

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. PR-SGCPR-2020-0069-O, suscrito por la Secretaria General de Comunicación de la Presidencia de la República, respecto al Estudio de mercado. (artículos 10, 23, 36, 99 LOSNCP; 69 RGLOSNCP; y, RE-SERCOP-2016-0072)

Señora
María Caridad Vela Valencia
Secretaria General de Comunicación de la Presidencia
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. PR-SGCPR-2020-0069-O, de 13 de octubre de 2020, mediante el cual, la Sra. María Caridad Vela Valencia, en calidad de Secretaria General de Comunicación de la Presidencia de la República, 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:

Mediante oficio Nro. PR-SGCPR-2020-0069-O, de 13 de octubre de 2020, la Secretaria General de Comunicación de la Presidencia de la República, consulta a este Servicio Nacional, lo siguiente:

“Mediante Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106 del 16 de julio de 2020, se expidió reformas a la resolución externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016. Dicha reforma cita: “Art. 1- Al final del número 2 del artículo 9, insértese el siguiente texto: “En la elaboración de las especificaciones técnicas o términos de referencia por parte de la entidad contratante, en el estudio de mercado para la definición del presupuesto referencial, así como en la elaboración y entrega de proformas o cotizaciones por parte de los proveedores, se deberá desglosar y enumerar de forma detallada e individual cada obra, bien o servicio que conforman el objeto contractual, especificando el código CPC, la cantidad de unidades requeridas y el desglose del precio por cada unidad o ítem.” (El énfasis me corresponde).

[...] Una vez analizada la disposición emitida mediante la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106, se determina que no es posible la aplicación de lo mencionado en el artículo 1 para los procesos de comunicación ya que no es viable determinar valores unitarios debido a que la comunicación e información gubernamental debe responder de manera oportuna y con inmediatez, ante alguna eventualidad, no se tendría cubierto la totalidad de campañas y/o temas a difundir. Asimismo, los procesos de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

difusión contemplan la provisión del servicio en múltiples medios de comunicación de cobertura nacional, regional – local, digital, entre otros; en una infinidad de formatos, periodicidad, tamaños, secundaje, etc., factores que impiden la estandarización de cantidades y valores unitarios de manera específica; así como también, se realizan procedimientos para la creación y desarrollo de estrategias, preproducción, producción y post producción de material comunicacional, desarrollo de eventos, que tendrían el mismo tratamiento.

[...] En virtud de los antecedentes expuestos y a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa vigente y aplicable para este tipo de procesos de contratación y con la finalidad de mantener un óptimo desempeño de las acciones comunicacionales desde el inicio de la contratación, me permito solicitar a Usted que se emita una aclaración en relación a la resolución No. RE-SERCOP-2020-106 a fin de que se tome en consideración las particularidades de los procedimientos de comunicación o a su vez nos remitan los lineamientos del procedimiento a seguir”. (Énfasis me pertenece)

Sobre el particular, me permito señalar que, de conformidad con el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, debidamente publicada en el Portal Institucional del SERCOP, su solicitud o pedido de asesoramiento requiere que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo antes señalado, los mismos que a continuación se detallan:

- “1.- Oficio dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública por la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado, al que se adjuntará obligatoriamente el criterio o pronunciamiento escrito del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica institucional, sobre la materia objeto del asesoramiento;*
- 2.- El Criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica deberá instrumentarse por separado al de la solicitud de asesoramiento, y contendrá la relación clara y completa de los antecedentes de hecho y de derecho que permitan al Servicio Nacional de Contratación Pública formar su criterio sobre el caso materia del asesoramiento;*
- 3.- Documentación relacionada con el pedido de asesoramiento, sin perjuicio de la facultad del Servicio Nacional de Contratación Pública de solicitar documentos adicionales a la entidad, en caso de considerarlo pertinente;*
- 4.- La indicación del domicilio para la notificación respectiva; y,*
- 5.- Firma de la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado”.*

Cabe señalar que, el requisito establecido en el número 2 del artículo antes citado hace relación al criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesores inherente al departamento legal de la Institución, el mismo que deberá versar sobre el tema o requerimiento de asesoría jurídica efectuado a este Servicio.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

No obstante, a fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se procederá a absolver su consulta, de conformidad con lo detallado a continuación:

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad al principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, que 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 -SERCOP, 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 conexa 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.

Conforme lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- , 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.

En este orden de ideas, y con relación a su requerimiento me permito enfatizar que, *la atribución reglada[1] en el numeral 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, y con relación a su requerimiento, me permito señalar que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública enlista a las entidades contratantes que deberán cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexas emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNCP.

De conformidad con el artículo 23 de la LOSNCP y artículo 69 del Reglamento General, la entidad contratante posee la obligación expresa de contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, así como las especificaciones técnicas, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes, vinculadas al Plan Anual de Contratación –PAC, antes de iniciar un procedimiento precontractual, que justifiquen la contratación que se pretenda realizar, por cuanto los estudios deberán ser elaborados de acuerdo a la naturaleza de la contratación.

En este sentido, tanto el manual de contratación pública como la doctrina, concuerdan al establecer que: *“Los estudios constituyen el soporte requerido para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como para definir las condiciones (objeto, especificaciones técnicas, plazo y valor) en que deber ser ejecutado el mismo. (...)”*[2]; y, *“(...) Una vez que la entidad cuenta con los estudios, puede realizar los términos de referencia; y, a su vez, con éstos términos, elaborar los pliegos que permitirán iniciar el procedimiento precontractual”*[3].

En efecto, de los estudios completos y definitivos y de los términos de referencia o especificaciones técnicas, se podrá elaborar los pliegos del procedimiento, en los cuales deben establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar, y todos sus costos asociados, presentes y futuros, con el fin de propender a la eficacia y ahorro contractual[4].

De conformidad con una de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la LOSNCP, este Servicio Nacional dictará normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la ley ibídem, es así que expide la Resolución No. R.E.-SERCOP-2018-0000088, publicada en Registro Oficial No. 222 de 16 de abril de 2018, con la cual reforma el número 2, del artículo 9 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, en ésta reforma, se incluyó las consideraciones mínimas que debe contener un estudio de mercado.

Esta inclusión tiene como fin obtener a través de un estudio previo, *la determinación clara y precisa del presupuesto referencial del objeto de la contratación* (número 27 artículo 6 de la LOSNCP); en tal sentido, es responsabilidad de las entidades contratantes, realizar un *análisis de cada caso* para determinar la aplicabilidad total o parcial de las consideraciones establecidas en el número 2 del artículo 9 de la Resolución Nro. R.E.-SERCOP-2018-0000088, tomando en cuenta las características, naturaleza y el objeto

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

de la contratación, con el fin de obtener un *presupuesto referencial real y preciso*, el cual deberá observar los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP.

Por consiguiente, el inobservar las disposiciones contenidas en el número 2 del artículo 9 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, se lo considera como un incumplimiento a la normativa de contratación pública bajo responsabilidad administrativa, civil y penal de la máxima autoridad de la entidad contratante o de su delegado, así como de los funcionarios que intervengan en el procedimiento de contratación.

Este Servicio Nacional con la finalidad de dotar al Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP de modernos sistemas tecnológicos para garantizar los principios rectores y objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, previstos en los artículos 4 y 9 de la LOSNCP; en concordancia con los criterios de objetividad y eficiencia, establecidos en el artículo 5 del Código Orgánico Administrativo, ha incorporado a través de los artículos 10.1 y 24. 1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, la obligatoriedad de uso de firma electrónica en procedimientos de contratación pública.

Es así que, todos los *documentos relevantes correspondientes a la fase preparatoria*, precontractual inclusive las ofertas, contractual y de ejecución contractual *deberán estar firmados electrónicamente*, de todos los procedimientos de contratación pública. Aquellos intervinientes en un procedimiento de contratación pública, deberán de poseer certificado vigente de firma electrónica; consideración que se debe tomar en cuenta, puesto que será la única forma a través de la cual se validará los documentos firmados electrónicamente a través del sistema FIRMA EC., provisto por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

No obstante, la Disposición Transitoria Vigésima Segunda, prevé que el requisito de poseer el certificado vigente para el uso de la firma electrónica a través del aplicativo Firma EC, tanto para firmar los documentos como para validarlos conforme a lo establecido en los artículos 10.1 y 24.1 de la presente Codificación, *será exigible en el plazo de noventa días*, contados a partir del de 29 de julio de 2020, fecha en la que se publicó en el Registro Oficial a la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0106, una vez transcurrido este plazo, solo serán válidos los documentos que tengan firma electrónica.

Se recalca que la entidad contratante tendrá la obligación de mantener un expediente que incluirá los respaldos correspondientes de todos los *documentos relevantes* siendo estos electrónicos y/o físicos de cada uno de los procedimientos de contratación pública, en virtud de lo dispuesto por los artículos 36 de la LOSNCP y 31 de su Reglamento General.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

Bajo estas consideraciones y en atención a su requerimiento la entidad contratante deberá solicitar las proformas respectivas en irrestricto cumplimiento de los principios que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP, dispuestos en el artículo 4 de la ley ibídem, siendo estos: legalidad, trato justo, *igualdad*, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, *transparencia*, *publicidad*; y, *participación nacional*; concomitantemente deberá observar los objetivos del SNCP recabados en el artículo 9 de la LOSNCP, con especial énfasis en garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo con transparencia; evitando la discrecionalidad y promoviendo la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas; con proveedores competitivos y confiables. Para lo cual, deberá observar las disposiciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del SNCP y la demás normativa conexas sobre el ejercicio de la administración pública *so pena* de la responsabilidad dispuesta en el artículo 99 de la LOSNCP.

Adicionalmente, se observará lo dispuesto por este Servicio Nacional en el artículo 24. 2 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, puesto que para transparentar la compra pública exhorta a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, interesadas en habilitarse como proveedores del Estado, al momento de inscribirse, a seleccionar *únicamente las obras, bienes y/o servicios cuyos códigos, dentro del Clasificador Central de Productos -CPC, guarden relación directa con su actividad económica* registrada en el *Registro Único de Contribuyentes -RUC*, así como en el *objeto social de sus estatutos* en el caso de personas jurídicas. En el caso de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Ecuador, para proceder con su registro en el RUP, deberán *justificar documentadamente su actividad comercial*, por lo que queda a responsabilidad de la entidad contratante verificar que la actividad económica de los particulares responda al objeto de la contratación.

III. CONCLUSIÓN:

Las entidades contratantes, puesto que actúan en virtud de una potestad estatal, deben ejercer únicamente las competencias atribuidas en la Constitución y la Ley; en tal virtud, todas sus actuaciones las deben realizar en estricto apego a derecho y cumplir con lo estipulado en la normativa vigente.

En este contexto, antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad contratante debe contar con los estudios y diseños definitivos, inclusive con el estudio de mercado en la forma determinada en el número 2 del artículo 9 de la Codificación; en esta línea de ideas, la entidad contratante deberá realizar un análisis en el que se tome en cuenta la naturaleza, las características y el objeto de la contratación, con el fin de aplicar las consideraciones necesarias para elaborar un estudio de mercado que dará como resultado una definición de presupuesto referencial preciso, para establecer las exigencias técnicas



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

debidamente justificadas en los pliegos, la entidad deberá observar las disposiciones de la LOSNCP (principios y objetivos del SNCP), su Reglamento General y las demás emitidas por el *órgano rector* del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Adicionalmente, deberá observar lo dispuesto en la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública Nro. 106, publicada en Registro Oficial Suplemento Nro. 832, de 29 de julio de 2020, en su parte pertinente establece la obligatoriedad de contar con la firma electrónica para todas las partes intervinientes dentro de un procedimiento de contratación pública; y, la correlación entre los CPCs de los proveedores y su *actividad económica* registrada en el RUC, así como en el objeto social de sus estatutos de constitución (persona jurídica), puesto que como se ha señalado con antelación el espíritu de la norma es modernizar las herramientas del sistema electrónico de contratación pública, esta premisa será aplicable en la elaboración de los documentos de la fase preparatoria.

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 Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Interna Nro. R.I.-SERCOP-2018-00000459[5], publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

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] William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011) 148.

[3] José Antonio Pérez, Daniel López Suárez y José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 84, 85.

[4] Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009, artículo



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0510-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

20.

[5] Rearmado por el artículo 3 de la Resolución No. RI-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-2887-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

fa/mf