimen especial de terminación contractual en casos de incumplimientos.

Con estas dos medidas las empresas públicas contratantes tendrán mayor seguridad y facilidad al contratar servicios complementarios, a la vez que ahorrarán tiempo y dinero en lo que se refiere a procesos de contratación. Por su parte el pequeño empresario estará más incentivado a invertir y contratar con el sector público a sabiendas que la estabilidad contractual ofrecida le permitirá recuperar adecuadamente lo invertido y generar beneficios suficientes para cubrir cualquier riesgo financiero de los mencionados.

Otra forma de proveer el pequeño empresario prestador de servicios complementarios de mayor seguridad al momento de contratar con el estado, es el establecer una preferencia hacia aquellas empresas que han ejecutado satisfactoriamente un contrato de servicios complementarios con el Estado. Para ello se debería tanto en la Ley Orgánica de Contratación Pública como en su reglamento un parámetro de preferencia para aquellas empresas que estén prestando el servicio complementario a satisfacción de la entidad pública contratante.

La idea es que si una empresa se adjudica un contrato de este tipo por el plazo de un año, y al término de éste, decide participar en el proceso de contratación siguiente, la empresa que ya ha demostrado su solvencia, su responsabilidad y su capacidad para atender adecuadamente el contrato, tenga el derecho de preferencia hacia la próxima contratación, mediante el otorgamiento de dos puntos adicionales en la calificación de su propuesta. De esta manera, la probabilidad de

renovar la contratación dependerá en gran parte de la calidad del servicio ofrecido y la seriedad y responsabilidad en el cumplimiento del mismo por parte del proveedor.

Otra manera de ofrecer condiciones adecuadas para el pequeño empresario prestador de servicios complementarios a fin de que la contratación con el sector público sea económicamente viable y le asegure estabilidad y desarrollo, es el modificar las leyes laborales a fin de que se le otorgue mayor flexibilidad a la contratación laboral cuando ésta sea para atender contratos con el sector público. De esta manera la relación laboral entre el pequeño empresario y sus trabajadores estará directamente concatenada a la duración del plazo contractual.

Tal como se mencionó, las opciones de contratación laboral que tienen el empresario, y que están consagradas en el artículo 11 del Código del Trabajo, suponen una desventaja para el pequeño empresario al momento de contratar con el sector público, toda vez que mientras su contrato de prestación de servicios complementarios tiene una fecha de terminación claramente establecida y sin ninguna probabilidad razonable de conseguir una extensión de su contrato, la contratación laboral con sus empleados es de plazo indefinido, por lo que al momento de terminar el contrato de prestación de servicios complementarios, inevitablemente deberá incurrir el costos de indemnización por despido intempestivo, que no podrán ser cubiertos con los beneficios generados y que por lo tanto provoque un desincentivo para el desarrollo de este sector.

La solución propuesta es incorporar en la Ley una figura mediante la cual los trabajadores contratados por las pequeñas empresas de servicios complementarios para atender contratos con el sector público mantengan una relación laboral durante el tiempo que dure la contratación con el Estado y que al término de la misma no haya lugar a indemnizaciones laborales.

Actualmente existe una figura muy parecida a la propuesta, que rige para la contratación de obreros del sector de la construcción. En el Acuerdo Ministerial No. 0058 de marzo de 2014, expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales, se establece un régimen especial de contratación para aquellos trabajadores del sector de la construcción. Así:

“Art. 10.- Contrato de trabajo para actividades de la construcción.- El contrato que regirá para los trabajadores y empleadores de la construcción, tendrá como objeto la ejecución de labores determinadas de manera general, las cuales serán realizadas por el trabajador, dentro de un proyecto de construcción, arquitectónico o de ingeniería, siendo por lo tanto diferente del contrato de obra cierta, contemplado en el artículo 16 del Código del Trabajador.”

“Art. 11.- Duración.- El período de duración de los contratos para el sector de la construcción, podrá ser:

1. A plazo fijo o por tiempo indefinido, según lo establecido en el Código del Trabajo.
2. Si el empleador requiriere a uno o varios de sus trabajadores para que labore en más de una fase, etapa o proyecto de construcción, deberá realizar contratos a plazo fijo o a plazo indefinido, conforme a las norma del Código del Trabajo.
3. Por el tiempo de duración del proyecto de construcción y/o de la obra, o de acuerdo a la planificación de trabajo realizada por el empleador en función de las etapas o frentes del servicio de la construcción para las cuales se contrata al trabajador.

El plazo de duración del contrato de trabajo de la construcción se determinará expresamente en función de la duración de la referida etapa o frente de la obra correspondiente para el que fue contratado.

El contratante establecerá el inicio y la terminación de las actividades, etapas y/o frente de trabajo. El contratante deberá adjuntar al contrato del trabajador, el cronograma detallado de ejecución en que se establezcan, aproximadamente, la duración de las etapas, fases o proyecto en el cual laborará el trabajador de la construcción.”

Estos dos artículos del Acuerdo Ministerial 0058 otorgan a los empleadores de la construcción la posibilidad de establecer relaciones laborales con sus trabajadores en función de la duración de un proyecto de construcción específico o de la duración de una etapa o fase de construcción.

Se propone establecer una figura similar para el sector de los pequeños empresarios prestadores de servicios complementarios que contraten con el Estado, de tal suerte que se le permita al empleador establecer relaciones laborales cuya duración este directamente ligada a la duración del contrato de prestación de servicios que mantiene con el Estado, de modo que al finalizar el plazo del mismo, finaliza en paralelo la relación laboral con los empleados contratados para el desarrollo del contrato, sin lugar a indemnizaciones por despido intempestivo.

De esta manera se elimina el riesgo financiero que se advirtió anteriormente y constituye un verdadero incentivo para el desarrollo de los pequeños medianos empresarios prestadores de servicios complementarios, cumpliéndose así con el objetivo de promover la participación de

artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas en el marco de la Ley de Contratación Pública, según reza el numeral 5 del artículo 9 de la mencionada Ley.

BIBLIOGRAFIA

Aguirre, José Luis, *La discrecionalidad de la adjudicación de los contratos sujetos a los procedimientos comunes de la codificación de la ley de contratación pública*. Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2006.

Albán, Ernesto, *Régimen laboral ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales, 2010.

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005, última modificación 26-sep-2012.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Suplemento 306 de 22-oct-2010, última modificación 12-sep-2014.

Dávila, Pablo, *Manual de práctica procesal de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: 2013.

Editorial López y Asociados, *Interrogantes y respuestas sobre la nueva ley de contratación pública*. Quito: 2010.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015,

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 4-ago-2008, última modificación Registro Oficial Suplemento 100 de 14-oct-2014.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Decreto Ejecutivo No. 1700 publicado en el Registro Oficial suplemento No. 588 de 12-may-2009, última reforma Decreto Ejecutivo 1499 publicado en el Registro Oficial Suplemento 916 de 20-mar-2013