

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

Asunto: Absolución de consulta, en atención al oficio No. ELEPCOSA-PE-2020-00608-O, suscrito por el Presidente Ejecutivo de ELEPCOSA, respecto a la terminación unilateral contractual y el proceso sancionatorio de VAE. (artículos 94, 95, 98, 99, 106 y 107; R.E.-SERCOP-2016-0000072)

Señor Ingeniero

Jose Alberto Semanate Noroña

Presidente Ejecutivo

EMPRESA ELÉCTRICA PROVINCIAL COTOPAXI S.A.

Correos electrónicos: jose.semanate@elepcosa.com.ec y jose.lozada@elepcosa.com.ec

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. ELEPCOSA-PE-2020-00608-O, de 18 de septiembre de 2020, el cual, el Ing. Jose Alberto Semanate Noroña, en calidad de Presidente Ejecutivo de la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. -ELEPCOSA, consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública, respecto al proceso sancionatorio del Valor Agregado Ecuatoriano, al respecto me permito indicar que en razón a la documentación adjunta a su requerimiento, es pertinente determinar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

1.1. Mediante Resolución Nro. SERCOP-SDG-2020-0059-R, de 27 de agosto de 2020, el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador, resuelve lo siguiente:

“Artículo 1.- Sancionar al proveedor GUSTAVO ARQUIVALDO SANTAMARÍA CUITO, con RUC No. 0500964465001, por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal c) del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: “(...) realizar una declaración errada dentro de un procedimiento de contratación, inclusive respecto de su calidad de productor nacional”; así como, inobservar lo establecido en la Sección II del Capítulo III del Título II de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, contenida en la Resolución No- RE-SERCOP-2016-0000072, de fecha 31 de agosto de 2016.

Artículo 2.- Suspender del Registro Único de Proveedores al proveedor GUSTAVO ARQUIVALDO SANTAMARÍA CUITO, con RUC No. 0500964465001, por un plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución a través del Portal Institucional; en consecuencia, mientras dure la suspensión, no tendrá derecho a recibir invitación alguna ni a participar en procedimientos de contratación

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

pública derivados de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se impone la presente sanción por delegación de la máxima autoridad del SERCOP, con la finalidad de salvaguardar la producción nacional y los principios consagrados en el artículo 4 de la Ley de la materia, así como garantizar la legalidad, transparencia, trato justo e igualdad”.

1.2.- Mediante oficio Nro. ELEPCOSA-PE-2020-00594-O, de 14 de septiembre de 2020, el Presidente Ejecutivo de la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. -ELEPCOSA, solicita a este Servicio Nacional de Contratación Pública, lo siguiente:

“Bajo estas consideraciones y, por cuanto se me ha generado ciertas dudas como Entidad Contratante, solicito se sirva AMPLIAR la Resolución Nro. SERCOP-SDG-2020-0059-R, en el sentido de especificar lo siguiente:

1. Considerando que la Resolución Nro. SERCOP-SDG-2020-0059-R, fue dada a consecuencia del proceso de contratación No. COBS-ELEPCO-014-2020, dentro del cual se adjudicó y celebró el contrato con el Sr. Santamaría Cuito Gustavo Aquivaldo, teniendo como base la sanción resuelta, debo en mi calidad de Entidad Contratante y sujeto del error evidenciado por ustedes por parte del contratista, dar por terminado de manera unilateral el Contrato celebrado entre la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. y el señor Santamaría Cuito Gustavo Aquivaldo?”.

1.3.- Mediante memorando Nro. ELEPCOSA-AJ-2020-0340-M, de 14 de septiembre de 2020, el Asesor Jurídico de la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. -ELEPCOSA, concluye la aplicación de los artículo 95 de la LOSNCP y 146 de su Reglamento General y recomienda elevar a consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública.

1.4.- Mediante oficio Nro. SERCOP-DAJ-2020-0229-OF, de 16 de septiembre de 2020, la Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador solicita a la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. -ELEPCOSA, lo siguiente:

“En tal virtud, con el propósito de dar cumplimiento a su requerimiento de asesoría, solicito a usted, que la misma sea replanteada con apego a las disposiciones establecidas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexas, debiendo aquella versar sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y no sobre hechos que impliquen juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante, no siendo competencia del SERCOP pronunciarse al respecto”.

1.5.- Mediante oficio Nro. ELEPCOSA-PE-2020-00608-O, de 18 de septiembre de 2020, el Presidente Ejecutivo de la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. -ELEPCOSA, consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública, lo siguiente:



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

“[...] resulta necesario para el efecto solventar las siguientes dudas que solicito sean aclaradas bajo la figura de asesoría de su parte:

Pese a que existe ya una sanción por parte del SERCOP en contra del señor Gustavo Aquivaldo Santamaría Cuito, y con el fin de no afectar el derecho constitucional de que no se debe juzgar a una persona por la misma causa, procede por parte de la ELEPCOSA dar por terminado el contrato de forma unilateral que el mencionado contratista mantiene con la EMPRESA?

De ser favorable la respuesta, para declarar la terminación unilateral del contrato, es preciso previamente declararle contratista incumplido?

Finalmente, de concluir con la terminación unilateral del contrato, procede la contratación directa por lo que resta del plazo para la ejecución contractual? ”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

De acuerdo al principio constitucional de juridicidad 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 sólo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

En este sentido, este Servicio en cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, conforme las atribuciones detalladas en el citado artículo, siendo una de ellas la de capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública, y adicional a ello, asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

La atribución reglada[1] en los números 12 y 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual conforme a la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias facultadas.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

En ese contexto, se debe destacar que, en virtud de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, entre otros, los principios de legalidad, trato justo[2], oportunidad y transparencia, con el fin de incentivar que los mismos sean competitivos y que el Estado seleccione a la oferta de mejor costo que sea conveniente para los intereses nacionales e institucionales.

2.1.- El Servicio Nacional de Contratación Pública en aplicación de los artículos 288 de la Constitución de la República del Ecuador, 4, 9, 25.1, 25.2 y 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 16 de su Reglamento General, ha garantizado se otorgue preferencias en las compras públicas a las ofertas presentadas por los proveedores por su participación nacional.

En este contexto, así como los proveedores resultan beneficiarios de las preferencias que la normativa reconoce por su origen nacional frente a otras ofertas, en igual sentido, la Ley citada en la letra c) del artículo 106, ha tipificado infracciones que corresponden cuando el proveedor ha realizado una declaración errónea dentro de un procedimiento de contratación, respecto de su calidad de productor nacional. Consecuentemente, el artículo 107 de la LOSNCP ha previsto la sanción aplicable en el caso de presentarse la infracción mencionada, que expresamente dispone la *suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP*, por un lapso de entre 60 y 180 días, y por reincidencia entre 181 y 360 días, determinando además, que *la aplicación de la sanción detallada se regirá por la normativa que el SERCOP emita para tal efecto*.

Dentro de esta consideración, y de acuerdo a la facultad normativa de este Servicio, al amparo de las atribuciones otorgadas a este Servicio en el artículo 10 número 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y artículo 7 número 4 y Disposición General Cuarta de su Reglamento General, se ha expedido la Resolución Externa Nro. R.E.-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, que contiene la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP[3]; que en su Disposición General Primera ha normado de manera expresa que cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública o las entidades contratantes identifiquen que los oferentes o contratistas *hubieren faltado a la verdad sobre la información otorgada en cualquier etapa de los procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP y su Reglamento de aplicación*, dicha conducta errada será causal para que la entidad contratante lo descalifique del procedimiento de contratación, lo declare adjudicatario fallido o contratista incumplido, según corresponda; y, *de ser el caso el Servicio Nacional de Contratación Pública aplique las sanciones previstas en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respectivamente*; sin perjuicio de las acciones legales a que hubiera lugar.

Ahora bien, respecto a su consulta y en consideración de la normativa antes citada, es pertinente considerar que en toda actuación administrativa se debe aplicar

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

inexorablemente las normas constitucionales, en especial el artículo 76 número 7 letra i) de la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza el principio de *non bis in idem*, al establecer que “*nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia*”, y de conformidad a la sentencia 012-14-SEP-CC, se configura este principio cuando se concurren estos cuatro elementos que son: *identidad de sujetos, identidad de hecho, identidad de motivo de persecución; e identidad material.*

En virtud de aquello, es necesario primero analizar la fundamentación de la Resolución Sancionatoria de Valor Agregado Ecuatoriano -VAE, emitida por este Servicio, cuyo sustento se enmarca en el cumplimiento de principio de participación nacional que deben cumplir las compras públicas, señaladas en el artículo 288 ibídem, en concordancia con el artículo 4 de la LOSNCP, con el fin de *priorizar los productos y servicios nacionales*, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, toda vez que al realizar la declaración el proveedor de manera errónea respecto a su calidad de productor ecuatoriano, su oferta es preferente frente a las presentadas por los demás proveedores, violentando así el proveedor los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, amparados en el artículo 4 de la LOSNCP, por lo que la conducta del proveedor se enmarca en la infracción prevista en el artículo 106 letra c) de la LOSNCP, correspondiendo la sanción establecida en el artículo 107 ibídem, esto es la suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP.

Por lo cual, las atribuciones del SERCOP en el proceso de verificación del Valor Agregado Ecuatoriano -VAE y posterior emisión de la Resolución Sancionatoria con suspensión en el RUP al proveedor, *difieren taxativamente de las competencias que ostenta la entidad contratante una vez se celebra el contrato*, pues este debe verificar que el contratista cumpla cabalmente con cada una de las obligaciones derivadas de la normativa de contratación pública, de los modelos de documentos contractuales y del mismo instrumento contractual tanto en las condiciones particulares y generales. Bajo lo cual en los modelos de documentos precontractuales emitidos por este Servicio de obligatorio cumplimiento para las entidades el aplicar los mismos, de manera expresa se regula en las CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE BIENES Y/O SERVICIOS, (Versión SERCOP 2.1 de 09 de junio de 2017) en la “Cláusula Quinta.- OTRAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA” que: “[...] 5.3 Queda expresamente establecido que constituye obligación del contratista ejecutar el contrato conforme a las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos en el pliego, y cumplir con el porcentaje mínimo de Valor Agregado Ecuatoriano ofertado de ser el caso [...]”; además en las CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA (Versión SERCOP 2.1 de 09 de junio de 2017), en la “Cláusula Undécima.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO”, se prescribe que: “[...] 11. 2 Causales de Terminación unilateral del contrato.- [...] c) Si se verifica, por cualquier modo, que la participación ecuatoriana real en la provisión de bienes o



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

prestación de servicios objeto del contrato es inferior a la declarada [...]”.

Por consiguiente, la entidad contratante a través de su administrador de contrato conforme lo disponen los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual, así como el adoptar todas las acciones que sean necesarias para evitar incumplimientos que hubieren lugar, siendo imprescindible en la contratación pública, la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.

En este orden, constituye responsabilidad directa de la entidad contratante el iniciar las acciones administrativas de sanción que corresponda al tenor de la LOSNCP, su Reglamento General, Resolución emitidas por el SERCOP, y de los modelos de documentación contractual emitida para el efecto; bajo su exclusiva responsabilidad y considerando un análisis previo y motivado.

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe señalar que mediante sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de juicio Nro. 17811-2018-00008, se analizó con exactitud que: “[...] se aprecia que el hecho de que el actor fue sancionado por el SERCOP al realizar una declaración errónea dentro de un procedimiento de contratación respecto de su calidad de productor nacional, el 3 de agosto de 2017, mediante Resolución Interna No. RI SERCOP 2017-832 no constituye una misma sanción por el mismo hecho en relación con la sanción impuesta inicialmente al actor en la Resolución CEC-127-2007 del Director del Centro de Educación Continua [...], *pues constituyen procesos sancionadores independientes generados por autoridades distintas en ejercicio de potestades diferentes con un procedimiento distinto y por infracciones diversas aunque conexas, de manera que si bien aquel proceso sancionador del SERCOP esta relacionado con los hechos y actos objeto de la controversia, no constituyen doble juzgamiento, pues como se ha indicado, cada autoridad tiene su competencia, las infracciones que conoce y sanciona tienen diversa naturaleza [...]*”. (Énfasis me pertenece)

En conclusión, de acuerdo al principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, se determina que la sanción de suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP al proveedor por haber realizado una declaración errónea respecto a su calidad de productor nacional interpuesta por este Servicio difiere de la que hubiere lugar, por parte de la entidad contratante, derivadas de la resolución de adjudicación así como del instrumento contractual.

2.2.- El artículo 95, último inciso, de la LOSNCP, determina que una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley.

El artículo innumerado primero a continuación del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNCPP, establece el procedimiento posterior a la terminación unilateral del contrato; indicando como pasos los siguientes: 1. Resolución de inicio de contratación directa suscrita por la máxima autoridad o delegado de la entidad contratante, disponiendo su publicación en el término de 24 horas de emitida, indicando el nombre del proveedor invitado y el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios; 2. Manifestación de aceptación y presentación de ofertas en el término de cinco (5) días desde la publicación de la resolución de inicio; 3. Adjudicación y notificación, la máxima autoridad o su delegado de la entidad contratante adjudicará el contrato mediante resolución debidamente motivada, la misma que deberá ser notificada a través del Portal Institucional, en el término máximo de 24 horas a partir de su expedición; o en su defecto declarará desierto el proceso; y, 4. Firma del contrato.

Cabe recordar, que el cumplimiento de la normativa es una obligación que compete tanto a la entidad contratante como al contratista, y en el evento de su inobservancia deberán responder conforme lo determina el artículo 99 de la LOSNCPP, y, en virtud de las atribuciones conferidas a este Servicio, se le atribuye la facultad de supervisar, monitorear y controlar el Sistema Nacional de Contratación Pública, incluyendo la potestad de emitir alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, así como, notificar a los órganos de control sobre la presunción de elusión a los procedimientos de contratación pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de Ley referida.

III.- CONCLUSIÓN. -

El principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, se determina que la sanción de suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP al proveedor por haber realizado una declaración errónea respecto a su calidad de productor nacional interpuesta por este Servicio difiere de la que hubiere lugar, por parte de la entidad contratante, derivadas de la resolución de adjudicación así como del instrumento contractual. Para lo cual, en caso de la terminación anticipada de la ejecución contractual se deberá observar lo dispuesto por la LOSNCPP, RGLOSNCPP y demás normativa expedida por el SERCOP; destacando que queda a entera responsabilidad de las entidades contratantes el irrestricto respeto a los principios y derechos constitucionales del debido proceso como uno de los ejes transversales del ordenamiento jurídico.

La decisión y/o pertinencia de iniciar un proceso de contratación corresponde exclusivamente a la entidad contratante, entre las cuales se encuentra la Contratación Directa, se encuentra en el marco de lo contemplado en la Constitución, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y demás normativa conexa aplicable; sin



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

embargo, resulta de vital importancia que esta decisión se enmarque en la observancia de los principios y reglas citadas, los cuales en efecto son de cumplimiento obligatorio y sujetos al control gubernamental, con la finalidad de garantizar la eficiencia en el uso de los recursos públicos asignados a cada nivel de gobierno.

No está por demás recordar que, entre los objetivos prioritarios del Estado se encuentra la optimización del gasto que se encuentra atado a un adecuado estudio de necesidad y de mercado, así como a observar los principios de concurrencia, oportunidad y transparencia en la compra pública a través de procedimientos que promuevan la participación de varios proveedores, con la finalidad de obtener las mejores condiciones de mercado, así como evitar la contratación directa.

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 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 máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 14 de la Resolución Nro. R.I SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por la Resolución Nro. R.I. SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, mismas que se encuentran publicadas en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública. Particular que comunico para los fines pertinentes.

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] *“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.* (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 104.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0511-OF

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

[3] Misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial, Edición Especial, Nro. 245, de 29 de enero de 2018, así como en el Portal Institucional del SERCOP.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-2628-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

fa/mf