

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, Oficio N° EPMAPS-GJC-004-2022-GG-003, de 06 de enero de 2022, suscrito por el Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS, Seguros, Art. 28 LOSNCP, Disposición General Quinta RGLOSNCP. N° RE-SERCOP-2021-0118

Señor Ingeniero

Luis Anibal Medina Altamirano

**EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y
SANEAMIENTO DE QUITO**

En su Despacho

De mi consideración:

En atención al Oficio N° EPMAPS-GJC-004-2022-GG-003, de 06 de enero de 2022, mediante el Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS, consulta a este Servicio Nacional: “(...)1. *¿Es posible que una entidad contratante sujeta al ámbito de aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la Contratación del Programa de Seguros que ampara a su personal, bienes e instalaciones, establezca en las condiciones particulares y términos de referencia, la presentación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, siempre y cuando se configuren los presupuestos establecidos en el artículo 74 de la LOSNCP?* (...) 2. *¿si las multas se aplicarán de manera directa sobre el monto del siniestro impago, cúmulo de siniestros pendientes de ejecutar; o sobre que concepto aplicaría y su porcentaje, o cual será el mecanismo de cálculo a utilizar para el concepto de multas?* (...) 3. (...) *el inteligenciamiento de lo dispuesto en el numeral 9 de la convocatoria en contraste con la normativa especial en materia de seguros.* (...) 4. (...) *el asesoramiento sobre la condición por Ud. planteada, en relación a la presentación del reaseguro, únicamente al adjudicatario, en contraste con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General de Seguros, puesta que dicha norma legal contempla que para el cálculo de la oferta económica, llamada tarifa en la especialidad de la materia, esta se sustente por la certificación suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo.(...)”.*

Al respecto me permito indicar lo siguiente:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su solicitud consta como anexo:

1.1 Con Memorando N° GJC-010-2022-GJ-011, de 06 de enero de 2022, la Gerenta Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

emitió criterio jurídico referente a las consultas efectuadas al SERCOP en el que concluye: “(...) *eleva al Organismo Rector en materia de Contratación Pública, la solicitud de asesoría sobre el inteligenciamiento de las interrogantes anteriormente planteadas, en razón de haberse evidenciado inconsistencias entre lo formulado por el SERCOP y lo que establece la normativa en materia de seguros, requiriendo además, la modificación del Formulario de Compromiso de Reaseguro, consignado en la Sección V, de la Versión SERCOP 1.0 (23 de septiembre 2021) de los pliegos de Licitación de Seguros, a fin de que la colocación del reaseguro sea una condición exigible para los oferentes en respaldo y seriedad de su oferta económica, con el objeto además de salvaguardar el patrimonio de ésta Empresa Pública, sobre el riesgo del reaseguro facultativo que se asumiría por parte de los oferentes.*”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, en lo relativo a la contratación pública, las instituciones del Estado se regirán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante -LOSNCP-, su Reglamento General, así como, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública en adelante-SERCOP-.

El SERCOP ejercerá solamente las facultades que le son legalmente conferidas, por lo que, al tenor del artículo 10 de la LOSNCP y artículo 6 de su Reglamento General, se han atribuido competencias expresas, dentro de las cuales se encuentra, 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 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.

Con relación a la primera consulta: “*Es posible que una entidad contratante sujeta al ámbito de aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la Contratación del Programa de Seguros que ampara a su personal, bienes e instalaciones, establezca en las condiciones particulares y términos de referencia, la presentación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, siempre y cuando se configuren los presupuestos establecidos en el artículo 74 de la LOSNCP? (...)*”.

Para dar atención a su consulta es necesario manifestar que los términos de referencia con los que se elaboran los pliegos de cualquier procedimiento de contratación establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexas, están sujetos a un estudio previo y a una necesidad institucional (art. 23 LOSNCP en concordancia con el art. 69 del

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

RGLOSNCNP).

Por otro lado, en lo que concierne a las condiciones particulares contenidas en el modelo de pliegos establecido por este Servicio, son condiciones que se encuentran sujetas a posibles modificaciones efectuadas por las entidades contratantes con base a las necesidades institucionales expuestas en líneas posteriores de este análisis.

En aplicación a la Norma Técnica 406-06 “Identificación y Protección”, de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de Recursos Públicos, de la Contraloría General del Estado, la cual determina la obligatoriedad de las entidades de mantener protegidos los bienes en cada una de ellas a través de las pólizas de seguro que se emitan por cualquier entidad aseguradora, así mismo el artículo 28 del Reglamento General a la Ley Orgánica ha previsto la posibilidad de que las entidades contratantes ajusten los pliegos de acuerdo a las necesidades institucionales y bajo su estricta responsabilidad, por cuanto estas modificaciones no deberán en ningún caso afectar los principios de la contratación pública indicados tanto en el artículo 288 de la Constitución de la República como en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y sujetarse a las disposiciones legales establecidas en la Ley, Reglamento General o normativa conexas.

En lo que respecta a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento, el señor Procurador General del Estado, con OF. PGE. No: 07812 de 07 de febrero de 2020, en consulta efectuada por el señor Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, cuya consulta fue: “1. *¿Los adjudicatarios de los procesos de licitación de seguros están obligados a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato establecida en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?(...)*”. Manifestó: “*En atención a su primera consulta se concluye que el adjudicatario de un proceso de licitación para la contratación de seguros, por una entidad sujeta a la LOSNCP, está obligado a presentar la garantía de fiel cumplimiento del contrato, prevista en el artículo 74 de esa ley, toda vez que la primera excepción que esa norma establece no le es aplicable y, la segunda, se configuraría, únicamente, si la cuantía del contrato supera la establecida en esa norma.(...)*”.

Situación que se relaciona con otra consulta planteada a la misma Procuraduría General del Estado, en la que el señor Procurador [1] señaló: “*El primer inciso del artículo 74 del Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963, establece: "La primera prima es pagadera al momento de la suscripción del contrato de seguro; las demás primas son pagaderas por anticipado o dentro del mes siguiente a la fecha de cada vencimiento. El asegurador no tiene derecho para exigir las primas por la vía judicial."*; y, el artículo 75 de la norma *ibídem*, prescribe: “*Las primas pueden ser mensuales, trimestrales, semestrales o anuales, y las respectivas tarifas deben ser*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

aprobadas por la Superintendencia de Bancos." (La negrilla me pertenece). De lo anterior se desprende, que el Reglamento Interno de Contratación de Seguros del Ministerio de Economía y Finanzas exige la entrega, por parte de la empresa adjudicataria, de una garantía de fiel cumplimiento de contrato equivalente al 5% del valor del contrato, razón por la cual, esta Procuraduría considera que se deberá respetar dicho cuerpo normativo.

En este contexto, este Servicio considera que las entidades contratantes están obligadas a presentar la garantía de fiel cumplimiento del contrato cuando la cuantía sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado.

Con relación a la segunda interrogante: 2. *¿si las multas se aplicarán de manera directa sobre el monto del siniestro impago, cúmulo de siniestros pendientes de ejecutar; o sobre que concepto aplicaría y su porcentaje, o cual será el mecanismo de cálculo a utilizar para el concepto de multas? (...)*".

A través de esta atribución reglada contenida en la Disposición General Quinta del Reglamento General de la LOSNCP, se ha determinado que las pólizas de seguros, no observará los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP, bajo lo cual se deberá aplicar la normativa especial de la materia, en el presente caso, la Ley General de Seguros contenida en el Libro Tercero del Código Orgánico Monetario, su Reglamento General, Código de Comercio, Decreto Supremo No. 1147, y demás disposiciones conexas, y de forma complementaria, en caso de no regularse en la materia especial, la entidad contratante deberá observar lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por consiguiente, el aplicar multas de acuerdo al artículo 71 de la LOSNCP, por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, es disonante con la Disposición General Quinta del Reglamento General ibídem, debido a que la normativa especial de la materia regula este accionar y su procedimiento, considerando que la póliza constituye ley para las partes, obligando no solo a lo que en ésta se expresa, sino a todas las disposiciones que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. En caso de producirse incumplimientos por parte de la aseguradora estos deberán sustanciarse con atención a la normativa especial a ella aplicables y a través de la Superintendencia de Compañías, en virtud de que las pólizas son contratos de adhesión que cuentan con sus propias cláusulas que como ya se indicó constituyen un contrato que es Ley para las partes que lo suscriben.

Con respecto a la tercera consulta: 3. (...) *el inteligienciamiento de lo dispuesto en el numeral 9 de la convocatoria en contraste con la normativa especial en materia de seguros. (...)*.

El numeral 9 constante en la convocatoria del modelo de pliegos obligatorios indica: "Los

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

pagos del contrato de seguro (póliza) se realizarán con cargo a los fondos propios provenientes del presupuesto de la entidad contratante relacionados con la (s) partida (s) presupuestaria (s) (nombre, número y valor). La partida presupuestaria deberá certificarse por la totalidad de la contratación incluyéndose el IVA. Los pagos se realizarán (contra entrega total o parcial de la prestación total del servicio).” (énfasis añadido).

Al indicar entre paréntesis dos opciones implica que la entidad contratante, bajo su análisis y de acuerdo a las necesidades que tenga podrá escoger entre un pago total o un pago parcial.

A la última pregunta: . (...) el asesoramiento sobre la condición por Ud. planteada, en relación a la presentación del reaseguro, únicamente al adjudicatario, en contraste con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General de Seguros, puesta que dicha norma legal contempla que para el cálculo de la oferta económica, llamada tarifa en la especialidad de la materia, esta se sustente por la certificación suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo.(...)”.

Mediante Decreto No. 155 publicado en el Cuarto Suplemento N° 516 del Registro Oficial, el 16 de agosto de 2021, el Presidente de la República, reformó el artículo 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el que señaló: “Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley, se sujetarán al proceso de licitación de seguros. Por la especialidad y naturaleza de la contratación de seguros, el Servicio Nacional de Contratación Pública determinará el modelo de pliegos a aplicarse, (...)”, en cumplimiento a esa disposición este Servicio Nacional emitió mediante Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118, de 23 de septiembre de 2021, el modelo de pliegos de uso obligatorio para la Licitación de Seguros. En este contexto dentro del modelo de pliegos se estableció el Formulario de Compromiso de Reaseguro con la finalidad de que las compañías de reseguros se comprometan a respaldar el riesgo a asumirse a partir de la suscripción de la respectiva póliza.

Según el autor Robert Reinartz, [2] “El reaseguro por tanto es el acto mediante el cual un asegurador, denominado reasegurador, acepta la totalidad o una parte del riesgo de pérdida que pueda sufrir otro asegurador, denominado compañía cedente”.

Sobre los reaseguros la Ley General de Seguros indica: “Las empresas de seguros deberán contratar los reaseguros con empresas reaseguradoras en forma directa o a través de intermediarias de reaseguros autorizadas a operar en el país o registradas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, según sea el caso.”. (Art. 27 inciso 2 Ley General de Seguros).

En lo que respecta al formulario de Reaseguros constante en el pliego de Licitación de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

Seguros, este debe en todo momento presentarse puesto que la falta de este se considera una causal de rechazo de la oferta conforme la disposición contenida en el numeral 4.1.3 Formulario de compromiso de Reaseguro del modelo de pliegos obligatorios.

Ahora bien, tal como se indicó en el análisis de la primera pregunta, la entidad contratante, podrá modificar los modelos de pliegos de licitación de seguros (Artículo 28 LOSNCP).

III. CONCLUSIONES:

Sobre la primera consulta: que los términos de referencia son el resultado de un estudio y análisis previo de las necesidades planteadas en este por parte de la entidad contratante, que estos estudios permiten realizar las modificaciones necesarias a las condiciones particulares de los modelos de pliego de uso obligatorio, siempre y cuando se consideren las disposiciones legales existentes de acuerdo a la contratación a efectuarse y no se contravenga ningún principio constitucional o legal vigente.

En lo que respecta a la garantía de fiel cumplimiento de contrato, las entidades contratantes deberán requerir su presentación cuando el valor de la prima supere el valor establecido en el artículo 74 de la LOSNCP, esto es 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado.

A la segunda consulta, este Servicio concluye que de conformidad con la Disposición General Quinta del Reglamento General de la LOSNCP, no son aplicables para el caso de seguros las cláusulas obligatorias determinadas en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública-LOSNCP, toda vez que en el caso de seguros las pólizas que se emiten y suscriben se someten a la normativa especial relacionada con seguros, considerando, como ya se manifestó que la póliza es similar a un contrato de adhesión. En caso de incumplimientos contractuales o de la póliza firmada, deberá recurrirse a la normativa especial a ellas aplicable.

Con respecto a la tercera pregunta: El SERCOP concluye que el numeral 9 de la convocatoria constante en el modelo de pliegos de uso obligatorio para la licitación de seguros, permite a las entidades escoger si su pago será total o parcial de conformidad con las necesidades que tenga cada entidad.

Sobre la última pregunta: Tal como se indicó en el análisis precedente en el caso de la primera y esta última consulta, la entidad contratante podrá modificar los pliegos de acuerdo a sus necesidades bajo su exclusiva responsabilidad y basado en los principios legales y constitucionales, adicionalmente, deberá considerarse que el formulario de reaseguro es de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, la falta de este constituye una causal de rechazo.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

Finalmente es necesario indicar que, de conformidad con lo determinado en el tercer inciso 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 la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexas.

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 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.

Lo que comunico para los fines pertinentes.

[1] ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, “Contratos De Seguro: Garantía, CONSULTANTE: Ministerio de Economía y Finanzas, OF. PGE. NO. 00134 DE 08-03-2007.

[2] Reinartz, Robert C., La Gerencia De Reaseguro , Editorial MAPFRE S.A., Madrid España, 1978, pág.5

Atentamente,



Servicio Nacional de
Contratación Pública

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0008-OF

Quito, D.M., 20 de enero de 2022

Documento firmado electrónicamente

Dr. Luis Oswaldo Ramón Moncayo
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2022-0380-EXT

Anexos:

- sercop-cnaj-2018-0720-of_(1).pdf

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinueza
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef