

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0538-OF

Quito, D.M., 13 de noviembre de 2020

Asunto: Absolución a Consulta a oficio Nro. ARE-ESNAEQI-UCP-2020-2118-O, a la Armada, respecto de la diferencia de la sanción de VAE al proveedor de las acciones contractuales que realiza la entidad (artículos 70, 80 de la LONSCP y 121 de su RGLOSNCP)

Capitan de Fragata - Ems
Jorge Saldaña Moya
Comandante de la Estación Naval de Quito
ARMADA DEL ECUADOR
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. ARE-ESNAEQI-UCP-2020-2118-O, de 26 de octubre de 2020, recibido por este Servicio el 27 de octubre de 2020, mediante el cual, consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública, respecto al proceso sancionatorio del Valor Agregado Ecuatoriano; al respecto, es menester indicar lo siguiente:

I. Antecedentes.-

1.1. Mediante oficio Nro. ARE-ESNAEQI-UCP-2020-2118-O, de 26 de octubre de 2020, el señor Jorge Saldaña Moya, Capitán de Fragata –EMS, Comandante de la estación Naval de Quito de la Armada del Ecuador, remitió a la economista Laura Silvana Vallejo Páez, Directora General del SERCOP, la solicitud de absolución de consulta a la siguiente interrogante: “(...)

1) Al no existir inconvenientes en la ejecución contractual del contrato COT-ESNAEQI-OO1B-2020 a pesar de existir en firme la resolución Nro. SERCOP-SDG-2020-0061-R, es factible continuar la ejecución del contrato hasta su cumplimiento final.

2) Si al considerar la Resolución Nro. SERCOP-SDG-2020-0061-R, del 01 de septiembre del 2020, y al acogerse al Informe Jurídico Nro. COGMAR-JUR-021-2020 del 29 de septiembre del 2020, es posible aplicar el procedimiento de terminación unilateral del contrato en la aplicación de la cláusula contractual 12.2 literal c; contraviene o no lo estipulado en el Art. 76, numeral 7, literal i), de la Constitución de la República del Ecuador. (...).”

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 prescribe 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, en adelante SERCOP, 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 LOSNCP, ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP-, conforme las atribuciones detalladas en el citado artículo, siendo una de ellas el asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0538-OF

Quito, D.M., 13 de noviembre de 2020

La atribución reglada 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.

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, en adelante LOSNCP, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, entre otros, los principios de legalidad, trato justo[1], 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.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en adelante SERCOP, en aplicación del artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 4, 6, 9, 25.1, 25.2 y 52 de la LOSNCP, y artículo 16 de su Reglamento General, garantiza que se otorgue preferencias en las compras públicas a los proveedores del Estado al incorporar en sus ofertas participación nacional o componente ecuatoriano.

En este contexto, así como los proveedores del Estado resultan beneficiarios de las preferencias que la normativa reconoce por su origen nacional frente a otras ofertas, en igual sentido, la LOSNCP 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 del SERCOP, al amparo de las atribuciones otorgadas a este Servicio en el artículo 10 número 9 de la LOSNCP, 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^[2]; que en su Disposición General Primera ha normado de manera expresa^[3] 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 falsedad 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 la interrogante planetada y en consideración de la normativa antes citada, es pertinente considerar que en toda actuación administrativa se debe aplicar 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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0538-OF

Quito, D.M., 13 de noviembre de 2020

VAE Nro. SERCOP-SDG-2020-0061, 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 respectivo contrato; pues en este último caso la entidad debe verificar que el contratista cumpla cabalmente con cada una de las obligaciones derivadas de la normativa de contratación pública, los documentos precontractuales u pliegos del procedimiento; y, del mismo instrumento contractual; tanto en las condiciones particulares y generales.

Bajo lo cual, dentro de los modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública emitidos por este Servicio conforme el artículo 27 de la LOSNCP, de manera expresa se regula en las “CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS”, (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 (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 prestación de servicios objeto del contrato es inferior a la declarada. (...)*”.

Por consiguiente, la entidad contratante al ser la responsable de su procedimiento contractual conforme lo dispone el artículo 99 de la LOSNCP, a través de su administrador de contrato 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.

III. Conclusión.-

En virtud de lo expuesto, al tenor de la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, la entidad contratante debe administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual[4], debido a que el administrador del contrato, posee pleno conocimiento de las normas y regulaciones aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control, asegurando el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública.

Así mismo, constituye responsabilidad directa de la entidad contratante, al amparo del artículo 99 de la LOSNCP, el iniciar las acciones que corresponda para garantizar el cumplimiento de la normativa de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0538-OF

Quito, D.M., 13 de noviembre de 2020

contratación pública; bajo su exclusiva responsabilidad y considerando un análisis debidamente motivado; mismo que deberá ser aplicado en concordancia con los artículos 4 y 5 de la Ley ibídem.

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. (...)” (La negrita y lo subrayado me pertenecen)

En conclusión, 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 celebrado.

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-2018-0000459[5], publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] “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.

[2] 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.

[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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0538-OF

Quito, D.M., 13 de noviembre de 2020

Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1998) 438.

[4] “[...] El procedimiento Licitatorio no es ajeno al requerimiento de un adecuado y oportuno control y al cumplimiento irrestricto de la legalidad licitatoria, cumplidos los cuales derivará en un contrato eficaz [...] Así se considera que de poco sirve saber que los objetivos no se han cumplido cuando ya ha pasado el tiempo de poder cumplirlos; el control de la eficacia que es preciso desarrollar en un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principios de organización, dirección, planificación y control en el procedimiento licitatorio. (...)”. Robert Dromi, *Licitación Pública*, Segunda Edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995), 499.

[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,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-11764-EXT

Copia:

Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica

aa/sa