

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0521-OF

Quito, D.M., 19 de octubre de 2020

Asunto: Absolución a consulta a oficio Nro. 0481. ESPOCH.2020, a ESPOCH respecto a calificación de ofertas de consorcios, patrimonio, procurador común (artículos 33 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP).

Señor Doctor, Rector de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo
Byron Ernesto Vaca Barahona
Rector
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 0481. ESPOCH.2020, de 5 octubre de 2020, recibido por este Servicio Nacional el 12 de octubre de 2020, mediante el cual, requiere, se absuelva su solicitud de asesoramiento; al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I.- Antecedentes:

Mediante oficio Nro. ESPOCH-DJ-2020-1146-O, de 02 de octubre de 2020, la doctora Carola del Rocío Silva Silva, analista de contratación pública 3 de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, en adelante ESPOCH, emitió criterio jurídico a la interrogante planteada, al señalar que: "(...) **En lo que respecta la primera pregunta:** (...) se depreden que el patrimonio de los compromisos de consorcios se considerará la suma de los patrimonios de los partícipes, entendiéndose que el compromiso de consorcio puede estar formado entre personas naturales, persona jurídicas o interrelacionadas entre sí, siempre y cuando estén habilitados en el Registro Único de Proveedores -RUP. (...) **En lo que respecta a:** 2. (...) y una vez revisada la codificación de Resoluciones del SERCOP, se determina que es facultativo la designación del procurador común de entre los socios o fuera de ellos, por cuanto dicho procurador deberá tener poder o representación suficiente para actuar durante la fase precontractual; (...) **En lo que respecta a la tercera inquietud por parte de la comisión técnica** (...) En cuanto a la vinculación de criterios emitidos por el SERCOP como respuesta a inquietudes que realizan las entidades contratantes, debo indicar que la normativa no especifica sobre este particular, pero al ser casos generales que se plantean en las consultas, éstas deberían ser de carácter vinculante para los procesos de contratación que se aplica en las entidades contratantes, caso contrario sería en las consultas sobre aspectos puntuales, mismos que por su naturaleza sería aplicados en el caso puntual motivo de la consulta (...)".

Mediante oficio Nro. 001-ESPOCH-CONS.ESPOCH-2020, 01 de octubre de 2020, dirigido al ingeniero Ph.D. Byron Vaca Barahona, Rector de la ESPOCH, solicitaron se absuelvan las siguientes interrogantes:

"(...) 1. Se solicita al SERCOP como entidad asesora de los procedimientos de contratación pública que realizan las entidades contratantes, se nos haga conocer la Metodología de análisis y calificación al Patrimonio en procesos de Cotización y Licitación de obra para los casos de ofertas antes mencionados.

2. Se nos indique si en el Compromiso de Asociación o Consorcio puede participar como Procurador común una persona natural que no forma parte de los accionistas o partícipes del Compromiso de Asociación o Consorcio considerando lo dispuesto en el MODELO DE PLIEGO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS Versión SERCOP 2.1 (09 de junio de 2017)- II. CONDICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, SECCIÓN I DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN en la cual señala que: "(...) Cuando exista un compromiso de asociación o consorcio, todos los miembros de la asociación deberán estar habilitados en el Registro Único de Proveedores al tiempo de presentar la oferta, y se designará un procurador común de entre ellos, que actuará a nombre de los comprometidos. (...)".

3. Se nos ratifique si la respuesta que se derive de la presente consulta tiene carácter vinculante. (...)".

II.- Análisis Jurídico:

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0521-OF

Quito, D.M., 19 de octubre de 2020

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 RGLOSNC, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Así también, corresponde indicar que el SERCOP, al tenor de los artículos 9, 10, 14 y 15 de la LOSNCP y 6 de su Reglamento General, ejerce la supervisión del cumplimiento efectivo de los principios, objetivos y disposiciones del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP- dentro de los procedimientos de contratación que llevan a cabo las diferentes entidades contratantes; por lo cual, este Servicio no puede tener injerencia en pronunciarse y decidir sobre las contrataciones que pretendan realizar, competencia privativa de cada entidad.

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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.

2.1. Ahora bien, respecto a su primera interrogante, corresponde indicar que los artículos 6, 26, 67 y 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP, determinan a los consorcios o asociaciones en materia de contratación pública y que la doctrina internacional ha definido como *unión temporal de empresas*[1], siendo esta forma de organización posible en todos los procedimientos de contratación pública, debido a que los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores -RUP, ya sean personas naturales o jurídicas, pueden presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio. No obstante, la asociación o consorcio que se forma para la ejecución contractual del servicio, obra o bien requerido por la entidad contratante, no implica la pérdida de la personería jurídica de cada uno de los partícipes, pues está no constituye una persona jurídica diferente de los que la conforman, bajo la consecuencia jurídica de que responden de manera indivisible y solidaria todos los asociados.

Por consiguiente, la facultad que tienen los oferentes inscritos en el RUP, de asociarse se enmarca en la posibilidad que tienen de complementar sus capacidades, a fin de participar de forma conjunta en un determinado procedimiento de contratación pública, que permita satisfacer las necesidades institucionales de las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP.

Al respecto, vale considerar que el consorcio o *asociaciones de empresa o joint venture*, “(...) son sociedades de hecho que se forman para participar en actos y contratos específicos, intervienen a través de un representante convencional, conforme a las normas previstas en los artículos 2047 al 2103 del Código Civil no constituyen sociedades con personería jurídica. Quienes conforman estas asociaciones o consorcios se obligan solidaria e indivisiblemente. (...)”[2].

Así mismo, lo determina el tratadista Benjamín Herrera, al señalar que esta figura: “(...) fue tomada del Código Civil italiano de 1942 que en su artículo 2602 se refiere al consorcio como la ordenación o regulación de la producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción e introducción en los mercados. (...) El consorcio, y a su semejanza la unión temporal, se constituyen para un negocio determinado y sin los formalismos de las sociedades. Primero son un instrumento que se usa para asociarse en frente de una única explotación, que en la práctica es extraña a la sociedad, y no está sometida a los formalismos que se prevén para aquella. (...)”[3].

Adicional a ello, el citado tratadista determina que “(...) la naturaleza de los consorcios corresponde a

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0521-OF

Quito, D.M., 19 de octubre de 2020

contratos de integración, porque buscan precisamente la participación conjunta en una tarea o en una serie de ellas, (...) No forman persona jurídica nueva y quienes lo constituyen conservan su individualidad, aunque se da una integración parcial entre ellos, puede dar lugar a una organización administrativa. (...)”¹⁴¹. (Lo subrayado me pertenece)

Bajo lo cual, es menester considerar que tal como lo establecen los artículos 26, 67 y 99 de la LOSNCP, y la doctrina, respecto a las experiencias de los partícipes al ser consideradas de manera indivisible al formar el consorcio, en el mismo sentido lo prescribe el artículo 33 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, respecto de las reglas de los consorcios, al enfatizar que se considerará la suma de los patrimonios de los partícipes.

Por consiguiente, la normativa de manera expresa determina en el número 1 del artículo 33 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, que para la calificación de ofertas presentadas por los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, el patrimonio se considerará de acuerdo a la suma de los patrimonios de los partícipes.

2.2. Con relación a su segunda interrogante, es indispensable detallar que con el fin de establecer lineamientos que complementan a la LOSNCP, su Reglamento General y las Resoluciones emitidas por el SERCOP para el efecto, dentro de los documentos precontractuales y contractuales emitidos por este Servicio, versión 2.1 (09 de junio de 2017) se determina dentro del modelo de pliego de procedimientos de contratación de obras, dentro del punto II. Condiciones Generales para la Contratación de Obras, en la Sección I, número 1.2. “Participantes”; se determina lo siguiente:

“(...) 1.2. Participantes: La convocatoria está dirigida a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas, consorcios o compromisos de asociaciones o consorcios, que se encuentren habilitadas en el Registro Único de Proveedores, que oferten participación ecuatoriana mínima conforme los estudios de Desagregación Tecnológica para el caso del procedimiento de Licitación de Obras, y tengan interés en participar en este procedimiento. Cuando exista un compromiso de asociación o consorcio, todos los miembros de la asociación deberán estar habilitados en el Registro Único de Proveedores al tiempo de presentar la oferta, y se designará un procurador común de entre ellos, que actuará a nombre de los comprometidos.(...)”. (Lo subrayado me pertenece)

En este sentido, los modelos de pliegos de uso obligatorio orientan a la entidad contratante y conforme lo determina el número 24 del artículo 6 de la LOSNCP y artículo 20 de su Reglamento General, los pliegos del procedimiento de contratación pública que lleve a cabo la entidad, deberán observar los modelos de pliegos elaborados por el SERCOP; y en el modelo de pliego de procedimientos de contratación de obras, de manera expresa, dispone que en caso de consorcios se designará un procurador común de entre ellos, es decir debe ser uno de los partícipes del mismo consorcio.

Finalmente, si bien el artículo 35 de la Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el SERCOP, regula en su número 2 respecto a la designación del representante o representantes, con poder o representación suficiente para poder actuar durante la fase precontractual, a quien o quienes se les denominará procurador/es común/es; los modelos de pliegos emitidos por el SERCOP, añaden que el procurador común deberá ser uno de los partícipes, más no un tercero externo.

Cabe considerar que se realiza esta precisión, considerando que al ser solidariamente responsables los partícipes del consorcio, al momento de responder por sus incumplimientos conforme lo determina el artículo 99 de la LOSNCP, lo harán de forma solidaria ante lo cual, el procurador común, inclusive, deberá ser partícipe.

2.3. Con relación a la tercera inquietud, la Constitución de la República del Ecuador, al tratar los temas de dominio legal máximo y dominio legal mínimo, es decir, al determinar en ámbito competencial de las leyes orgánicas u ordinarias, señala en el numeral 6 de su artículo 132, que a través de ley la Asamblea Nacional puede otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en materias propias a su competencia.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0521-OF

Quito, D.M., 19 de octubre de 2020

En tal virtud, la potestad normativa, conferida expresamente a este Servicio Nacional mediante ley orgánica, comprende: i) emitir de normas administrativas [resoluciones] que desarrollen y complementen las disposiciones de la LOSNCP y su Reglamento General; y, ii) expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública. Esto, con fundamento en los artículos 10, números 8 y 9, 27, y Disposición Transitoria Cuarta de la LOSNCP, en concordancia con el numeral 4 del artículo 7, 28, y Disposición General Cuarta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo que, con respecto a la naturaleza jurídica de la absolución a consultas que efectúa este Servicio bajo su potestad determinada en el número 17 del artículo 10 de la LOSNCP, es pertinente aclarar que no se constituyen en actos normativos, pues para ser así deben ajustarse a determinados límites materiales y formales, así como cumplir con determinadas características esenciales, tales como generalidad, universalidad, abstracción, permanencia en el tiempo, falta de ejecutoriedad y obligatoriedad.

En consecuencia, se colige que la naturaleza jurídica de los oficios que contienen absolución de consultas que emite este Servicio Nacional no se ajusta a las características esenciales de los actos normativos enunciados líneas arriba; principalmente en lo que respecta a la obligatoriedad, ya que no se trata de instrumentos que son vinculantes por sí solos, pues únicamente se limitan a contener asesoría sobre disposiciones normativas que rigen el SNCP, y son emitidos al amparo de lo previsto en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

III.- Conclusión:

El SERCOP emite su análisis correspondiente y pronunciamiento a la solicitud referida en los antecedentes en estricto apego a la normativa jurídica que regula el Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin perjuicio de aquello, se recalca que continuará ejerciendo sus atribuciones de supervisión, en los procedimientos de contratación pública que realicen las diferentes entidades contratantes, ratificando así su compromiso con el cumplimiento de los principios y objetivos del SNCP.

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 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 Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Interna Nro. R.I.-SERCOP-2018-00000459[5], publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Roberto, Dromi, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, (Madrid-México: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005), 308.

[2] Procurador General del Estado, Oficio No. 11174, de 10 de junio de 1998.

[3] Benjamín Herrera Barbora, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004) 101 y 102.

[4] *Ibíd.*

[5] 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,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0521-OF

Quito, D.M., 19 de octubre de 2020

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-11076-EXT

Copia:

Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica

aa/mf