

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0091-OF

Quito, D.M., 11 de marzo de 2020

Asunto: Absolución de Consulta respecto a la definición de firmas consultoras en el procedimiento de consultoría (artículos 41 de la LOSNCP, 32 de su RGLOSNCP y 32 de la Codificación de Resoluciones)

Señor

Iván Fernando Ontaneda Berrú

Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca

MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Av. Malecon 100 y Av. 9 de octubre, Edificio la Previsora (GYE- Ecuador); Av. Amazonas entre Unión Nacional de Periodistas y Alfonso Pereira Plataforma Gubernamental Financiera (Quito- Ecuador)

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2020-0119-O, de 10 de marzo de 2020, mediante el cual consulta a este Servicio respecto al procedimiento de consultoría, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante oficio Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2020-0119-O, de 10 de marzo de 2020, el ingeniero Iván Fernando Ontaneda Berrú, Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, requirió a la economista Silvana Vallejo, Directora General del SERCOP, se absuelva la siguiente consulta: “(...)

1. *¿Qué se debe entender por firma consultora?*
2. *¿Qué tipo de personas jurídicas pueden constituirse en asociación o consorcio o promesa de asociación o consorcio para ofrecer servicios de consultoría dentro del proceso de concurso público Nro. CPFFCR0012020 el que se ha convocado a firmas consultoras o asociación o consorcios de estos (de la misma naturaleza)?; y,*
3. *De acuerdo a los pliegos del proceso de concurso público Nro. CPFFCR0012020 y la naturaleza jurídica de los oferentes ¿Quiénes pueden ser considerados como firmas consultoras dentro del proceso de concurso público Nro. CPFFCR0012020? (...)*”.

Mediante Memorando Nro. MPCEIP-CGAJ-2020-0121-M, de 10 de marzo de 2020, la abogada Patricia Armijos Armijos, Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, remitió al ingeniero Iván Fernando Ontaneda Berrú, Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, criterio jurídico respecto a las interrogantes formuladas a este Servicio.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en cumplimiento de sus atribuciones legales conferidas por Ley (artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP), le corresponde asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública determinados por la precitada Ley.

En este contexto, y con respecto a su requerimiento resulta indispensable analizar al procedimiento de consultoría descrito en los artículos 6 números 7 y 8; 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, en los artículos 32 al 41 de su Reglamento General y en las disposiciones determinadas en la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP[1].

El procedimiento de consultoría es aquel servicio especializado de carácter intelectual que realiza una persona natural o jurídica para proveer a la entidad contratante el mejor consejo calificado respecto de un determinado asunto, en este mismo sentido lo señala de forma literal el artículo 6 número 8 de la LOSNCP, al referirse a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0091-OF

Quito, D.M., 11 de marzo de 2020

diseño u operación.

Así mismo, la doctrina indica que la consultoría a diferencia de la prestación de determinado servicio, posee como finalidad la realización de la prestación de un **servicio profesional** que indispensablemente requiere la existencia de un dictamen o juicio profesional especializado[2], por ello la normativa en el artículo 32 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha previsto la participación en igualdad de condiciones entre oferentes, garantizando así los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública enunciados en los artículos 4 y 9 de la LOSNCP, al disponer la naturaleza de los oferentes para participar, evitando que compitan consultores individuales, firmas consultoras y universidades y escuelas politécnicas, así como fundaciones y corporaciones, entre sí en un procedimiento de consultoría.

En este sentido, al momento que la entidad contratante determina la naturaleza de los participantes, lo hace con el fin de que los consultores ostenten la misma naturaleza y compitan en igualdad de condiciones, siendo una obligación expresa por parte de la entidad establecer a quienes se dirige su participación, al tenor del artículo 99 de la LOSNCP.

Ahora bien, respecto a la consulta a qué se entiende por firma consultora, vale considerar que en contratación pública, en el artículo 41 de la LOSNCP y el artículo 32 del RGLOSNCOP, se señala de manera general a este concepto, no obstante de forma expresa el artículo 32 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, determina que las **denominadas firmas consultoras son aquellas personas jurídicas constituidas de conformidad con la Ley de Compañías.**

Adicional a ello, conforme el artículo 2 de la Ley de Compañías se establece en el Ecuador, seis especies de compañías de comercio, mismas que son constituidas por las disposiciones de la Ley en cuestión, y en correlación con el artículo 32 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, estas empresas serán entendidas como firmas consultoras.

Siendo preciso señalar que conforme el artículo 39 de la LOSNCP, para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, deberá estar constituida de conformidad con la Ley de Compañías y **tener en su objeto social incluida esta actividad.**

Por otra parte, los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, conforme su naturaleza jurídica, se encuentran facultadas para participar en el procedimiento de consultoría, una vez consten habilitados como proveedores en el Registro Único de Proveedores –RUP, presentando sus ofertas de manera asociada, bajo el fundamento del reconocimiento del derecho a la libertad de asociación prevista en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 66 número 13 de la Constitución de la República del Ecuador y artículos 26 y 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo cual, corresponde analizar al consorcio conforme lo determina el tratadista Benjamín Herrera, al señalar que esta figura: *“(...) fue tomada del Código Civil italiano de 1942 que en su artículo 2602 se refiere al consorcio como la ordenación o regulación de la producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción e introducción en los mercados. (...) El consorcio, y a su semejanza la unión temporal, se constituyen para un negocio determinado y sin los formalismos de las sociedades. Primero son un instrumento que se usa para asociarse en frente de una única explotación, que en la práctica es extraña a la sociedad, y no está sometida a los formalismos que se prevén para aquella. (...)”[3]* .

Adicional a ello, el citado tratadista determina que *“(...) la naturaleza de los consorcios corresponde a contratos de integración, porque buscan precisamente la participación conjunta en una tarea o en una serie de ellas, (...) No forman persona jurídica nueva y quienes lo constituyen conservan su individualidad, aunque se da una integración parcial entre ellos, puede dar lugar a una organización administrativa. (...)”[4]*.

Tanto los artículos 26, 67 y 99 de la LOSNCP, así como la doctrina, expresan que la temporalidad del consorcio se subsume a la ejecución contractual, y que cada partícipe decide arriesgarse a responder por la totalidad del

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0091-OF

Quito, D.M., 11 de marzo de 2020

contrato, puesto que individualmente el proveedor no reúne con la experiencia requerida y el modo de poder lograrlo es a través de la asociación con otro partícipe que posea la experiencia solicitada por la entidad contratante

En consecuencia, el participar mediante consorcio o asociación no constituye una persona jurídica diferente, pues los partícipes se vuelven responsables en forma solidaria e indivisible por el cumplimiento de la oferta y el contrato dentro de los procedimientos de contratación celebrados bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y deben ser valorados de forma individual por su naturaleza, toda vez que conservan su personalidad jurídica de manera independiente, con la única connotación de asociarse para en conjunto obtener la capacidad técnica o profesional exigida por la entidad contratante.

III. CONCLUSIÓN:

En virtud de lo expuesto y de conformidad con su primera y tercera consulta, la firma consultora en materia de contratación pública, al tenor del artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 32 de su Reglamento General y artículo 32 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, es aquella persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías exclusivamente, por lo cual se deberán considerar como firmas consultoras a las determinadas en la Ley de Compañías como compañías de comercio, mismas que son constituidas por las disposiciones de la Ley en cuestión.

Respecto a su segunda interrogante, se enfatiza que bajo el fundamento del reconocimiento del derecho a la libertad de asociación prevista en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 66 número 13 de la Constitución de la República del Ecuador y artículos 26 y 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los proveedores podrán participar de manera asociada mediante compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, en el procedimiento de consultoría, para lo cual al momento de efectuar la calificación la entidad deberá verificar de manera independiente la naturaleza jurídica de cada partícipe.

En este sentido, la entidad contratante en caso de haber convocado exclusivamente a firmas consultoras en un procedimiento de consultoría por concurso público, deberá verificar la participación exclusiva de consultores de esta naturaleza, es decir calificarán únicamente las firmas consultoras y los consorcios o asociaciones constituidos o en compromiso, cuya naturaleza jurídica de sus partícipes de forma independiente sea la de una compañía de comercio, constituida por las disposiciones de la Ley de Compañías, con la finalidad de precautar la participación de consultores en igualdad de condiciones, en apego a lo determinado en el artículo 32 del Reglamento General a la LOSNCP.

Finalmente, este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender su representada con relación a la problemática expuesta, ya que únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo más no vinculante determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución No. RI-SERCOP-2019-000003, de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Ecuador, *Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, contenida en la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-000072, de 31 de agosto de 2016, publicada en el Registro Oficial Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018, y en el Portal Institucional



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0091-OF

Quito, D.M., 11 de marzo de 2020

del SERCOP.

[2] William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 309-315.

[3] Benjamín Herrera Barbora, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004) 101 y 102.

[4] *Ibíd.*

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-0573-EXT

aa/mf