

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, Oficio Nro. GADMSAC-AL-2021-0051-OF, de 15 de diciembre de 2021, suscrito por el Alcalde de Cotacachi, adjudicatario fallido, VAE, Art. 35 y 69 LOSNCP, Art. 114 RGLOSNC.

Señor Economista
Auki Kanaima Tituaña Males
Alcalde de Cotacachi
**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE SANTA ANA
DE COTACACHI**
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al Oficio Nro. GADMSAC-AL-2021-0051-OF, de 15 de diciembre de 2021, mediante el cual el Alcalde de Cotacachi consulta a este Servicio Nacional:

“Es aplicable el numeral 4 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como inhabilidad general la suspensión temporal del RUP, a la proveedora adjudicada que a la fecha de la adjudicación estuvo habilitada en el RUP?

¿Es aplicable los artículos 35 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 114 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la adjudicataria de un proceso de contratación pública quien no ha podido suscribir un contrato con esta Entidad Contratante, como consecuencia de que el Servicio Nacional de Contratación Pública- SERCOP, le suspendió simultáneamente el RUP a la misma proveedora como sanción que en otro procedimiento de contratación pública tuvo inconsistencias en el VAE?.”.

Al respecto cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su oficio consta como anexo:

Con Informe Jurídico Nro. GADMSAC-PSM-2021-072, de 13 de noviembre de 2021, Ab. Santiago Tito Sánchez, Procurador Síndico del Municipio de Cotacachi, emitió criterio jurídico relacionado con las consultas planteadas a este Servicio, documento en que señaló: “(...)En base a lo dispuesto en el art. 62, núm. 4 de la LOSNCP, en armonía con el art. 50 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP y a las disposiciones de los modelos obligatorios del Pliego para los procedimientos de adquisición de bienes o servicios, esta Procuraduría Síndica Municipal emite criterio jurídico favorable para aplicar los artículos 35 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

Pública, en concordancia con el artículo 114 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir que si un oferente registra una inhabilidad para contratar, como encontrarse suspendido en el RUP, no podrá participar ni suscribir ningún tipo de contrato administrativo con entidades públicas en los procedimientos de contratación pública. Por tanto, ocasionarla que este sea declarado adjudicatario fallido. Sin embargo, es preciso recalcar que considerando el principio de proporcionalidad de la pena, los procedimientos de contratación pública relacionados existió participación simultánea de la oferente y de manera subjetiva la causa de inhabilidad no sería imputable directamente a la misma, ya que la suspensión del RUP, es una consecuencia producida por una sanción impuesta por el SERCOP, en otro procedimiento de contratación pública, dejando a la oferente en el procedimiento SIE-GADMSAC-00-2021, en la imposibilidad de suscribir el contrato, pese que a la fecha de la adjudicación se encontraba habilitada la misma.(...)”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, en lo relativo a la contratación pública, las instituciones del Estado se regirán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante -LOSNC- , su Reglamento General, así como, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública en adelante-SERCOP-.

El SERCOP ejercerá solamente las facultades que les son legalmente conferidas, por lo que, al tenor del artículo 10 de la LOSNC y artículo 6 de su Reglamento General, se han atribuido competencias expresas, dentro de las cuales se encuentra, el brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación 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, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

Entre los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública consta el principio de participación nacional, entendido como: “*Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional*.” (Énfasis añadido).

Para establecer el porcentaje de participación nacional el SERCOP ha establecido el VAE que es: [1]“(…) *el porcentaje que se obtiene de la relación entre el consumo intermedio de componente nacional respecto al valor de la producción a precios básicos de la Matriz Insumo – Producto*.” En ese sentido, se han establecido umbrales de VAE que

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

deben cumplir una oferta a fin de que ésta sea considerada ecuatoriana y acceda a las preferencias detalladas en la normativa vigente.

Este procedimiento para definir una oferta como ecuatoriana consta de dos elementos:

1. El umbral del Valor Agregado Ecuatoriano (VAE) del procedimiento de contratación pública, registrado en el pliego por la entidad contratante.
2. El Valor Agregado Ecuatoriano declarado por el oferente a través de la información solicitada en el formulario respectivo, que es contrastado con el umbral registrado por la entidad contratante, el mismo que servirá únicamente para ese procedimiento de contratación.

Ahora bien, para la verificación del VAE el SERCOP en su calidad de ente rector de la contratación pública procederá ya sea de oficio o a petición de parte, pudiendo cumplir con una revisión documental remitida por el proveedor o a su vez con una visita in situ, luego del análisis pertinente se emitirá un informe de verificación preliminar que de contener presunción de errores en la declaración analizada dará inicio al procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 106 literal c de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, luego del trámite correspondiente de acuerdo al debido proceso, el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación Pública establecerá en una resolución administrativa debidamente motivada si existe razón para sancionar la infracción o a su vez archivará el expediente.

Esta infracción, en caso de existir, implicará que el proveedor será sancionado conforme lo establece el artículo 107 de la citada Ley Orgánica dando como resultado una suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP).

En este caso hay que hacer algunas precisiones adicionales, la primera que en cada procedimiento de contratación pública la entidad contratante establecerá el porcentaje de Valor Agregado Ecuatoriano (VAE), de acuerdo con los umbrales determinados por el SERCOP, es decir, que cada oferta presentada por el proveedor es considerada como una declaración exclusiva del procedimiento en el que participa y será analizada con base en los lineamientos determinados por la entidad contratante.

La aplicación de una oferta en un procedimiento por parte de un proveedor no impide que este se pueda presentar en otros procedimientos, salvo que existan causales legales que exceptúen su participación en otro procedimiento.

Así también en este caso corresponde analizar la habilitación de un proveedor para participar en los procedimientos de contratación pública establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexas. Cuando un proveedor se encuentra inhabilitado de manera general (artículo 62 LOSNCP, en concordancia con el artículo 110 RGLOSNCPP); o, especial (artículo 63 LOSNCP, en concordancia con el artículo 11 del RGLOSNCPP), el

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

proveedor no puede participar en ningún procedimiento de contratación mientras no se vuelva a habilitar.

El numeral 4 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que: *“No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: (...) 4. Quienes consten suspendidos en el RUP;(...)”*, obteniendo como efecto el no recibir invitaciones ni a participar en los procedimientos a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Artículo 50 Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP).

Con relación a la declaratoria de adjudicatario fallido establecida en el primer inciso del artículo 35 de la LOSNCP señala que: *“Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP.”*. (Énfasis añadido)

Si analizamos este texto se comprueba entonces que la declaratoria de adjudicatario fallido es una sanción que se cumple cuando: el proveedor ha sido adjudicado a través de un acto administrativo emitido de manera motivada por la máxima autoridad o el delegado de la entidad contratante, y además a pesar de haber sido adjudicado el contrato el proveedor por causas imputables a éste no hubiese celebrado el contrato en el tiempo previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el caso expuesto por su representada ocurre que el proveedor habría presentado su oferta mientras se encontraba habilitado (requisito indispensable para participar de procedimientos de contratación pública), sin embargo, el SERCOP como ente rector de la contratación pública, ha verificado que en otro procedimiento que no es el de su entidad contratante el proveedor no habría declarado correctamente su valor agregado ecuatoriano por lo tanto se estableció la sanción de suspensión del RUP.

En este orden de ideas, dando respuesta a la primera pregunta diremos que si bien el proveedor ha sido suspendido del RUP cuando en el procedimiento celebrado por la Alcaldía a la que usted representa, se encontraba en fase de adjudicado/registro de contratos; adicional a la causal de suspensión del RUP constante en el numeral 4 del artículo 62 de la LOSNCP, el proveedor también se encuentra dentro de la causal 5 del mismo artículo la cual indica: *“Los que no habiendo estado inhabilitados, en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren.”* Toda vez que durante el procedimiento de contratación de su representada el proveedor estaba habilitado para participar en el procedimiento.

Sobre la segunda consulta: *¿Es aplicable los artículos 35 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 114 del*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la adjudicatario de un proceso de contratación pública quien no ha podido suscribir un contrato con esta Entidad Contratante, como consecuencia de que el Servicio Nacional de Contratación Pública- SERCOP, le suspendió simultáneamente el RUP a la misma proveedora como sanción que en otro procedimiento de contratación pública tuvo inconsistencias en el VAE?.

La respuesta es no, de acuerdo con el análisis efectuado en líneas superiores no es factible aplicar los artículos 35 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 114 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, puesto que estos artículos señalan que se declarará adjudicatario fallido cuando **por causas imputables al adjudicatario** no se suscriba el contrato, en el caso expuesto la suspensión por VAE no es precisamente una causa que sea imputable al adjudicatario puesto que en el procedimiento que lleva adelante la Alcaldía de Cotacachi no hay sanción con relación a la declaración del VAE, en virtud de que cada procedimiento posee su porcentaje de valor agregado ecuatoriano establecido con relación a los productos que se desee adquirir la entidad y a los umbrales determinados por el SERCOP.

En el presente caso, no se puede concluir que la falta de suscripción del contrato sea por causas imputables al contratista, ya que la imposibilidad se da, por una resolución del SERCOP, ajena a la voluntad del adjudicatario y que corresponde a un procedimiento distinto al que se le habría adjudicado el contrato.

Además hay que tomar en cuenta que se vulneraría la garantía al debido proceso reconocida en el artículo 76 numeral 7) literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, pilar fundamental en un Estado de derechos y justicia, lo que deviene el respeto a la seguridad jurídica contemplada en el artículo 82 de la Norma Suprema;

Vale indicar que la controversia expuesta en la acción de protección No. 09332201909034, guarda identidad objetiva con el caso materia de este informe. De tal forma, en la sentencia de primer nivel, la cual fue ratificada en apelación, en su parte analítica señala:

“Una vez analizado este proceso se puede verificar, que a la Compañía MAINT S.A. se le ha interpuesto dos sanciones administrativas, una con suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP) por 60 días, sancionada por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), conforme lo determina el artículo 106 literal c) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la otra emitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado conforme lo determina el artículo 35 de la referida norma, con 3 años de suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP), observándose que las dos sanciones tienen los mismos efectos sancionatorios y las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la suspensión del Registro Único de Proveedores, la una es de 60 días y la otra por tres años, evidenciándose que existen dos

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

sanciones por la misma causa y materia, lo que violenta la garantía al debido proceso reconocida en el artículo 76 numeral 7) literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, pilar fundamental en un Estado de derechos y justicia, lo que deviene el respeto a la seguridad jurídica contemplada en el artículo 82 de la Norma Suprema, la por lo tanto se determina que existe violación al derecho del debido proceso por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública y por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al haberse impuesto dos sanciones administrativas de suspensión en contra de la Compañía MAINT. S.A.,(...)”.

El Juez Constitucional declaró la vulneración de la garantía al debido proceso reconocida en el artículo 76 numeral 7) literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, al observar que las dos sanciones tienen los mismos efectos sancionatorios y las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la suspensión del Registro Único de Proveedores, la una por 60 días y la otra por tres años.

III. CONCLUSIÓN

Luego del análisis efectuado sobre la primera consulta: *Es aplicable el numeral 4 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como inhabilidad general la suspensión temporal del RUP, a la proveedora adjudicada que a la fecha de la adjudicación estuvo habilitada en el RUP?*, se concluye que, en efecto es aplicable el numeral 4 del artículo 62 de la citada Ley Orgánica, en virtud de que el proveedor se encuentra con el RUP suspendido; sin embargo, también resulta aplicable el numeral 5 del mismo artículo que indica: *“Los que no habiendo estado inhabilitados, en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieron.”*; considerando que el proveedor estuvo habilitado durante todo el procedimiento de contratación, siendo inhabilitado y suspendido su RUP al momento de celebrar el contrato.

Sobre la segunda consulta: *¿Es aplicable los artículos 35 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 114 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la adjudicataria de un proceso de contratación pública quien no ha podido suscribir un contrato con esta Entidad Contratante, como consecuencia de que el Servicio Nacional de Contratación Pública- SERCOP, le suspendió simultáneamente el RUP a la misma proveedora como sanción que en otro procedimiento de contratación pública tuvo inconsistencias en el VAE?*.

No es aplicable los artículos citados en la consulta debido a que la suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP) se procede como efecto de una sanción impuesta por el SERCOP debido a inconsistencias en la declaración de Valor Agregado Ecuatoriano (VAE), presentada por el proveedor en un procedimiento distinto al proceso en que fue adjudicado el contrato, adicionalmente, se recalca lo manifestado por el Juez

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

Constitucional a cargo de la Acción de Protección No. 09332201909034, que resolvió un caso análogo a la consulta planteada en el que declaró la vulneración de la garantía al debido proceso reconocida en el artículo 76 numeral 7) literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, al observar que las dos sanciones tienen los mismos efectos sancionatorios y las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la suspensión del Registro Único de Proveedores, la una por 60 días y la otra por tres años. Por lo tanto, no corresponde aplicar adicional a la sanción impuesta por el SERCOP la declaratoria de adjudicatario fallido toda vez que no existen causas imputables al proveedor que hayan devenido en el impedimento de suscribir el contrato, la causa se produce por un acto administrativo debidamente motivado emitido por el ente rector de la contratación pública y encargado de la verificación de la declaración de valor agregado ecuatoriano (VAE)

Este pronunciamiento únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo, determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizada por el Director General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución No. RI-SERCOP-2019-000003 de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines legales pertinentes.

[1] <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/valor-agregado-ecuatoriano/>

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-4725-EXT



Servicio Nacional de
Contratación Pública

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0145-OF

Quito, D.M., 21 de diciembre de 2021

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef