

OFICIO INCOP No.DE - 7155 - 2010

Quito, 16 de septiembre de 2010

Ingeniero

Jorge Cisneros T.

GERENTE GENERAL

FARMASOLE.P.

Presente.-

De mi consideración:

En atención a su oficio No. 008-Farmasol E.P. de 17 de agosto de 2010 (y a la ampliación del mismo, presentada mediante oficio s/n de 23 de agosto de 2010), a través del cual solicita una determinación del INCOP respecto de las actividades de contratación que podrían ser consideradas como parte de los giros específico y común de su negocio, en los términos del último inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, le manifiesto lo siguiente:

I. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

- a. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, en el inciso cuarto del numeral 8 de su artículo 2, prevé que las empresas públicas, las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público o sus subsidiarias, podrán contratar según el procedimiento de contratación de Régimen Especial previsto en el reglamento general de la citada ley, las obras, bienes y servicios que correspondan al giro específico del respectivo negocio. Además, el siguiente inciso dispone que sea el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública quien determine los giros específico y común de las entidades contratantes que deseen aplicar este procedimiento de contratación.

b. El I. Concejo Cantonal de Cuenca, con fecha 24 de junio de 2010, expidió la Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Farmacias Municipales Solidarias FARMASOL EP. El artículo 2 del mencionado acto constitutivo establece como parte del objeto social de FARMASOL EP las siguientes actividades:

- i. Prestar el servicio público de suministro solidario de medicamentos a la sociedad en general, y particularmente al cantón Cuenca;
- ii. Dotar de medicinas gratuitas para apoyo social y humanitario en proyectos con personas con capacidades diferentes, pacientes crónicos con enfermedades terminales, ayudas médicas a instituciones de carácter social, personas de la tercera edad, entre otros proyectos sociales; y,
- iii. Comprar, vender, comercializar, importar, exportar todo tipo de medicamentos de marca, medicamentos genéricos, productos farmacéuticos, sustancias dietéticas de uso médico, suplementos vitamínicos, productos higiénicos para la medicina, productos de higiene personal, equipos y suministros básicos para la medicina y productos afines.

II. SOLICITUD DEL GIRO DE NEGOCIO DE FARMASOL E.P.

Para efectos de aplicación del Régimen Especial de Contratación establecido en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, FARMASOL E.P. ha solicitado la calificación del giro específico respecto de la adquisición de medicamentos de marca, medicamentos genéricos, productos farmacéuticos, sustancias dietéticas de uso médico, suplementos vitamínicos, productos higiénicos para la medicina, productos de higiene personal, equipos y suministros básicos para la medicina y productos afines. Además, es parte de la solicitud presentada un anexo con la lista de bienes específicos que corresponden a las categorías antes descritas.

III. DETERMINACIÓN DEL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO DE FARMASOL E.P.

Para establecer la pertinencia del pedido de la empresa solicitante, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

1. FARMASOL E.P. es una empresa pública, regida por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.

48 de 16 de octubre de 2009. Es decir, la solicitante debe observar las prescripciones de esta ley orgánica, en todos sus aspectos.

2. La ley orgánica en mención, en su Título V, establece con detalle las características del sistema de contratación de toda empresa pública, en concordancia con la norma aplicable de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP.
3. En esta lógica, una empresa pública debería contratar, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, todo lo no reconocido como parte del giro específico del negocio, según los procedimientos establecidos en la LOSNCP, en su reglamento y además en las resoluciones del INCOP que complementen con carácter general las disposiciones reglamentarias.
4. Lo que sea parte del giro específico del negocio de una empresa pública, por disposición legal, y para efectos de contratación pública, puede ser entendido como tal, siempre y cuando las contrataciones correspondientes tengan relación estricta con la razón de existencia de la empresa pública, que no puede ser otra sino el objeto social establecido y legalmente reconocido.
5. FARMASOL E.P. ha presentado una solicitud para que las adquisiciones de ciertos bienes sea reconocida como parte del giro específico de su negocio, en el ámbito de la contratación pública, y para el efecto ha adjuntado una lista de bienes que corresponden a su objeto social, según la respectiva ordenanza. En este sentido, debe reconocerse que inclusive para ampliar sus actividades, la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé un régimen especial de contratación, que releva a tales empresas de utilizar los procedimientos comunes que la contratación pública común prevé.
6. Si la LOSNCP y la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevén un régimen especial de contratación, al INCOP le compete verificar la correspondencia del sujeto solicitante con la prescripción legal existente: en el caso de FARMASOLE.P., existe identidad subjetiva y objetiva, pues se puede afirmar que se trata de una empresa pública cuya solicitud empata plenamente con su objeto social.
7. Con los antecedentes expuestos, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de la competencia legalmente establecida en el último inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una vez analizada la solicitud de giro específico del negocio propuesto por FARMASOLE.P., establece que corresponde al giro específico del negocio la adquisición de la lista de bienes que forma parte de la ampliación de



la solicitud presentada por FARMASOL E.P., y que es parte del expediente administrativo correspondiente.

8. Debe dejarse en claro que la definición del INCOP atañe, como no podría ser de otra manera, al ámbito de la contratación pública. Por esta razón, la entidad solicitante debe saber que el cumplimiento de cualquier otra disposición constitucional o legal que exista respecto del ámbito de las prestaciones y el modelo de su gestión, es de su absoluta responsabilidad. En función de ser empresa pública, FARMASOL E.P. ha solicitado un régimen previsto en la contratación pública, pero esa realidad no le exime del cumplimiento de toda la normativa adicional en vigencia, que tenga relación con el desarrollo de sus actividades. El INCOP carece de competencia para determinar si el objeto social de la Empresa Pública solicitante debe observar otro tipo de régimen, regulación o normativa a fin de emprender en las actividades económicas cuya definición de giro del negocio se solicita.

Para efectos de la concesión del giro específico del negocio, FARMASOL E.P., en aplicación del artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podrá realizar las contrataciones que se han definido como parte aquel giro, según el procedimiento que conste en su ley específica, o en su defecto empleará las prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional, sin sujetarse a las normas de procedimiento precontractuales contenidas en la LOSNCP. Para el efecto, la máxima autoridad de la entidad contratante emitirá una resolución motivada que determine taxativamente las contrataciones y el régimen a aplicar, y la publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec. Asimismo, publicará en el Portal los contratos derivados de la aplicación del régimen especial del giro del negocio, y toda la información necesaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En la aplicación del Régimen Especial de Contratación relacionado con el giro específico del negocio, deberán observarse los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, y los objetivos aplicables previstos en el artículo 9 de la mencionada ley.

Por otro lado, en cumplimiento del artículo 105 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, FARMASOL E.P. deberá contratar los bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que no hayan sido considerados dentro de la definición de su giro específico de negocio, siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la Ley y en este Reglamento General.

Del mismo modo, se recuerda que la autorización para realizar contrataciones según el giro específico del negocio, no exime a las entidades contratantes de la obligación de considerar como proveedores únicamente a aquellas personas naturales o jurídicas



que estén habilitadas en el Registro Único de Proveedores, RUP, a través de cualquiera de los procedimientos previstos en la Resolución INCOP No.046-2010, de 17 de agosto de 2010, que está a disposición de entidades contratantes y proveedores a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Finalmente, el INCOP se reserva la posibilidad de revisar este pronunciamiento si en el futuro hubieran otros hechos o normas no consideradas en este pronunciamiento, caso en el cual la responsabilidad por las contrataciones efectuadas será de estricta responsabilidad de la entidad contratante.

Atentamente,



Dr. Jorge Luis González
DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO
NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

