

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0093-OF

Quito, D.M., 12 de marzo de 2020

Señor

Iván Fernando Ontaneda Berrú

Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca

MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Av. Amazonas entre Unión Nacional de Periodistas y Alfonso Pereira, Plataforma Gubernamental de Gestión Financiera, Piso 8 y 9, Telf. 023948780

De mi consideración:

En atención al Oficio No. MPCEIP-DMPCEIP-2020-0200-O, de 10 de marzo de 2020, mediante el cual, el señor Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, efectúa una consulta a este Servicio Nacional, me permito indicar lo siguiente:

ANTECEDENTES.-

1.1 Mediante Memorando No. MPCEIP-CGAJ-2020-0123-M, de 10 de marzo de 2020, la Coordinadora General de Asesoría del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, emitió criterio jurídico respecto a: Sobre la Consulta 1: *“Es criterio jurídico de esta Entidad, que la declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública constituye una potestad reglada, que cabe únicamente ante la verificación de alguna de las causales descritas en el artículo 33 de la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Una vez declarado desierto el procedimiento la máxima autoridad podrá disponer su reapertura; respetando que se mantengan las mismas condiciones sustanciales del procedimiento anterior (...), mientras que, si lo declara desierto de manera definitiva, se archivará el expediente, sin que ello dé lugar a reparación o indemnización a favor de los oferentes.* Sobre la Consulta 2: *“Es criterio jurídico de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica, que se debe aplicar lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de encontrar los elementos constitutivos de la inhabilidad especial establecida en el citado artículo, inhabilitar las ofertas presentadas en el Proceso No. CPFFCR0012020, para la contratación del servicio de “DIFUSIÓN, SOCIALIZACIÓN, PRESELECCIÓN, EVALUACIÓN, ASESORÍA, DICTAMEN TÉCNICO ECONÓMICO, EJECUCIÓN Y CONTROL, DE EMPRENDIMIENTOS Y PROYECTOS INNOVADORES PARA LOS PROGRAMAS DEL FONDO CAPITAL DE RIESGO”, que adecuen su accionar en la ya citada inhabilidad especial.*

1.2 Mediante Oficio No. MPCEIP-DMPCEIP-2020-0200-O, de 10 de marzo de 2020, el señor Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, consulta a este Servicio Nacional: *“(...)1. ¿Si un proceso de contratación es declarado desierto por las causales constantes en el artículo 33 de la LOSNCP, y se dispone su reapertura el proceso de concurso público contiene las mismas condiciones sustanciales que proceso declarado desierto?; 2. ¿Al ser declarado desierto un proceso de contratación pública, por caer en las inhabilidades dispuestas en los artículos 62, numeral tercero; y, 63, numeral cuarto de la LOSNCP, por cuanto dentro del personal técnico requerido, se presentaron perfiles de ex servidores públicos y consultor que prestaron sus servicios en la entidad contratante, quienes tuvieron participación directa o indirectamente vinculación en la elaboración de documentación de dicho proceso; al ser reaperturado el proceso en mención, en donde se presentan los mismos oferentes, con otros perfiles, se puede inhabilitar dichas ofertas, por cuanto cuentan con información privilegiada?.*

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene 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 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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0093-OF

Quito, D.M., 12 de marzo de 2020

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226, dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, podrán únicamente hacerlo dentro de las competencias y facultades que les hayan sido atribuidas por mandato legal.

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la posibilidad de declarar desierto un procedimiento de contratación pública por las causales establecidas en la norma; y, adicionalmente prevé la facultad de que la entidad contratante, de así considerarlo necesario, pueda reaperturar el procedimiento de contratación, o en su defecto archive el mismo.

El autor Roberto Dromi en su texto "Licitación Pública", [1]cita a la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina en la que se dictaminó: "*En caso de licitación fracasada por oferta inadmisibles, al igual que en el caso de licitación desierta, la contratación directa que se efectúa debe hacerse con las mismas condiciones y requisitos que la licitación pública fracasada, pues de lo contrario se facilitarían procedimientos irregulares, tales como exigir en una licitación pública ciertas condiciones que por su imposibilidad de ser cumplidas determinarían la segura inadmisibilidad de todas las ofertas, para luego, suprimiéndolas, realizar una contratación directa con la firma que se quiera.*" (PTN, Dictámenes, 77:265).

Por lo que, con relación a su primera consulta, en nuestra legislación que regula la contratación pública, existe la posibilidad de reaperturar un mismo procedimiento bajo las mismas condiciones y requisitos del procedimiento que fue declarado desierto, asegurándose la entidad contratante de cumplir lo determinado en el artículo 23 de la LOSNCP, esto es que, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación, así como también, con la certificación presupuestaria (artículo 24 de la LOSNCP, en concordancia con el artículo 27 de su Reglamento General de aplicación); sin perjuicio de aquello, la actualización de los estudios determinados en el artículo 23 de la LOSNCP en la reapertura de un procedimiento precontractual, no significa que la entidad contratante cambie el objeto del contractual, presupuesto referencial, ni efectúe cambios sustanciales a las especificaciones técnicas y/o términos de referencia que puedan afectar la naturaleza de la contratación que fuera declarada desierta. Sin embargo, si la entidad contratante no hubiere incluido en su Resolución de Declaratoria de Desierto la existencia de una posible reapertura, se entendería que el proceso que se publique con posterioridad, corresponde a un proceso distinto del primero, en el que podría existir cambios sustanciales de así considerar la Entidad Contratante.

Con relación a su segunda pregunta, debo manifestar que para que un proveedor sea éste persona natural o jurídica, de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio, pueda participar en cualquiera de los procedimientos de contratación pública, es indispensable que tenga capacidad legal para hacerlo; para el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres[2], define a la capacidad como: "*La aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo.*"; por su parte los doctores Daniel López Suárez, Antonio José Pérez; y, José Luis Aguilar, [3]definen a la capacidad como: "*(...) la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones.*"

De esto se desprende entonces, que los **proveedores** que participan en los procedimientos de contratación son considerados capaces, toda vez que cuentan con aptitudes para ejercer derechos y contraer obligaciones; sin embargo, esta capacidad puede verse afectada cuando incurran en una de las causales determinadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- como inhabilidad ya sea general o especial, que les impediría contratar con el Estado.

Para el tratadista Roberto Dromi, en su libro "Derecho Administrativo"[4], señala cuáles son las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista, siendo estas a decir del Tratadista: "*penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos).*"

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0093-OF

Quito, D.M., 12 de marzo de 2020

El número 3 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que **no podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:** “*Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada (...)*”.

Así mismo, constituye inhabilidad especial para **celebrar contratos con el Estado** los determinados en el número 4 del artículo 63 de la LOSNCP que señala: (...) 4. *Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones (...)*”.

Al respecto el señor Procurador General del Estado, en consulta realizada por la Empresa Eléctrica Quito, cuya consulta fue: *¿Se puede adjudicar y suscribir el contrato derivado de un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica con un oferente cuya cónyuge es accionista de otra empresa oferente en el mismo procedimiento, considerando que previamente, a la inscripción del contrato matrimonial han suscrito capitulaciones matrimoniales entre sí, o en su defecto, este hecho constituye una de las inhabilidades generales o especiales de las determinadas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?*, emitió pronunciamiento al respecto a través de Oficio No. 04392, de 25 de junio de 2019, manifestando: *“Del análisis efectuado se aprecia que la libertad para contratar es un derecho de las personas que solo puede ser limitado por la ley; y que, los artículos 62 y 63 de la LOSNCP **no han incluido** como inhabilidad general o especial para celebrar los contratos sujetos a esa ley el hecho de que en una sociedad tenga participación o sea accionista el cónyuge de otro proveedor.”* (Énfasis añadido).

De éste pronunciamiento, se advierte que la inhabilidad general y especial para celebrar contratos sujetos a la LOSNCP recae sobre los oferentes participantes en cada procedimiento precontractual, sean éstos personas naturales o jurídicas quienes de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio pretendan celebrar contratos con el Estado, y las mismas causales deben constar de forma expresa en una ley.

III. CONCLUSIONES:

La decisión de la entidad contratante de reaperturar un procedimiento de contratación pública que fue declarado desierto, debe constar expresamente establecida en el acto administrativo que motivó la decisión; en tal virtud, los documentos contenidos en la fase preparatoria no deberán contener cambios sustanciales que afecten las condiciones y requisitos del procedimiento que fue declarado desierto; caso contrario, constituye un nuevo procedimiento que deberá observar lo establecido en la LOSNCP, RGLOSNCP y su normativa conexas, según la naturaleza del mismo.

Por otro lado, toda inhabilidad para contratar con el Estado debe constar expresamente en una norma de rango legal, como es el caso de las inhabilidades contenidas en el número 3 del artículo 62 de la LOSNCP y número 4 del artículo 64 de la misma Ley, las cuales recaerán sobre el oferente participante que busca llegar a ser adjudicatario y eventualmente contratista. Estas inhabilidades deben ser obligatoriamente verificadas por la entidad contratante de forma individual en cada procedimiento precontractual, no teniendo relación con hechos de procedimientos anteriores.

De 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 conforme lo determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin perjuicio de lo expuesto, este Servicio Nacional continuará ejerciendo sus atribuciones de control respectivamente.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0093-OF

Quito, D.M., 12 de marzo de 2020

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución Interna 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.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

-
- [1] Roberto Dromi, “Licitación Pública”, (Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Ciudad de Argentina, 1999), pág 158.
[2] Cabanellas De Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, (D’ Vinni Editorial Ltda., Colombia, enero 2000) pg. 60 y 61.
[3] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez, José Luis Aguilar, Manual de Contratación Pública, (Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2016)
[4] Roberto Dromi, Derecho Administrativo, (Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Septiembre, 2016).

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-SERCOP-2020-0574-EXT

nv/mf