

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF**

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

**Asunto:** Absolución de consulta, en atención oficio No. 2020-FT-UCP-054-0, suscrito por el Comandante del Comando Logístico Terrestre, respecto los procedimientos de contratación pública. (artículos 3, 4, 10, 69, 93, 94, 99 LOSNCP; 3 RGLOSNC; y, Ley de Compañías)

Señor Grab., Comando Logístico Terrestre

Juan Arturo Andrade Proaño

**FUERZA TERRESTRE**

Calle La Exposición No. 208. La Recoleta. Edificio Comandancia General de la Fuerza Terrestre Teléfono: 3968-800/21806 / 3968 938. Correo electrónico: compraspublicasft@gmail.com

De mi consideración:

En atención al oficio No. 2020-FT-UCP-054-0, de 09 de septiembre de 2020, mediante el cual el Comandante del Comando Logístico Terrestre, consulta a este Servicio Nacional:

*“(..).1. ¿Cuáles son los modelos de pliegos y de contrato que debe utilizar la entidad contratante? 2. ¿En los contratos cuya cuantía sea igualo (sic) superior a la base prevista para la licitación, se los debe protocolizar el contrato ante Notario Público?. 3. ¿Cuál es el procedimiento y en que medios se debería realizar la publicación en medios internacionales? ¿Es necesario que el contratista cuente en Ecuador con un apoderado o representante para efectos del artículo 6 de la Ley de Compañías? ¿Cuál es ámbito de aplicación de la competencia en razón del territorio para la suscripción de los contratos; Y, cuál es la jurisdicción de las controversias? 5.¿Cómo establecer el cálculo de presupuesto referencial, cuando los proveedores son compañías o sociedades extranjeras, no domiciliadas en el país, la cual, en su totalidad prestan un servicio en sus instalaciones en el exterior, con mano de obra extranjera, propios materiales y equipos, que no disponga de representante local y que nunca haya establecido domicilio o pagado anteriormente impuestos locales; y el contratista estaría sujeto al pago o retención del impuesto a la renta en el Ecuador?, **procedimientos dinámicos, comunes, especiales y de régimen especial** 1. ¿Cuál es el procedimiento para terminar anticipada y unilateralmente un contrato, cuando el contratista ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato? 2. ¿Cuál es el procedimiento y momento oportuno para limitar el principio de participación de un oferente con el cual la entidad ha terminado por mutuo acuerdo un contrato; y, como celebrar un nuevo contrato cuando existe un proveedor único, con el cual la entidad ha terminado por mutuo acuerdo el contrato? 3. ¿Para acreditar la experiencia generala específica, se requiere que los contratos o instrumentos sean suscritos dentro de los años requeridos según sea experiencia general y/o específica? ¿Se puede realizar la corrección a los errores aritméticos en los Análisis de Precios Unitarios del Oferente?..(..)”*, al respecto debo manifestar lo siguiente:

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1.-** Mediante oficio No. 2020-FT-UCP-050-O, de 25 de agosto de 2020, el Jefe de Compras Públicas de la Fuerza Terrestre, consulta a este Servicio Nacional:

*“(..). El adjudicatario previo a la suscripción del contrato es necesario que cuente en Ecuador con un apoderado o representante para los efectos del artículo 6 de la Ley de Compañías? (...)”*.

**1.2.-** Con oficio Nro. SERCOP-DAJ-2020-0168-OF, de 02 de septiembre de 2020, LA Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública, solicita a la entidad contratante adecuar su requerimiento a lo establecido en el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

**1.3.-** Con oficio No. 2020-FT-UCP-054-0, de 09 de septiembre de 2020, mediante el cual el Comandante del Comando Logístico Terrestre, consulta a este Servicio Nacional sobre aspectos relacionados con la LOSNCP,

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF**

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

documento que no se encuentra adecuadamente escaneado, encontrándose páginas faltantes para su análisis.

**1.4.-** A través de correo electrónico de 21 de septiembre de 2020, la entidad contratante remite los documentos completos para su análisis luego del requerimiento del SERCOP mediante correo electrónico.

**II. ANÁLISIS JURÍDICO:**

De acuerdo al principio constitucional de legalidad 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.

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 RGLOSNCPP, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley ibídem; 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.

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la LOSNCP, para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido consultoría, deberán aplicar de manera inexorable las disposiciones contenidas en la referida Ley, su Reglamento General y demás normativa conexa emitida por el SERCOP; esto último, conforme sus necesidades institucionales y precautelando así la satisfacción del interés público, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en el artículo 99 de la Ley ibídem.

En este sentido se da atención a cada una de sus consultas en el siguiente sentido:

**2.1 ¿Cuáles son los modelos de pliegos y de contrato que debe utilizar la entidad contratante?.**

Al respecto me permito informar que, en ejercicio a la atribución reglada en el número 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, los modelos de pliegos aplicables para la contratación de bienes, obras y servicios, serán emitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública y se encuentran debidamente publicados en la Biblioteca del portal institucional del SERCOP, de conformidad con lo determinado en los artículos 20 y 27 de la LOSNCP.

Adicionalmente, se debe indicar que según lo establecido en el artículo 3 de la LOSNCP que a la letra señala: *“En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”.*

En concordancia, el artículo 3 del RGLOSNCPP indica: *“No se regirán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional”.*

Por lo tanto, si el procedimiento se realiza bajo los parámetros de los artículos referidos, se someterán a las

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF**

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

normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional; y, con ello se deberá ajustar los modelos de pliegos a las necesidades de las entidades contratantes, bajo la responsabilidad determinada en el artículo 99 de la LOSNCP, pudiendo aplicarse los modelos de pliegos emitidos por el SERCOP, debidamente ajustados a sus necesidades institucionales en irrestricto respeto a los criterios y principios establecidos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador y 4 de la LOSNCP.

**2.2 ¿En los contratos cuya cuantía sea igualo (sic) superior a la base prevista para la licitación, se los debe protocolizar el contrato ante Notario Público?**

Si, los contratos han sido celebrados bajo el ordenamiento jurídico nacional que rige al Sistema Nacional de Contratación Pública contenidos en la Ley Orgánica de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación o demás normativa conexas, deberá darse estricto cumplimiento a la disposición de *protocolización de contratos* ante el Notario Públicos correspondiente y que de conformidad con lo previsto en el artículo 69 de la LOSNCP, los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

**2.3 ¿Cuál es el procedimiento y en que medios se debería realizar la publicación en medios internacionales?**

La entidad contratante deberá revisar si la adquisición del bien, obra o servicio incluir el de consultoría se encuentra o no previsto en el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra”, publicado en el Registro Oficial Edición Especial N° 808 (sic) del 23 de diciembre de 2016, por lo que, si la entidad contratante cumple con los siguientes requerimientos se encontraría cubierta la contratación, por tanto debe efectuar la publicación del “AVISO DE CONTRATACIÓN PREVISTA” del procedimiento que esta realizando por medio de un oficio dirigido a la máxima autoridad del SERCOP.

Los requerimientos a cumplir son:

**1. Revisar la cobertura de la Entidad**, es decir, confirmar que la entidad contratante se halle dentro de las entidades cubiertas por el Acuerdo consultando para ello el Anexo XIX de los Anexos del Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial, de no ser parte deberá continuar con los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si la entidad se encuentra incluida entonces deberá realizar la verificación del paso 2 (Verificar excepciones)

**2. Verificar excepciones:** Este punto corresponde a la verificación, que debe realizar la entidad contratante cubierta por el Acuerdo Comercial, referente a las excepciones establecidas en el artículo 173, número 3 del Acuerdo Comercial con su Anexo XII y las aclaraciones que constan en la sección VIII del Protocolo de Adhesión con sus respectivos anexos. Si la contratación se considera una excepción, entonces la entidad contratante no aplicará el Acuerdo Comercial y deberá continuar con los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si la contratación no forma parte de las excepciones entonces se deberá continuar con el punto 3 (Comparar el monto planteado vs umbral).

**3. Comparar el monto planificado vs. Umbral:** Cuando la entidad contratante se encuentra cubierta por el Acuerdo Comercial, y la contratación que desea ejecutar (bienes, servicios u obras) no forma parte de las excepciones del Acuerdo Comercial, deberá proceder a verificar si el monto de la contratación se encuentra dentro de los umbrales cubiertos por el Acuerdo Comercial y en los Anexos al Protocolo de Adhesión. Cuando el monto a contratar es inferior al umbral, no estaría cubierto por el Acuerdo Comercial, y por lo tanto, no se aplica el Acuerdo Comercial, en su lugar deberán aplicarse la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si el monto de la contratación que se pretende realizar es igual o superior al umbral, la contratación está cubierta y deberá continuarse con la verificación del punto 4 (Cobertura del bien, servicio, u obra (CPC).

## Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF

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

**4. Cobertura del bien, servicio u obra (CPC):** Si la entidad contratante es una entidad cubierta por el Acuerdo Comercial, la contratación que se desea realizar no forma parte de las excepciones del citado Acuerdo Comercial y el monto es igual o superior al umbral establecido, la entidad contratante procederá a realizar la verificación de que los bienes, servicios u obras que desea contratar formen parte de los CPC cubiertos por el Acuerdo Comercial. Si el CPC con el que se desea contratar no se encuentra cubierto termina la verificación. Si el CPC se encuentra cubierto, deberá ejecutarse una contratación cubierta.

Si la entidad contratante ha cumplido con todos los numerales antes descritos, en análisis, solicitando a través de un oficio a este Servicio que se proceda con el particular.

Por otro lado, si el procedimiento no corresponde a un procedimiento cubierto por el Acuerdo antes mencionado, la entidad contratante podrá solicitar su publicación en la página oficial del SERCOP para dar a conocer sobre el procedimiento de contratación en el exterior, de igual manera podrá solicitar la publicación en portales internacionales a través de los distintos Ministerios de Estado que tengan relación con la obra, bien o servicio a contratar.

No está por demás indicar que previamente a iniciar un procedimiento de contratación en el exterior, *la entidad contratante está obligada a realizar una verificación de producción nacional, sin esta constatación previa no podrá iniciar procedimientos en el exterior.*

**2.4 ¿Es necesario que el contratista cuente en Ecuador con un apoderado o representante para efectos del artículo 6 de la Ley de Compañías?**

Para que una empresa extranjera pueda ser contratada en el Ecuador, deberá cumplir con los requerimientos del artículo 6 de la Ley de Compañías además del artículo 415 de la misma Ley de Compañías, estos son:

- “1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;*
  - 2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.*
  - 3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas. Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,*
  - 4. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.*
- Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías y Valores los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías y Valores, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera”.*

Si las actividades que la compañía va a realizar en Ecuador comprenden: la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en el Ecuador para lo cual deberá domiciliarse en territorio ecuatoriano siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 419 A de la Ley de Compañías.

Se enfatiza que, el artículo 16 de la LOSCNP, establece que los proveedores deberán encontrarse inscritos en el Registro Único de Proveedores -RUP para contratar con el Estado en el margen de aplicación de la LOSCNP, a excepción de las contrataciones bajo el procedimiento de ínfima cuantía; el RUP es un “sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para

## Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF

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

contratar”, de lo cual, podemos observar la obligatoriedad de las personas naturales y jurídicas extranjeras de encontrarse registradas y habilitadas en el RUP para poder para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría al Estado ecuatoriano. 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. Si los documentos que acrediten la actividad comercial de esta clase de personas jurídicas se encontraran en un idioma distinto al castellano, deberán estar debidamente traducidos al idioma oficial de Ecuador.

### **2.5 ¿Cuál es ámbito de aplicación de la competencia en razón del territorio para la suscripción de los contratos; Y, cuál es la jurisdicción de las controversias?.**

Los contratos se celebran en el domicilio de la entidad contratante y para la solución de controversias deberán aplicar la normativa del domicilio de la entidad contratante.

Si el procedimiento es determinado por el artículo 3 de la LOSNCP o el artículo 3 del RGLOSNC, deberá someterse a las normas determinadas en el *convenio* celebrado previamente entre las partes por ser un contrato celebrado con financiamiento externo o se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

### **2.6 ¿Cómo establecer el cálculo de presupuesto referencial, cuando los proveedores son compañías o sociedades extranjeras, no domiciliadas en el país, la cual, en su totalidad prestan un servicio en sus instalaciones en el exterior, con mano de obra extranjera, propios materiales y equipos, que no disponga de representante local y que nunca haya establecido domicilio o pagado anteriormente impuestos locales; y el contratista estaría sujeto al pago o retención del impuesto a la renta en el Ecuador?.**

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. (...)*”[1]; 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*”[2].

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[3].

El SERCOP, de conformidad con las atribuciones legales previstas a través del artículo 10 de la LOSNCP, como es dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con dicha Ley, expidió la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-000072, de 31 de agosto de 2016, también denominada Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP; en la misma dispone en el número 2 de su artículo 9, lo siguiente:

“Estudio de mercado para la definición de presupuesto referencial, que deberá contener las siguientes consideraciones mínimas: 1. Análisis del bien o servicio a ser adquirido: características técnicas, el origen (nacional, importado o ambos), facilidad de adquisición en el mercado, número de oferentes, riesgo cambiario

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF**

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

en caso de que el precio no esté expresado en dólares; 2. Considerar los montos de adjudicaciones similares realizadas en años pasados; 3. Tomar en cuenta la variación de precios locales e/o importados, según corresponda. De ser necesario traer los montos a valores presentes, considerando la inflación (nacional e/o internacional); es decir, realizar el análisis a precios actuales; 4. Considerar la posibilidad de la existencia de productos o servicios sustitutos más eficientes; y, 5. *Proformas de proveedores de las obras, bienes o servicios a contratar. 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*". (Énfasis me pertenece)

***2.7 ¿Cuál es el procedimiento para terminar anticipada y unilateralmente un contrato, cuando el contratista ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato?***

La terminación de un contrato de manera anticipada y unilateral y de mutuo acuerdo se encuentra establecida dentro de los artículos 93, 94 y 95 de la LOSNCP respectivamente, en ellos indica cuál es el procedimiento y las circunstancias en las que aplica cada uno de ellos. No está por demás indicar que, bajo la responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado y el administrador de contrato el establecer si circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas manifestadas por el Contratista pueden considerarse para dar por terminado un contrato de conformidad con el artículo 93 de la ley ibídem.

***2.8 ¿Cuál es el procedimiento y momento oportuno para limitar el principio de participación de un oferente con el cual la entidad ha terminado por mutuo acuerdo un contrato; y, como celebrar un nuevo contrato cuando existe un proveedor único, con el cual la entidad ha terminado por mutuo acuerdo el contrato?***

Para absolver su interrogante, me permito señalar que, los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, se encuentra el garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 y 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues el fin ulterior de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del objeto contractual, con el objetivo de garantizar la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de las necesidad pública.

No obstante, el ordenamiento jurídico prevé de condiciones y modalidades en las que la relación contractual fenezca antes de lo establecido en el instrumento que generó las obligaciones (contrato administrativo); al existir casos en los que la terminación de los contratos, no obedecen a su naturaleza específica[4], o al cumplimiento inexorable de las obligaciones contractuales, sino devienen del acuerdo de las partes que deciden por mutuo consentimiento poner fin a las obligaciones emergentes del contrato y a los derechos reales que se hubiesen transferido[5]; sin que esto implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista.

En este sentido, respecto a su consulta, el artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina las formas por las cuales terminan los contratos regidos por la normativa de contratación pública, previendo para el efecto en el número dos del citado artículo, la causal de mutuo acuerdo de las partes.

Por su parte, el artículo 93 de la LOSNCP, establece expresamente sobre la terminación por mutuo acuerdo, señalando condiciones específicas para incurrir en esta causa, la no renuncia a los derechos adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista, y también dispone que una vez terminado por mutuo acuerdo el contrato dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

## Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF

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

En este contexto, y conforme a la interpretación literal de la norma[6], al efectuar un análisis del último párrafo del artículo 93 de la Ley citada, se desprende que existe la prohibición expresa cuando se terminó por mutuo acuerdo un contrato el volver a realizar una nueva contratación entre la entidad contratante y el contratista sobre el mismo objeto contractual, y el mismo no tiene límite de tiempo, siempre y cuando concurra el supuesto descrito.

Ahora bien, constituye indispensable el analizar, lo correspondiente al objeto contractual, previsto en la prohibición reglada[7] del artículo 93 de la LOSNCP, para lo cual la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, en el artículo 104.1[8] ha considerado, que la entidad contratante definirá adecuadamente el objeto de la contratación, concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se utilizará, y en estricto cumplimiento de los principios de contratación pública, en énfasis a los de trato justo[9], igualdad[10], concurrencia y transparencia.

Las disposiciones de la Codificación del Código Civil, al ser norma supletoria de la normativa de contratación pública, conforme lo prescribe el artículo 60 del Reglamento General de la LOSNCP, manifiestan que el objeto contractual, es uno de los requisitos esenciales del contrato, y se fundamenta en una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer[11], además de ser real, posible, lícito, determinado o susceptible de determinación sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, al tenor del artículo 1454 y siguientes de la Codificación citada.

Así mismo, conforme la doctrina al objeto contractual se lo debe entender como un conjunto de elementos esenciales que corresponde a la intención de obligarse recíprocamente, y que convengan los intervinientes en el objeto y el precio; naturales, entendiéndose a aquellos efectos propios del contrato; y, accidentales siendo las normas respectivas que se deriven del contrato de índole supletiva, que integran el contenido del objeto[12] como tal. Por su parte, se entiende que dentro del objeto contractual se divide en: 1. Posibilidad: toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. 2. Determinación: cosas que son materia de tales prestaciones y de la operación jurídica que el acto tiende a realizar. 3. Licitud: en la prestación y en la finalidad que persiguen en su conjunto[13].

Por lo que, según lo determinado en la Codificación del Código Civil, así como lo profundiza la doctrina, para que se configure la prohibición del tercer inciso del artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es un mismo objeto contractual, se requiere que se cumplan con todos los requisitos que integran el contenido del objeto del contrato, que son los elementos esenciales, naturales y accidentales; coligiendo que dentro del elemento esencial se encuentra los intervinientes, el objeto y el precio, y a su vez del objeto se deriva la posibilidad, determinación de la cosa y la licitud. Sobre esta última división, a título ilustrativo, correspondería a que los mismos intervinientes se obliguen por el mismo objeto que comprende la misma posibilidad de dar, hacer o no hacer en determinado tiempo, por la misma cosa (proveer el servicio, ejecución de obra, adquisición de un bien), cuya prestación y finalidad sea lícita y su precio sea el mismo (contraprestación).

En este contexto, para poder volver a suscribir un contrato con el proveedor único con el cual se daría por terminado de mutuo acuerdo, deberá hacerse siempre y cuando se pueda evidenciar que el nuevo contrato no cubre el objeto anterior y que su presupuesto no es igual al terminado de mutuo acuerdo.

**2.9 ¿Para acreditar la experiencia general (sic) específica, se requiere que los contratos o instrumentos sean suscritos dentro de los años requeridos según sea experiencia general y/o específica?.**

Las Resoluciones Nos. R.E.-SERCOP-2017-0000078, de 23 de mayo de 2017 (Experiencia general y mínima requerida para procedimientos de contratación de Régimen Común); y, R.E.-SERCOP-2018-0000093, de 16 de octubre de 2018 (Condiciones Particulares de los procedimientos de Menor Cuantía de Obras; Licitación de Obras; Cotización de Obras; y, el texto del literal e) contenido en el numeral 4.1.3 de las Condiciones Particulares de los procedimientos de Consultoría por Contratación Directa, Lista Corta y Concurso Público), tienen como finalidad obtener la experiencia de los oferentes a través de certificados, actas entrega-recepción definitivas y/o contratos, según lo establezca cada entidad contratante en los pliegos, todos estos documentos

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF**

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

deben tener una temporalidad a partir de la fecha de publicación del proceso en el Portal Institucional del SERCOP, según el tiempo que establezca cada una de las tablas de las resoluciones antes citadas.

**2.10 “Se puede realizar la corrección a los errores aritméticos en los Análisis de Precios Unitarios del Oferente?”.**

La corrección aritmética que usted menciona se aplica a precios totales, esto se encuentra establecido en el segundo inciso del artículo 159 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP que indica: “*Cuando en las ofertas se detectare errores aritméticos relativos a los precios totales previstos en la tabla de cantidades y precios o cantidades requeridas por las entidades contratantes, será la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica, según corresponda, el responsable de efectuar la corrección aritmética de la oferta. En ningún caso la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica podrán modificar el precio unitario ofertado.*” (Énfasis añadido).

**III. CONCLUSIÓN:**

En atención a sus consultas, este Servicio Nacional reitera que entre sus facultades el brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de este, 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, por lo tanto, la aplicación de la normativa legal es responsabilidad de cada entidad contratante.

No está por demás recordarle que, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 99 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

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 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.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

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

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

[3] Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009, artículo 20.

[4] Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. (Ciudad Argentina-Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2006), 570.

[5] Roberto Dromi, *Licitación Pública*. (Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999), 623.

[6] Número 1 del artículo 18 de la Codificación del Código Civil.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0514-OF

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

[7] “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. (Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1998), 438.

[8] Ecuador, Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, publicado en el Registro Oficial Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018, art.- 104.1; señala: “**La entidad contratante definirá adecuadamente el objeto de la contratación, concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se utilizará, y en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad, concurrencia y transparencia. La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que, los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante, y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado. (...)**”. (Lo subrayado me pertenece).

[9] “Constituye Principio Constitucional básico la “igualdad ante la ley”; por lo tanto, está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues, todos merecen el mismo trato y oportunidad (...) se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los postores y personas en iguales condiciones”. William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública. (Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2011), 104.

[10] “La actividad contractual de la administración pública debe regirse por la igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual”. Diego Orlando Fernández Suescum. Manual de Derecho Público. (Ediciones Ezpiazu, Quito, 2000), 12.

[11] Artículo 1476 de la Codificación del Código Civil.

[12] Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. (Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005), 238.

[13] *Ibidem*, 237-245.

Atentamente,

**Documento firmado electrónicamente**

Abg. Stalin Santiago Andino González  
**COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA**

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-9295-EXT

Anexos:

- asesoramiento\_al\_sercop.pdf  
- sercop-dgda-2020-9295.-ext.pdf

Copia:

Señora Abogada  
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva  
**Especialista de Asesoría Jurídica**

nv/mf