

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0508-OF

Quito, D.M., 13 de octubre de 2020

Asunto: Absolución de Consulta de la EPA-EP, contenida en oficio Nro. EPA-EPA-2020-00489-O, respecto a la elaboración de términos de referencia para los procedimientos de seguros.

Señor Ingeniero
Wellington Patricio Viteri Cabezas
Gerente General, Subrogante de la Empresa Pública del Agua EPA-EP
EMPRESA PÚBLICA DEL AGUA
Correo: wellington.viteri@epa.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. EPA-EPA-2020-00489-O, de 21 de septiembre de 2020, mediante el cual, señala a este Servicio Nacional:

"[...] se realizó una consulta a la máxima autoridad, respecto a la pertinencia de incluir en los términos de referencia de un proceso de contratación de seguros, condiciones que mejor favorezcan a los intereses de la entidad; [...] Debo indicar, que con el presente documento, la Empresa Pública del Agua, cumple los requisitos administrativos que la resolución señala, debiendo establecer que no existe documentación adicional motivo de la presente consulta. [...] Particular que pongo en su conocimiento señora Dierctora (sic) de Asesoría Jurídica, con lo cual se da debida contestación al requerimiento solicitado por su autoridad para la emisión de la pertinente respuesta a la consulta formulada."

Al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con oficio No. EPA-EPA-2020-00458-O, de 08 de septiembre de 2020, Ing. Wellington Patricio Viteri Cabezas, en calidad de Gerente General, Subrogante de la Empresa Pública del Agua EPA-EP, menciona a este Servicio Nacional, lo siguiente:

"[...] El historial de siniestralidad de la Empresa Pública del Agua EPA EP, no es en un porcentaje elevado, razón por la cual las diferentes aseguradoras en la mayoría de casos han sido más que beneficiadas por sus servicios; sin embargo se debe advertir que han existido al menos tres empresas de seguros que no han sabido tramitar los siniestros demandados por la empresa pública, razón por la cual se han iniciado los reclamos administrativos ante la instancia administrativa pertinente, en este caso la Superintendencia de Bancos, Valores y Seguros. [...] Sin embargo la Empresa Pública, debe año a año realizar el proceso precontractual de la licitación de los seguros institucionales, razón por la cual se consulta si la Empresa Pública del Agua EPA EP, puede incluir en sus Términos de Referencia y Pliegos como reglas preestablecidas la prohibición de participación de Compañías que no han cubierto los siniestros demandados por la Empresa Pública del Agua EPA EP, sin que su negativa esté debidamente fundamentada, y que hasta tanto resolver la impugnación administrativa, al menos se genere un mínimo respeto por las entidades públicas contratantes que no ven la respuesta de sus contratistas, sentando así un precedente en la fase precontractual de esta entidad."

En atención al requerimiento señalado en el párrafo anterior, una vez revisados los requisitos establecidos en el artículo 57 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, la Dirección de Asesoría Jurídica requirió lo siguiente:

"En tal virtud y con el propósito de dar cumplimiento con la normativa señalada, deberá remitir en el término de 5 días su solicitud o pedido de asesoramiento cumpliendo con todos los requisitos expuestos, a fin de dar contestación a su requerimiento, caso contrario el SERCOP se abstendrá de tramitar y dispondrá su archivo, tal como lo prevé el artículo 58 de la mencionada Codificación."

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0508-OF

Quito, D.M., 13 de octubre de 2020

Mediante el oficio Nro. EPA-EPA-2020-00489-O, de 21 de septiembre de 2020, el Gerente General, (S) de la Empresa Pública del Agua EPA-EP, remite el informe jurídico, contenido en el memorando Nro. EPA-GAJ-2020-00375-M, de 21 de septiembre de 2020, suscrito por la Abg. María Alejandra Vinces Sabando, Gerente de Asesoría Jurídica, en el cual concluye que:

“[...] En consecuencia, esta Gerencia de Asesoría Jurídica, determina la viabilidad de poder incluir dentro de los términos de referencia de la Contratación de Seguros de la Empresa Pública del Agua, la prohibición de participación de oferentes que a la fecha del proceso de contratación se encuentren en conflicto con la entidad contratante por razones de incumplimientos de reclamos de siniestros que no han sido debidamente resueltos por los entes jurisdiccionales y/o administrativos, que permitan garantizar que en el concurso se cuenta con potenciales oferentes que puedan cumplir con el cumplimiento de las pólizas a ser contratadas. [...]”

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, en cumplimiento de las atribuciones prescritas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante LOSNCP, y 6 de su Reglamento General en adelante RGLOSNC, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, conforme las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley ibidem; ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Con respecto al planteamiento de su consulta, en primer lugar es importante analizar lo dispuesto en el artículo 23 de la LOSNCP, en concordancia con el número 28 del artículo 6 y el artículo 105 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, o simplemente Codificación; en efecto, las entidades contratantes en la fase preparatoria, deberán generar los estudios completos, definitivo, actualizados y aprobados, parte de estos estudios es la elaboración de las especificaciones técnica de los bienes o rubros a contratar y/o los términos de referencia para la contratación de servicios incluidos los de consultorías, en esta línea de análisis el Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador, referente a la etapa preparatoria, señala que: *“[...] La fase de preparación [...] Se deberá realizar un estudio de viabilidad donde se detalle la necesidad de la compra, y deberá tomarse la alternativa que conforme a un estudio costo-beneficio, costo-eficiencia o costo-efectividad, presente mayor cantidad de beneficios tomando en cuenta los factores previamente mencionados, lo que incluye la decisión sobre qué comprar, bajo qué mecanismo hacerlo y el presupuesto que podría emplearse. [...]”*[1].

De conformidad con el artículo 106 de la Codificación, la elaboración de las especificaciones técnicas y los términos de referencia deberán observar *“los principios que rigen la contratación pública”*, agregando que *“no podrán afectar el trato justo e igualitario aplicable a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, a través de dichas especificaciones técnicas o términos de referencia.”*.

De igual manera, el artículo 109 de la Codificación, determina los aspectos obligatoria que deben considerarse a la elaboración de los términos de referencia, al respecto reza:

“[...] 1. Se establecerán en función de las necesidades específicas a ser cubiertas, de los objetivos, características y condiciones de prestación o desarrollo requeridos así como, de los requisitos técnicos, funcionales o tecnológicos bajo los que deben ser prestados; [...]

2. Los términos de referencia han de ser claros, completos y detallados de tal forma que no haya lugar a ambigüedades o contradicciones que propicien o permitan diferentes interpretaciones de una misma disposición, ni indicaciones parciales sobre determinado tópico;

3. Los términos de referencia para la contratación de servicios incluidos los de consultoría contendrán obligatoriamente los siguientes aspectos:

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0508-OF

Quito, D.M., 13 de octubre de 2020

- a) *Antecedentes.*
 - b) *Objetivos (¿Para qué?).*
 - c) *Alcance (¿Hasta dónde?).*
 - d) *Metodología de trabajo (¿Cómo?).*
 - e) *Información que dispone la entidad (Diagnósticos, estadística, etc.).*
 - f) *Productos o servicios esperados (¿Qué y cómo?).*
 - g) *Plazo de ejecución: parciales y/o total (¿Cuándo?).*
 - h) *Personal técnico/equipo de trabajo/recursos (¿Con quién o con qué?); y,*
 - i) *Forma y condiciones de pago.*
4. *Los términos de referencia se establecerán con relación exclusiva a los servicios objeto del procedimiento y no con relación a los consultores o proveedores.”.*

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador, basada ideología netamente garantista de derechos, en su artículo 11 dispone:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. *Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.*
2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. [...]*”

Siguiendo, la misma línea de análisis constitucional, debemos resaltar lo dispuesto en el número 2 del artículo 76 de la Carta Magna, donde se reconoce el principio constitucional de presunción de inocencia, donde toda persona deberá ser considerada inocente mientras la autoridad administrativa o judicial no declare su responsabilidad mediante una resolución en firme o sentencia ejecutoriada

Así mismo, la doctrina señala que las inhabilidades son una restricción sobre la capacidad jurídica del contratista que se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal, que pueden ser divididas en: *“penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos)”*. [2]

En cuanto, a los requisitos de validez de los contratos administrativos el artículo 68 de la LOSNCP[3] en concordancia con el artículo 1461 del Código Civil[4]; disponen, como requisito sine qua non, previo a la suscripción del contrato, que el oferente debe estar en goce pleno de la capacidad legal; así pues, partiendo desde la regla general establecida en el artículo 1462 del Código Civil, se establece que toda persona es legalmente capaz, con excepción de los que la ley les declare incapaces. En efecto, el adjudicatario de un contrato para poder suscribir y obligarse con el estado no deberá estar impedido por expreso mandato de la ley, de acuerdo a lo establecido en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP y los artículos 110 y 111 de su Reglamento General.

III. CONCLUSIÓN:

En atención a los términos de su consulta, se concluye que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de la LOSNCP y del tercer inciso del artículo 99 de la misma Ley, es responsabilidad de las entidades contratantes, previo a iniciar la etapa precontractual, la elaboración de los términos de referencia y las especificaciones técnicas, observando los principios que rigen la contratación pública y en especial para el planteamiento realizado los principios de legalidad, trato justo, igualdad y concurrencia.

Así pues, la normativa vigente establece las circunstancias de inhabilidades para los adjudicatarios que pretendan suscribir contratos con el Estado, por lo que, la entidad contratante debía haber tomado



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0508-OF

Quito, D.M., 13 de octubre de 2020

oportunamente las medidas administrativas o judiciales con el fin de haber declarado a las empresas de seguros, como deudoras del Estado y así proceder con la inhabilitación en el Registro Único de Proveedores, de conformidad con las disposiciones establecidas para el efecto.

En efecto, la entidad contratante no podrá establecer en los términos de referencia circunstancias que atenten contra los principios de contratación pública; por cuanto, en la normativa vigente existen mecanismos adecuados para declarar a los contratistas como deudores del estado o como contratistas incumplidos.

Finalmente, este pronunciamiento se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter determinado en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizada por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Nro. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución Nro. R.I-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, mismas que se encuentran publicadas en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

-
- [1] Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador; Pag, 10.
[2] Roberto Dromi, Derecho Administrativo, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2016)
[3] LOSNCP, artículo 68: Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes: [...] 2. La capacidad del adjudicatario;
[4] Código Civil, artículo 1461: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; [...].

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-DAJ-2020-0016-EXT

Copia:
Señora Doctora
Myrian Jeanneth Figueroa Moreno
Directora de Asesoría Jurídica

Señor Magíster
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua
Especialista de Asesoría Jurídica

js/mf