

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0485-OF

Quito, 05 de septiembre de 2020

Señor Procurador E.p. Petro Ecuador
Marco Emilio Prado Jiménez
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 11384-ASC-AJC-2020, recibido por este Servicio Nacional el 23 de julio de 2020, mediante el cual consulta sobre la aplicación del procedimiento de Régimen Especial de giro específico de negocio; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. Antecedentes.-

Mediante memorando Nro. 00804-ASC-AJC-2020, el Procurador de la EP PETROECUADOR, emitió el respectivo criterio, al señalar lo siguiente: “(...) *La contratación del 'SISTEMA CONTRA INCENDIOS POLIDUCTO ESMERALDAS QUITO Y ESTACIÓN DE BOMBEO AMBATO FASE I', fue sometido al régimen especial por giro específico del negocio, proceso que en base al Procedimiento: Adquisición de Bienes, Contratación de Obras, Servicios, incluidos los de Consultoría, mediante Régimen Especial por Giro Específico del Negocio (VS:03), debía observar los principios y objetivos aplicables de la LOSNCP y específicamente los estipulados en el Título IV, relacionados con: Capítulo II 'De los Requisitos y Forma de los Contratos'; Capítulo III 'De las Garantías'; Capítulo IV 'De la Cesión y Subcontratación'; Capítulo VI 'De las Recepciones y la Liquidación'; Capítulo VIII 'De los Contratos Complementarios'; y, Capítulo IX 'De la Terminación de los Contratos'; entendiéndose de ello, que las contrataciones por giro de negocio no se someten a las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...)*”.

Mediante oficio Nro. 11384-ASC-AJC-2020, el Dr. Marco Prado Jiménez, Procurador de EP PETROECUADOR, consultó a este Servicio lo siguiente: “(...) 1. *Al sujetarse la contratación del 'SISTEMA CONTRA INCENDIOS POLIDUCTO ESMERALDAS QUITO Y ESTACIÓN DE BOMBEO AMBATO FASE I', al régimen especial contemplado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (Giro Específico del Negocio), está exento de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respuesta que permitirá a la EP PETROECUADOR, establecer si el acuerdo alcanzado en el Acta de Negociación celebrada el 8 de enero (cuya copia se adjunta) que establece que se descuenta el 1% del valor de la oferta por transferencia tecnológica debe ser parte de la liquidación económica como un pago pendiente por parte de la Contratista, ya que este monto no fue descontado previo a la suscripción del contrato?*

2. *En el Acta de Negociación celebrada el 8 de enero de 2016, se estableció: '(...) que como parte de los entregables se compromete a entregar una Clínica Móvil totalmente equipada y lista para atender las emergencias que podrían suscitarse, en las provincias de Tungurahua y Cotopaxi, por encontrarse actualmente en proceso de erupción, ayudando así a fortalecer la gestión que actualmente mantiene EP PETROECUADOR. La Clínica Móvil antes mencionada pasará a formar parte de los Activos de EP PETROECUADOR a los 90 días de entregado el anticipo. // La Clínica Móvil se encuentra valorada en USD 169.553,57 sin IVA.', bien que en la ejecución del Contrato no fue recibido por la EP PETROECUADOR, señalando que: '...al respecto debo señalar que EP PETROECUADOR no recibirá la Clínica Móvil, en razón que tanto las especificaciones técnicas del objeto contractual como los precios unitarios que fueron parte del procedimiento no contemplaba dicho rubro, por lo tanto no se considera parte de los entregables del Contrato, situación que constará en la liquidación económica y como tal se dejará constancia en el Acta correspondiente.'; en base a ello, es necesario contar con su criterio, con el objeto de establecer si en la etapa de liquidación debe ser exigida la clínica móvil o descontado su valor, a pesar de que este bien no haya sido requerido en la etapa preparatoria y precontractual por*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0485-OF

Quito, 05 de septiembre de 2020

parte de la Entidad Contratante; y, además no tenga relación alguna con el objeto de la contratación.

3. La Fórmula polinómica de reajuste de precios protocolizada en el contrato 2018303 (Anexo 2) difiere de la entregada por la administración del contrato conforme la cláusula Primera: Antecedentes (1.20). La Comisión de Recepción requiere establecer: ¿Cuál es la fórmula aplicable para liquidación de planillas de reajuste de precios, la protocolizada en el Anexo 2 del contrato Complementario 2018303, o la señalada en los Antecedentes numeral 1.20 del referido contrato complementario? (...)".

II. Análisis Jurídico.-

De acuerdo al principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, que establece 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 solo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

En este sentido, este Servicio Nacional, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP, conforme las atribuciones detalladas en el citado artículo, siendo una de ellas el asesorar a las entidades contratantes **sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública**, entendiéndose dentro de este, las disposiciones y normativa conexa promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, así como garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Por lo tanto, dicha atribución no se puede considerar como un análisis de un caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender una entidad o proveedor con relación a la problemática expuesta, ya que únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las disposiciones normativas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo, más no vinculante, conforme lo determinado en el numeral 17 del artículo 10 de la LOSNCP.

En tal virtud, con el propósito de dar cumplimiento a su requerimiento de asesoría, solicito a usted, que la misma sea replanteada con apego a las disposiciones establecidas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexa, **debiendo aquella versar sobre la inteligencia o aplicación de las disposiciones normativas que regulan los procedimientos de contratación pública y no sobre hechos que impliquen juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante**, no siendo competencia del SERCOP pronunciarse al respecto.

Además, la solicitud de asesoría debe cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, expedida mediante Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, debidamente publicada en el Portal Institucional del SERCOP; sin perjuicio de aquello, es menester señalar que el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, y los artículos 103, 104 y 105 de su Reglamento General, con relación a las contrataciones que realizan las empresas públicas cuyo capital suscrito pertenezca al menos en un cincuenta por ciento (50%) a entidades de Derecho Público, y sus subsidiarias, mediante contrataciones relativas **al giro específico de sus negocios** -que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario-, sin someterse a los

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0485-OF

Quito, 05 de septiembre de 2020

procedimientos generales o especiales previstos en la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación, y la normativa expedida por el SERCOP para el efecto.

La citada facultad de regirse por la normativa específica para las contrataciones relativas al giro específico del negocio, tiene su fundamento en la necesidad de dotar a las referidas entidades contratantes de una normativa ágil, que les permitan competir con las empresas del sector privado, dentro del segmento de actividades comerciales para el que fueron creadas.

En este sentido, la normativa específica que rige el Sistema Nacional de Contratación Pública establece que las entidades contratantes para acceder a la determinación de giro específico del negocio; como primer punto, deben ser empresas públicas constituidas al amparo de las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, o, empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de Derecho Público; y, las empresas subsidiarias de estas dos últimas categorías, y como segundo punto que, las contrataciones de bienes, obras, servicios, incluidos las de consultoría, requeridas por la entidad contratante deben guardar una relación directa con el objeto social de la misma, o en otras palabras, que dichas contrataciones tengan relación sustancial con la actividad empresarial que se encuentra autorizada para ejecutar, y que la misma le signifique un aumento o estímulo en su margen de competitividad frente a empresas privadas de su mismo segmento.

La determinación del giro específico de negocio le corresponde a la máxima autoridad del SERCOP, y que para el efecto, la citada aprobación se publica en el portal institucional del mismo Servicio, en este caso, la normativa es taxativa al regular que solo las contrataciones aprobadas no estarán sujetas a las disposiciones contenidas en la LOSNCP, y de su Reglamento General de aplicación, mientras que las contrataciones que no fueron determinadas en el giro específico de negocio, se regirán bajo los procedimientos contemplados en la Ley *Ibidem* y su Reglamento General.

Cabe señalar que a cada contratación se le asigna un CPC, que constituye el Clasificador Central de Productos, mismo que es una codificación de productos que cubre bienes y servicios, que sirve de estándar internacional como un sistema de categorías homogéneas, exhaustivas y mutuamente excluyentes, el cual está basado en las propiedades físicas y las características que distinguen a los productos propiamente dichos.[1]

El numeral 9 del artículo 2 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, define al Clasificador Central de Productos (CPC) como:

“Clasificación codificada que incluye categorías para todo lo que pueda ser objeto de transacción (nacional o internacional) o que pueda almacenarse y que es el resultado de las actividades económicas realizadas en las industrias. Comprende bienes transportables y no transportables, así como servicios y activos tangibles e intangibles. Esta clasificación guarda consistencia con la generada por la División de Estadísticas de la Organización de las Naciones Unidas, y la Clasificación Nacional Publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)”.

Del caso expuesto, se puede evidenciar que conforme el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP, para realizar las contrataciones que se han definido como parte de su giro específico exclusivamente, la máxima autoridad de la entidad contratante establecerá el **reglamento** que determine taxativamente las contrataciones y el régimen que aplicará para su realización, misma que deberá ser remitida para publicación en el Portal Institucional del SERCOP.

Así mismo, dentro de la determinación de las contrataciones que correspondan al giro específico del negocio, autorizadas por parte de la máxima autoridad de este Servicio Nacional conforme el artículo 2

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0485-OF

Quito, 05 de septiembre de 2020

numeral 8 de la LOSNCP, dentro de los oficios de autorización, se enfatiza que los CPC aprobados para ser contratados mediante giro específico del negocio, en lo único que difiere del procedimiento común, es la fase precontractual; toda vez que para la etapa preparatoria, ejecución contractual (incluido liquidación), y evaluación, se regirán en lo determinado en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexa emitida por este Servicio Nacional.[2] En este sentido, es responsabilidad de la entidad contratante, observar para la fase de ejecución contractual las disposiciones determinadas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexa emitida para el efecto.

Finalmente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante y sus funcionarios servidores que intervengan serán responsables de llevar a cabo los procedimientos de contratación pública a través del Giro Específico del Negocio

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Interna Nro. R.I.-SERCOP-2018-00000459,[3] publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

[1] Enlace: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/que-es-el-clasificador-central-de-productos-cpc/>
Acceso: 20-08-2020, 14h40.

[2] Servicio Nacional de Contratación Pública, Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0333-OF, de 27 de mayo de 2020, autorización de determinación de giro específico del Negocio a las empresas públicas.

[3] Rearmado por el artículo 2 de la Resolución Interna No. R.I.-SERCOP-2019-000003, de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada Registro Oficial 464, de 09 de abril del 2019.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Iván Francisco Ubidia Donoso
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-DGDA-2020-6681-EXT

Copia:
Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica

aa/mf