

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. 420-UNACH-R-2020, suscrito por el Rector Universidad Nacional de Chimborazo, con relación a la compra de insumos de bioseguridad. Art. 10 de la LOSNCP.

Señor Doctor
Gonzalo Nicolay Samaniego Erazo
Correo electrónico: rector@unach.edu.ec

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 420-UNACH-R-2020, de 07 de julio de 2020, recibido por este Servicio Nacional el 08 de los mismos mes y año, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el número 17 del artículo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con oficio Nro. 420-UNACH-R-2020, de 07 de julio de 2020, dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual el Dr. Nicolay Samaniego Erazo, en su calidad de Rector Universidad Nacional de Chimborazo, a través del cual informó que:

“(...) La Universidad Nacional de Chimborazo, se encuentra en el proceso preparatorio para la adquisición de insumos de bioseguridad, con la finalidad de dotar al personal que labora en la institución de los elementos de protección indispensables en la ejecución de sus labores, ante la amenaza que representa el virus COVID-19.

En este contexto de actuación, ha venido en conocimiento el Oficio No. MSP-MSP-20200820-O de 14 de abril de 2020 suscrito por el Dr. Juan Carlos Zevallos López en calidad de Ministro de Salud, en el cual se anexa un listado de precios referenciales de comercialización de los insumos médicos con mayor demanda por la Declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional, recalcando que los mismos no son definidos como precios oficiales. (...)”.

Y solicita: *“(...) se informe si dicho listado, constituye un documento oficial que aplicación obligatoria para los procesos de compra que realizan las instituciones del Estado en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”.*

Al documento en referencia, adjunta el oficio Nro. 0504-CPUBLICAS-UNACH-2020, de 07 de julio de 2020, suscrito por el Dr. Fabián Guerrero Vaca, en su calidad de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

Coordinador de Gestión de Compras Públicas, de la Universidad Nacional de Chimborazo, a través del cual emitió el siguiente criterio jurídico:

“(...) Con base en todos los antecedentes expuestos, esta Coordinación de Gestión de Compras Públicas manifiesta que, en función del ejercicio del principio de competencia establecido en el art. 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, junto con toda la normativa supra aludida y desarrollada en el presente criterio:

*El oficio No. MSP-MSP-2020-0820-O, de fecha 14 de abril del 2020, emitido por el Señor Ministro de Salud Pública, Dr. Juan Carlos Zevallos López; en comunicación dirigida a la Señora Dra. María Paula Romo Rodríguez, Ministra de Gobierno, **NO puede ser aplicable de forma obligatoria por las entidades contratantes en la ejecución de procedimientos de contratación pública en el Ecuador, por manifiesta incompetencia en el ámbito de aplicación; y, no ha sido emitido y notificado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, en su calidad de ente rector de la compra pública en el Ecuador.**”*

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, establecen que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública, sólo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades, brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

Resulta indispensable destacar que, en virtud de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

La atribución reglada[1] en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública, es decir que, es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación publicar el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

Ahora bien, con relación a su requerimiento, me permito establecer que de la revisión de su solicitud de asesoría la misma no versa sobre la inteligencia o aplicación de las normas (LOSNCP, RGLOSNCP y normativa emitida por el SERCOP) y que, por el contrario su representada consulta sobre el alcance y aplicación del oficio No. MSP-MSP-20200820-O, emídido por el Ministerio de Salud, lo que implica juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante, no siendo competencia del SERCOP pronunciarse al respecto; sin perjuicio de aquello, este Servicio Nacional, dentro de sus competencias señala lo siguiente:

Las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la LOSNCP, para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, deben aplicar las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás Resoluciones emitidas por el SERCOP, conforme sus necesidades institucionales y precautelando así la satisfacción de los intereses públicos, con la responsabilidad determinada en el artículo 99 de la Ley *ibídem*.

La atribución del número 13 del artículo 10 de la LOSNCP, le faculta a este Servicio Nacional a medir impactos en los procedimientos del SNCP, lo cual se relaciona con las estadísticas de los procedimientos que realizan las entidades contratantes y que se publica para veeduría ciudadana (artículo 9 de la LOSNCP), y a su vez remite a los órganos de control respectivos (artículo 15 de la LOSNCP). En este sentido, si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concede a este Servicio Nacional la medición del impacto de los procedimientos de contratación pública, con la cual se elabora un análisis que permite monitorear y controlar los procedimientos de contratación pública con el fin de cumplir con las demás atribuciones conferidas en el artículo 10 de la LOSNCP; la normativa de contratación pública no prescribe en sus disposiciones, respecto a la fijación de precios o el establecimiento de base de datos de precios referenciales de insumos de bioseguridad.

Es el caso que, Ley Orgánica de Salud establece que la autoridad sanitaria nacional es el **Ministerio de Salud Pública**, entidad a la que corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de la Ley Orgánica de Salud; y, las normas que dicte para su vigencia.

El artículo 159 de la Ley *ibídem*, establece que le corresponde a la autoridad sanitaria

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

nacional **la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo humano** a través del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, no siendo responsabilidad de este Servicio Nacional. En consecuencia, **este Servicio Nacional no puede pronunciarse respecto a fijación de precios**, toda vez que no se encuentra descrita de forma expresa dentro de sus atribuciones, al contrario de lo que ocurre con las facultades otorgadas al Ministerio de Salud.

No está por demás aclarar que, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 69 de su Reglamento General, determinan como responsabilidad de la entidad contratante y de cumplimiento obligatorio la elaboración de los <<estudios>>, es así que, el número 2 del artículo 9 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, detallan los parámetros que deben contener el estudio de mercado previo a la realización de un procedimiento de contratación pública, para poder entre otras cosas determinar el presupuesto referencial.

Adicional, me permito señalar que, en caso de detectar o presumir que existe un abuso de mercado irrespetando el precio fijado para los medicamentos de uso humano, establecidos por la autoridad correspondiente, esto es Ministerio de Salud Pública; la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, es el organismo técnico de control, encargado de la vigilancia y sanción de las conductas de los operadores económicos con poder de mercado, que fijen precios abusivos, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor, sobre todo considerando la situación de emergencia en la que se encuentra el país.

Así también, el artículo 2 la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, determina que la especulación[2] es una práctica comercial ilícita, por lo que en caso de detéctese indicios de procesos especulativos los Intendentes de Policía, Subintendentes de Policía, Comisarios Nacionales y demás autoridades competentes, a petición de cualquier interesado o aún de oficio podrán realizar los controles necesarios a fin de establecer la existencia de tales procesos especulativos.

III. CONCLUSIÓN:

Este Servicio Nacional, en amparo de lo previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, actúa en virtud de una potestad estatal, ejerciendo solamente las competencias y facultades que le son atribuidas a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es competente para revisar o validar actos y resoluciones administrativas emitidas por las entidades contratantes quienes actúan conforme lo establecido en el artículo 99 de la LOSNCP. Por lo que, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salud, le corresponde a la autoridad sanitaria nacional la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo humano, por lo que,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

al ser facultad y responsabilidad del Ministerio de Salud Pública, el fijar los precios, este Servicio no puede pronunciarse respecto al alcance o aplicación del oficio No. MSP-MSP-20200820-O, emitido por el Ministerio de Salud.

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 autorizada por el Director 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] *“Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto”, Roberto Dromi. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998), 438.*

[2] *“Práctica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificialmente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuencia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permitan hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación, de precios al productor o de precios al consumidor.” (El énfasis me corresponde).*

Atentamente,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0368-OF

Quito, D.M., 27 de julio de 2020

Documento firmado electrónicamente

Abg. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-5961-EXT

Copia:

Señora Abogada
Tania Gabriela Guerrero Toapanta
Asistente de Asesoría Jurídica

tg/mf