

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0495-OF

Quito, 08 de septiembre de 2020

Señor Ingeniero
Gonzalo Patricio Silva Garcés
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. EP-CONST-GG-2020-0502-OF, de 19 de agosto de 2020, recibido por este Servicio Nacional, el 24 de agosto de 2020, mediante el cual, consulta respecto al procedimiento de menor cuantía en obras; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I.- Antecedentes:

Mediante oficio Nro. EPCONST-HMB-PS-2020-026-OF, de 03 de agosto de 2020, el Dr. Homero Merino Báez, Procurador Sindico de la Empresa Pública de Obras Públicas, Vialidad, Vivienda, Seguridad Ciudadana y de Aseo de Santo Domingo "EP-CONST", emitió criterio jurídico, señalando lo siguiente:

"(...) al amparo de las disposiciones legales contenidas en los artículos 51 de la LOSNCP en concordancia con lo previsto en el artículo 59 del Reglamento General de la LOSNCP, Sindicatura considera que se puede continuar con los procesos de contrataciones, opinión que se respalda en la certificación elaborada por la Dirección de Planificación, de la que se desprende que EP-CONST ha planificado la ejecución del programa de vivienda El Boyal a través del procedimiento de menor cuantía de obras (23 procesos); la planificación formulada no afecta al presupuesto institucional; que tampoco existiría perjuicio a la Empresa; que se utilizará un procedimiento previsto en la ley; no se vislumbra elusión; se cumplirá con los principios de la contratación pública previstos en el artículo 4 de la LOSNCP; por lo que no cabría la presunción de subdivisión de contratos toda vez que no se favorecerá a un determinado oferente, el sorteo será público, transparente realizado por el Servicio Nacional de Contratación Pública (...)"

Mediante oficio Nro. EP-CONST-GG-2020-0502-OF, de 19 de agosto de 2020, el Ing. Patricio Silva, Gerente General de EP-CONST, requirió a este Servicio Nacional, lo siguiente:

"(...) ¿De conformidad a lo que dispone el artículo 51 de la LOSNCP es pertinente realizar diferentes procesos de menor cuantía de obra que no superen el valor del 0,000007 del Presupuesto General del Estado para ejecutar dos o más etapas específicas y diferenciadas en un programa de Vivienda de Interés Social, que se encuentra debidamente contemplado y planificado en el POA, sin que la aplicación del procedimiento descrito signifique subdivisión de contratos? (...)".

II.- Análisis Jurídico:

Según lo establece el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, únicamente podrán ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable.

En ese orden, las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, deberán cumplir con las disposiciones del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir la LOSNCP, su Reglamento General, así como, las Resoluciones Externas emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, y demás normativa conexa.

Así también, dentro de los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública está el de convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional y promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, motivo por el cual se reconoce la priorización a la producción nacional y se concede preferencias a ciertos

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0495-OF

Quito, 08 de septiembre de 2020

actores por su calidad (provenientes de la economía popular y solidaria), por su tamaño (micro, medianas y pequeñas empresas), y por su localidad (circunscripción territorial), en ciertos procedimientos de contratación pública, como lo es la menor cuantía.

Ahora bien, respecto al procedimiento de menor cuantía determinado en el artículo 51 de la LOSNCP, se prescribe su aplicación en los siguientes casos:

“(...) 1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. (...)”.

Y con relación a la contratación de obras de menor cuantía, el artículo 59 del RGLOSNC, determina que se utilizará al proceso cuando:

“(...) 1. Únicamente los proveedores que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 52 de la Ley serán invitados a través del Portal a manifestar su interés de participar en el sorteo; 2. Los proveedores invitados, en un término no menor a tres (3) ni mayor a cinco (5) días contados a partir de la fecha de la invitación, manifestarán su interés mediante la presentación de sus ofertas técnicas y de la carta de aceptación expresa del presupuesto referencial determinado por la entidad contratante; 3. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado verificarán el cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en los pliegos y la aceptación del presupuesto referencial; 4. De entre los proveedores calificados se adjudicará la obra al proveedor escogido por selección automática aleatoria del portal institucional (...)”.

En este sentido, el procedimiento de menor cuantía obras detallado en el artículo 51 de la LOSNCP y artículo 59 de su Reglamento General, debe ser aplicado en su tenor literal, es decir bajo las condicionantes expresamente regladas, y solo en el caso de cumplir con los requisitos detallados *ut supra*, la entidad contratante podrá emplear este procedimiento de contratación pública.

Adicional a ello, es menester enfatizar que dentro de la Disposición General Segunda de la LOSNCP, se encuentra como prohibición que el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto sea subdividido en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en el SNCP.

Así mismo, la Disposición General Segunda *Ibídem*, dispone que para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional; y, si de la subdivisión de la contratación se determina un perjuicio al Fisco, la Contraloría General del Estado removerá del cargo a los funcionarios o empleados que tomen tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Es así que, la contratación que se pretende realizar debe estar constante en el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, acorde a la planificación plurianual de la Institución, asociada al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado, de conformidad con el artículo 22 de la LOSNCP.

Bajo lo cual, corresponde el definir que la subdivisión de contratos se trata de una conducta fraudulenta y/o de un vicio administrativo que consiste en el fraccionamiento artificial de una unidad natural del objeto contractual a fin de soslayar los procedimientos de contratación correspondientes de acuerdo a su cuantía.[1] Es así que, al subdividir el objeto contractual se beneficia a ciertos proveedores del Estado, justificando de alguna manera el proceder, al asumir que no se puede asignar a un solo proveedor la totalidad del contrato, lo cual transgrede directamente los principios de contratación pública, como lo es la igualdad, transparencia y legalidad.

Por otro lado, también establece la referida Disposición General, que se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0495-OF

Quito, 08 de septiembre de 2020

más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo tal que garantice la unidad del proyecto.

Por consiguiente, se puede aseverar que la subdivisión de contratos no es ilícita, cuando se constate que las prestaciones que se requieren contratar, posean propiedades peculiares o disímiles entre sí, que impiden realizar un solo proceso de selección, al que corresponderá efectuar tantos procesos de selección que sean requeridos.[2]

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes 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, en correlación con el cumplimiento de los principios de contratación pública, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en el artículo 99 de la Ley ibídem, al caer dentro de las prohibiciones determinadas en la Ley.

III.- Conclusión:

En virtud de lo expuesto, el procedimiento de menor cuantía de obras, deberá ser aplicado conforme las condicionantes expresamente regladas[3] en el artículo 51 de la LOSNCP y 57 de su Reglamento General; bajo lo cual la entidad contratante en el caso de requerir contratar diferentes procesos de menor cuantía, deberá verificar para el efecto, que sus actuaciones se no encuentren dentro de la prohibición expresa determinada en la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

En este sentido, la entidad contratante deberá justificar que no ha incurrido en la subdivisión del objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos de contratación pública; por lo que deberá demostrar que la contratación no atenta a la planificación institucional, no genera un perjuicio al Estado, y que posee dos o más etapas específicas y diferenciadas que garantizan la unidad del proyecto.

Finalmente, 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 determinado en el artículo 10 número 17 de la LOSNCP.

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,[4] publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Hugo Mera López, “La subdivisión de los contratos como fuente de responsabilidad de los servidores públicos en el Ecuador” (tesis doctoral, Universidad Técnica Particular de Loja, 2015), 29, <http://dspace.utpl.edu.ec/handle/123456789/12803>

[2] Luis Morante Guerrero, ¿Cómo identificar el fraccionamiento en un proceso de contratación estatal?, citada en Hugo Mera López, *ut supra*.

[3] “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.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0495-OF

Quito, 08 de septiembre de 2020

[4] Rearmado por el artículo 2 de la Resolución Interna No. R.I.-SERCOP-2019-000003, de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada Registro Oficial 464, de 09 de abril del 2019.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Iván Francisco Ubidia Donoso
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-CZ4-2020-1002-EXT

Copia:
Señora Economista
María Dolores Zavala Zavala
Coordinadora Zonal 4

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

aa/mf