

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0106-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

Asunto: Absolución de consulta, Oficio Nro. CFN-B.P.-GG-2021-0311-OF, de 09 de septiembre de 2021, suscrito por el Gerente General de la Corporación Financiera Nacional B.P., Art. 61 Res 0000072, Arts. 62,63, Disposición General Séptima LOSNCP; y, 110,111 RGLOSNC

Señor Máster
Alejandro Eduardo Salgado Manzano
Gerente General
CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL B.P.
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. CFN-B.P.-GG-2021-0311-OF, de 09 de septiembre de 2021, mediante el cual el Gerente General de la Corporación Financiera Nacional B.P., requiere a este Servicio:

"[...] asesoría respecto a la aplicación del Artículo 61 de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 Reformada, en concordancia con los Artículos 62 y 63 de la LOSNCP, Disposición General Séptima de la Ley y Artículos 110 y 111 de su Reglamento General, respecto a la verificación de las inhabilidades generales y especiales, puesto que, es necesario que se determine, si la renombrada verificación se debe realizar hasta identificar a todos los socios, accionistas o miembros de las personas jurídicas nacionales o extranjeras que a su vez, sean socios, accionistas o miembros de la empresa oferente, y así sucesivamente hasta identificar a la última persona natural, o en su defecto, se debe realizar la verificación de las referidas inhabilidades de todos los socios o accionistas mayoritarios de la persona jurídica oferente hasta transparentar la estructura de propiedad a nivel de personas naturales, conforme lo indica la Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 Reformada. [...] Consecuente con lo anterior, es preciso indicar que, el Artículo 61 de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 Reformada, hace referencia a accionistas, partícipes o socios mayoritarios de cada uno de los oferentes, siendo necesario en este último caso, que se nos indique, como determinar cuándo un accionista es mayoritario."

Al respecto, cumplo indicar lo siguiente:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su pedido ha llegado como anexo, el siguiente memorando, que es el antecedente, a nuestra respuesta:

Con memorando Nro. CFN-B.P.-GEJU-2021-0630-M, de 06 de septiembre de 2021, la Gerente Jurídico de la Corporación Financiera Nacional emite criterio jurídico relacionado con el tema que se consulta en el que concluye:

*"[...] En tal sentido, al amparo de la **absolución de consulta emitida por el SERCOP, se concluye que la Disposición General Séptima de la LOSNCP resulta aplicable para la verificación e identificación de las personas naturales que conforman el ente ficticio y que serán beneficiarias de los recursos públicos, así como agrega que dicha obligación es aplicable para TODOS LOS OFERENTES que se encuentren inscritos en el RUP, puesto que son estas las personas con quienes se mantendrá la relación jurídica. [...] Concordante con lo anterior, encontramos que el SERCOP en sus normas, en especial, en el artículo 61 de la Sección I Normas relacionadas con la calificación de proveedores y con la prohibición de ceder las obligaciones derivadas de contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Título II Normas relativas a la participación en los procedimientos precontractuales, dispone lo siguiente:[...] En sentido consecuente, se aclara que la obligación descrita en el párrafo anterior se encuentra ligada a la responsabilidad que tienen las entidades públicas de verificar la licitud de los recursos de los accionistas mayoritarios, así como de verificar las inhabilidades de contratación generales y especiales determinadas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, RESPECTO AL OFERENTE, puesto que es a este a***

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0106-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

quien se calificará dentro del procedimiento respectivo y con quien se mantendrá la relación jurídica διερχοτα.[...]”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

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 conexa 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.

La Disposición General Séptima de la LOSNCP establece que en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en esta Ley, las empresas oferentes, al momento de presentar su oferta, deberán demostrar el origen lícito de sus recursos y presentar la nómina de sus socios o accionistas para verificar que los mismos no estén inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública; señala además que, este Servicio podrá requerir en cualquier tiempo información que identifique a los socios, accionistas o miembros de las personas jurídicas nacionales o extranjeras que, a su vez, sean socios, accionistas o miembros de la empresa oferente, y así sucesivamente hasta identificar la última persona natural.

El artículo 61 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, señala que las entidades contratantes deben requerir en los pliegos la determinación de los accionistas, partícipes o socios mayoritarios de cada uno de los oferentes que sean personas jurídicas; para lo cual, cuando uno de sus accionistas, partícipes o socios mayoritarios sea una persona jurídica, el oferente deberá determinar la identidad de cada uno de sus accionistas, partícipes o socios, hasta transparentar la estructura a nivel de personas naturales, que serán beneficiarios finales de los recursos públicos; tal requerimiento, tiene la excepción para las personas jurídicas que cotizan sus acciones o participaciones en las bolsas de valores sean nacionales o extranjeras y para los procedimientos de ínfima cuantía.

En este sentido el artículo 61 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, tiene plena concordancia con la Disposición General Séptima de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en virtud de que tanto la Ley como la codificación persiguen la transparencia de la contratación pública, buscando que los proveedores que participan sean personas naturales o jurídicas o consorcios que sean confiables

Al ser información declarada bajo entera responsabilidad del proveedor, en caso de detectarse inconsistencia entre lo declarado, y el beneficiario final comprobado efectivamente como parte de las acciones de control gubernamental posteriores al pago, se procederá conforme lo previsto en el artículo 106 de la LOSNCP, sin perjuicio de las sanciones que les compete aplicar a otras entidades o autoridades.

Por otro lado, debo manifestar que para que un proveedor sea éste persona natural o jurídica, de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio, pueda participar en cualquiera de los procedimientos de contratación pública, es indispensable que tenga capacidad legal para hacerlo; para el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres[2], define a la capacidad como: “[...] La aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo. [...]”]; por su parte los doctores Daniel López Suárez,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0106-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

Antonio José Pérez; y, José Luis Aguilar,[3] definen a la capacidad como: “[...] la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. [...]”.

De esto se desprende entonces, que los proveedores que participan en los procedimientos de contratación son considerados capaces, toda vez que cuentan con aptitudes para ejercer derechos y contraer obligaciones; sin embargo, esta capacidad puede verse afectada cuando incurran en una de las causales determinadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCPP- como inhabilidad ya sea general o especial, que les impediría contratar con el Estado.

El tratadista Roberto Dromi, en su libro Derecho Administrativo[4], señala cuáles son las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista, siendo estas a decir del Tratadista: “*penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos).*”.

De este modo en los artículos 62 y 63 de la LOSNCPP y 110 y 111 de su Reglamento General, se establece las inhabilidades generales y especiales para celebrar contratos con el Estado, las mismas que recaen sobre los oferentes participantes en cada procedimiento precontractual, sean éstos personas naturales o jurídicas quienes de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio pretendan celebrar contratos con el Estado, y las mismas causales deben constar de forma expresa en una Ley; por lo que, es primordial la verificación de las inhabilidades previstas en la norma por parte de las entidades contratantes debido a la transgresión directa de los principios de contratación pública previstos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como lo son la igualdad y trato justo.

Este análisis de inhabilidades es mandatorio por parte de las entidades contratantes, por lo que tienen la obligación de determinar si los accionistas o socios de las personas jurídicas cuentan con inhabilidades, y si estos se encuentran inhabilitados deberán rechazarse las ofertas de dichos proveedores.

Por otro lado, dando contestación a su segunda consulta, este Servicio Nacional no puede dar atención a la misma, toda vez que la pregunta no corresponde a temas de ámbito legal.

III. CONCLUSIÓN:

Para concluir, hay que establecer que toda inhabilidad para contratar con el Estado debe constar expresamente en una norma de rango legal, como es el caso de las inhabilidades generales y especiales establecidas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCPP y 110 y 111 del RGLOSNCPP, las cuales recaerán sobre el oferente participante que busca llegar a ser adjudicatario y eventualmente contratista; para el caso de personas jurídicas se deberá verificar a sus socios o accionistas. Estas inhabilidades deben ser obligatoriamente revisadas por la entidad contratante con base a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Ibídem, de forma individual en cada procedimiento de contratación y con la debida aplicación de las normas legales previstas en materia de contratación pública durante sus etapas, preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución.

Sobre la segunda consulta, este Servicio reitera que de acuerdo con la atribución reglada mencionada en líneas superiores su competencia se centra sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública, en este sentido no es posible dar atención a la consulta formulada por no enmarcarse en ámbito legal, en este sentido puede reformular su consulta y la misma será atendida.

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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0106-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizada por la Directora General 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 el artículo 5 de 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.

[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] Cabanellas De Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, (D' Vinni Editorial Ltda., Colombia, enero 2000) pg. 60 y 61.

[3] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez, José Luis Aguilar, Manual de Contratación Pública, (Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2016)

[4] Roberto Dromi, Derecho Administrativo, (Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Septiembre, 2016)

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-SERCOP-2021-3322-EXT

Copia:
Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/js