

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

Asunto: Absolución a consulta de la Carta Ciudadano No. CIUDADANO-CIU-2021-12987, respecto a la aplicación de la firma electrónica en los procedimientos de contratación de ínfima cuantía. Artículos 10.1 y 24.1 de la Codificación

Señor Ingeniero
Esteban Andrés Peñafiel Bermeo
Correo: apenafiel@farmasol.gob.ec / Iterreros@farmasol.gob.ec

De mi consideración:

En atención a la Carta Ciudadano No. CIUDADANO-CIU-2021-12987, de 10 de marzo de 2021, suscrito por el Ing. Esteban Andrés Peñafiel Bermeo, en calidad de Gerente General de FARMASOL EP, mediante el cual solicita a este Servicio Nacional: “[...] se digne atender la solicitud adjunta a la presente. [...]”.

Al respecto me es pertinente indicar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

La Dra. Julia Lorena Terreros Iñiguez, en calidad de Asesor Jurídico de la Empresa Pública Farmacias Municipales Solidarias FARMASOL EP, mediante memorando No. 0015-D-J--FARMASOLEP-2021, de 03 de febrero de 2021, emite su criterio en el siguiente sentido:

“[...] 1. En conclusión de todo lo aquí analizado, sustentado y motivado a fin de garantizar los principios de contratación pública, de manera primordial y por ser un interés superior debemos por respeto al mandato de supremacía de normas; así como por un principio de favorabilidad ante la ley para los administrados, se debe observar y garantizar los principios de la contratación pública dispuestos tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la LOSNCP y su Reglamento; por lo que de manera excepcional en los procesos de ínfima cuantía donde el proveedor por sus condiciones de edad, educación, conocimiento, salud, monto de contratación, que no pueda generar documentos firmados electrónicamente, y que se justifique esta imposibilidad de manera excepcional a fin de garantizar la concurrencia y la participación en la contratación pública se deberá generar los documentos con firma autógrafa del proveedor, respetando la obligatoriedad para los funcionarios del sector público de contar con su firma electrónica y subirlos al portal de ser necesario. [...] 2. En lo referente a los procesos de arriendo aquí analizados debo concluir que de lo aquí analizado, sustentado y motivado a fin de garantizar los principios de contratación pública, de manera primordial y por ser un interés superior debemos por respeto al mandato de supremacía de normas; así como por un principio de favorabilidad ante la ley para los administrados, se debe observar y garantizar los principios de la contratación pública dispuestos tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la LOSNCP y su Reglamento; por lo que de manera excepcional en los procesos de arriendo donde el proveedor por sus condiciones de edad y/o salud que puedan poner en riesgo su vida por la crisis mundial provocada por COVID 19 SARS 2020; que el imposibiliten generar documentos firmados electrónicamente; a fin de proteger sus derechos constitucionales de manera excepcional y debidamente justificados a fin de garantizar la concurrencia y la participación en la contratación pública se deberá generar los documentos con firma autógrafa del proveedor, respetando la obligatoriedad para los funcionarios del sector público de contar con su firma electrónica y subirlos al portal de ser necesario conforme la cuantía. Dejo presentado mi criterio jurídico, a fin de que pueda realizarse la consulta respectiva al SERCOP. [...]”.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

El Ing. Esteban Andrés Peñafiel Bermeo, Gerente General de FARMASOL EP, mediante oficio No. 158-G-C-FARMASOLEP-2021, de 05 de marzo de 2021, señala:

“1. ¿Se debe exigir por parte de la entidad pública, a los proveedores de la tercera edad, con discapacidad o con enfermedades catastróficas, cumplan con este requisito; esto es presenten su firma electrónica conforme dispone la norma; considerando que, este grupo de ciudadanos, son considerados por la Emergencia Mundial y Nacional Decretada por COVID 19 desde el año 2020; como un grupo de atención prioritaria y poseen mayor vulnerabilidad para contagio del coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo 2 – abreviado – “SARS-CoV-2”, a fin de que se cumpla lo dispuesto por el ente rector de la Contratación Pública, vía resolución y oficio circular?. [...] 2. En el contexto de la primera consulta y considerando que la Ley de Contratación Pública ha dispuesto y normado a algunas adquisiciones de bienes y servicios a pequeños proveedores, emprendedores, artesanos, mecánicos, pymes y demás como un proceso especial por ínfima cuantía; las que son que son de utilidad para que el sector público pueda realizar estas compras de manera ágil y oportuna; observando y garantizando los principios de oportunidad, participación y dinamizar la economía nacional. Cuando sus servicios o productos son comprados de manera no habitual y de manera excepcional por corresponder a montos menores a una remuneración básica unificada del trabajador en general, se podría de manera excepcional realizar adquisiciones de ínfima cuantía sin requerir a este tipo de proveedores la firma o factura electrónica, conforme establece la normativa legal vigente.”

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

Para contextualizar el presente análisis, es necesario enmarcarse en lo que señala el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador -CRE-, mismo que delimita las actuaciones de las instituciones, organismos y funcionarios que actúan bajo una potestad estatal; estableciendo que únicamente podrán efectuar las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley, así mismo, que las actuaciones realizadas por estos, deben estar estrictamente ceñidos a las disposiciones constitucionales y legales.

En este contexto, es importante considerar que el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, posee las competencias expresamente determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [en adelante LOSNCP] y en su Reglamento General de aplicación, que a su vez, y de acuerdo a los principios de la administración pública, deben ser ejercidos de conformidad con el principio de juridicidad previsto en los artículos 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador, y 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-.

La atribución reglada[1] en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNCP, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual, conforme la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias; en este sentido, su competencia se centra sobre la **inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos 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; así como, garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Las compras públicas se rigen bajo ciertos principios como es el de **legalidad, publicidad y transparencia** (Art. 4 de la LOSNCP), lo que se encuentra encausado en el sometimiento a las normas legales y la publicidad de la información a través del Portal de Compras Públicas que es el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, principios que son de aplicación obligatorio para las

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

entidades sometidas a la Ley Ibídem.

En relación a sus interrogantes, debo indicar lo siguiente:

1. “¿Se debe exigir por parte de la entidad pública, a los proveedores de la tercera edad, con discapacidad o con enfermedades catastróficas, cumplan con este requisito; esto es presenten su firma electrónica conforme dispone la norma; considerando que, este grupo de ciudadanos, son considerados por la Emergencia Mundial y Nacional Decretada por COVID 19 desde el año 2020; como un grupo de atención prioritaria y poseen mayor vulnerabilidad para contagio del coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo 2 – abreviado – “SARS-CoV-2”, a fin de que se cumpla lo dispuesto por el ente rector de la Contratación Pública, vía resolución y oficio circular?.”

Con respecto a su primera pregunta, me permito señalar que el artículo 1 de la LOSNCP enlista a las entidades contratantes que deberán cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexa emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNCP.

Este Servicio Nacional de conformidad con el artículo 10 de la LOSNCP, tiene dentro de sus atribuciones legales, el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con dicha Ley; en efecto, expidió las Resoluciones Externas No. RE-SERCOP-2020-106, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 832, de 29 de julio de 2020, y la No. RE-SERCOP-2021-0112, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 388, de 09 de febrero de 2021, a través de las cuales, se reformó a la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016; en cumplimiento de esta atribución, emitió el oficio circular No. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C, de 27 de octubre de 2020, que tiene por objeto direccionar a las entidades contratantes en el uso de firma electrónica.

Con la finalidad de dotar al SNCP de modernos sistemas tecnológicos para garantizar los principios rectores y objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, previstos en los artículos 4 y 9 de la LOSNCP; en concordancia con los criterios de objetividad y eficiencia, establecidos en el artículo 5 del Código Orgánico Administrativo, el SERCOP ha incorporado a través de los artículos 10.1 y 24. 1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, la obligatoriedad de uso de firma electrónica en procedimientos de contratación pública.

“[...] Art. 10.1 Documentos firmados electrónicamente. Los documentos relevantes correspondientes a las fases preparatoria, precontractual inclusive las ofertas, contractual y de ejecución contractual, dependiendo del procedimiento de contratación pública y conforme con las disposiciones y directrices que emita este Servicio Nacional, deberán estar firmados electrónicamente, tanto para las entidades contratantes como para los proveedores del Estado. [...] En general, el uso del certificado de firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. En tal virtud, el titular del certificado de firma electrónica responderá por las obligaciones derivadas de su uso, así como de la vigencia de esta. [...] Es responsabilidad de los servidores públicos de la entidad contratante mantener vigente su certificado de firma electrónica. [...] Los documentos a los que se refiere el primer inciso, serán determinados por el SERCOP; los cuales, serán válidos únicamente si tienen firma electrónica. El sistema oficial de validación de documentos firmados electrónicamente será el sistema FIRMA EC, provisto por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, conforme a las directrices que este emita por acuerdo ministerial.”. (Énfasis añadido).

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

“[...] Art. 24.1.- Del certificado de firma Electrónica.- Para la presentación y suscripción de determinados documentos en las distintas fases de la contratación, los proveedores del Estado deberán poseer certificado vigente de firma electrónica expedido por una de las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados, autorizada y acreditada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. [...] El certificado de firma electrónica deberá ser individual y estar vinculado exclusivamente a su titular. [...] En general, el uso del certificado de firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. En tal virtud, el titular del certificado de firma electrónica responderá por las obligaciones derivadas de su uso, así como de la vigencia de la misma. [...] Es responsabilidad del proveedor registrado en el RUP, mantener vigente su certificado de firma electrónica. [...] Las ofertas presentadas, dependiendo del procedimiento de contratación pública y conforme con las disposiciones y directrices que emita este Servicio Nacional, serán válidas únicamente si tienen una firma electrónica. El sistema oficial de validación de documentos firmados electrónicamente será el sistema FIRMA EC, provisto por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, conforme a las directrices que este emita por acuerdo ministerial. [...] En los casos de ofertas presentadas con firma electrónica, cada anexo o documentación de respaldo que se adjunte, y que hayan sido suscritos o emitidos por un tercero con firma manuscrita, deberán ser digitalizados y este documento será firmado electrónicamente por el oferente. Esta firma implicará la declaración de que todos los documentos presentados son auténticos, exactos y veraces, y que el oferente se hace responsable de los mismos dentro de los controles posteriores que se pueda realizar. [...]”. (Énfasis añadido).

Es así que, todos los documentos relevantes correspondientes a la fase preparatoria, precontractual, inclusive las ofertas, contractual y de ejecución contractual deberán estar firmados electrónicamente, **en todos los procedimientos de contratación pública**. De igual forma los proveedores del Estado, deberán poseer certificado vigente de firma electrónica, por consiguiente, sus ofertas presentadas en los procedimientos de contratación pública serán válidas únicamente si tienen una firma electrónica; consideración que se debe tomar en cuenta, puesto que, será la única forma a través de la cual se validará los documentos firmados electrónicamente, con el sistema FIRMA EC., provisto por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Cabe aclarar que el uso de la firma electrónica dentro de la dinámica del Sistema Nacional de Contratación Pública no debe limitarse únicamente a la mera aplicación voluntaria por parte de proveedores y entidades contratantes; ya que, por mandato de la *Disposición General Quinta y Disposición Transitoria Tercera de la LOSNCP*, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 15 y 18, numeral 5, de la *Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*, se constituye en una verdadera exigencia dentro de los procedimientos regidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Puesto que en la actualidad contamos con el marco normativo que permite la implementación de la firma electrónica, se debe considerar que, fácticamente, la obtención de la firma electrónica es un trámite que no constituye mayor coste de tiempo y dinero, por lo que, se encuentra al alcance de la ciudadanía en general. Incluso en tiempos de pandemia, la utilización de la firma digital se ha convertido en una solución para presentar las ofertas, firmar contratos y realizar varios trámites de manera no presencial; todo lo cual ha creado, una forma más de prevención de posibles contagios a los actores del SNCP (en especial a los pertenecientes a grupos vulnerables).

Esta firma electrónica, ya ha venido funcionando en las plataformas del Servicio de Rentas Internas para facturación electrónica; en el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ECUAPASS) para los distintos

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

procedimientos aduaneros; y, para sistemas de gestión documental (QUIPUX) de las instituciones del sector público. En tal sentido, resulta oportuno que la firma electrónica sea utilizada en el SNCP, dadas sus ventajas de agilidad, eficiencia, simplificación de trámites, ahorro de tiempo, mayor transparencia y seguridad; y, sobre todo, cuidado del medio ambiente.

En la misma línea de análisis, el SERCOP emitió instrucciones secundarias, dirigidos a los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la aplicación de la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2020-0106, mediante la Circular No. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C, de 27 de octubre de 2020, que en la parte pertinente señala en su acápite V, numeral 5.1 y 5.2 que para la suscripción, validación e integridad de los documentos firmados electrónicamente de conformidad la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, concluye que para que un documento firmado electrónicamente mantenga su integridad y pueda ser considerado información original, no puede ser alterado en su contenido de fondo o dividido, independientemente de su tamaño.

Bajo esta premisa, la integridad de los documentos con firma electrónica para que estos tengan validez jurídica, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en su artículo 16 prescribe: *“Cuando se fijare la firma electrónica en un mensaje de datos, aquélla deberá enviarse en un mismo acto como parte integrante del mensaje de datos o lógicamente asociada a éste. Se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho mensaje de datos, de acuerdo a lo determinado en la Ley”*, lo que guarda concordancia con el artículo 6 inciso segundo de su Reglamento, donde se establece de forma clara, que: *“[...] Para efectos del presente artículo, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación”*.

Es decir, el certificado de firma electrónica en los documentos respectivos tienen igual validez y eficacia jurídica, que aquellos que son firmado de manera manuscrita en relación con los datos consignados en los documentos escritos, estos deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos, procedimientos informáticos y electrónicos para la suscripción del documento y posterior a ello la validación de los mismos, mediante el aplicativo FIRMA EC, dentro del cual se verificará la información del certificado de firma electrónica, así como también la vigencia del mismo.

En definitiva, la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2020-0106, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 832, de 29 de julio de 2020, efectúa varias reformas a la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, que son de carácter obligatorio para todos los procedimientos de contratación pública de acuerdo a la naturaleza propia de cada uno de ellos; y consecuentemente se observará el oficio circular No. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C, de 27 de octubre de 2020, por lo que, es responsabilidad de las entidades contratantes sujetarse a lo establecido en las referidas disposiciones legales, en cada una de las fases contractual y de ejecución del contrato.

2. *“En el contexto de la primera consulta y considerando que la Ley de Contratación Pública ha dispuesto y normado a algunas adquisiciones de bienes y servicios a pequeños proveedores, emprendedores, artesanos, mecánicos, pymes y demás como un proceso especial por ínfima cuantía; las que son de utilidad para que el sector público pueda realizar estas compras de manera ágil y oportuna; observando y garantizando los principios de oportunidad, participación y dinamizar la economía nacional. Cuando sus servicios o productos son comprados de manera no habitual y de manera excepcional por corresponder a montos menores a una remuneración básica unificada del trabajador en general, se podría de manera excepcional realizar adquisiciones de ínfima cuantía sin requerir a este tipo de proveedores la firma o factura electrónica, conforme establece la normativa legal vigente.?”*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

Con respecto a su segunda interrogante podemos señalar que, el artículo 52.1 de la LOSNCP y el artículo 60 de su Reglamento General, establecen que en los procedimientos de ínfimas cuantías no es necesario que los proveedores que sean seleccionados por la entidad contratante cuenten con el Registro Único de Proveedores, sin perjuicio de aquello, el proveedor no debe estar incurso en una de las inhabilidades generales[2] o especiales[3]; para lo cual, la entidad contratante deberá a través del responsable del área encargada verificar tal condición en el caso de que el proveedor no disponga del RUP a través de una constatación sin limitar ante el: SRI, IESS, Superintendencia de Compañías; y, en el caso de que el proveedor tenga RUP bastará con una verificación a través del portal institucional. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en muchos casos, el Registro de Contratistas Incumplidos no necesariamente está atado a que el proveedor tenga RUP, por lo que, en cualquiera de los dos casos expuestos anteriormente, la entidad deberá realizar la búsqueda en el mencionado Registro tanto por cédula, como por RUC, del proveedor.

Como ya se estableció, en aplicación de sus atribuciones la Directora General del SERCOP emitió directrices de cumplimiento obligatorio mediante la circular No. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C, en el cual señaló:

"[...] En esta línea, cabe destacar que si bien la ínfima cuantía debe ser utilizada de forma eventual y no recurrente, en el mismo ejercicio económico, por lo que no puede ser utilizada como un medio de elusión de otros procedimientos, en virtud de la prohibición de subdivisión de contratos prevista en la Disposición General Segunda de la LOSNCP; no es menos cierto que, por su naturaleza debe ser una contratación ágil, con menor exigencia de formalidades. [...] Bajo estas consideraciones, se determina que dentro de los procedimientos de ínfima cuantía será exigible únicamente la firma electrónica en el instrumento por medio del cual se formalice la referida contratación, sea este el contrato, la orden de compra o la factura. [...] Dentro de los procedimientos de ínfima cuantía, la firma electrónica será exigible únicamente para el instrumento legal por medio del cual se formalice la referida contratación, sea este el contrato, la orden de compra o la factura. Por lo que no será exigible dicho requisito para la documentación prevista en el artículo 336 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP. [...]". (Énfasis añadido).

En ese orden de ideas, desde el 28 de octubre de 2020, para los procedimientos de ínfima cuantía, la firma electrónica es exigible únicamente para el instrumento legal por medio del cual se formalice la contratación, pudiendo ser mediante un contrato, una orden de compra o la factura correspondiente.

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley Ibídem, su Reglamento General de aplicación, además de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, no es facultad de este Servicio Nacional de Contratación Pública recomendar o emitir disposiciones sobre las acciones y/o decisiones que debe adoptar las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación que llevan a cargo.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizado por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución No. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución No. 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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0044-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2021

[1] Dromi, Roberto. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998). Pág. 438: *“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”*.

[2] Ecuador. Artículo 62 LOSNCP y artículo 110 RGLOSNC

[3] Ecuador. Artículo 63 LOSNCP y artículo 111 RGLOSNC

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-0788-EXT

Copia:

Señora Abogada
Mercedes Estefanía Mediavilla Yandún
Directora de Asesoría Jurídica

Señor Magíster
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua
Especialista de Asesoría Jurídica

js/mm