

Oficio N° 18224

Quito. D.M., 29 de marzo de 2022

Señor ingeniero
Byron Napoleón Cadena Oleas, Ph.D
ALCALDE,
GADM RIOBAMBA.
Riobamba. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. GADMR-ALC-2022-0016-OF de 13 de enero de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 18 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es factible adjudicar y suscribir el contrato administrativo una vez proporcionada la respectiva respuesta al Servicio Nacional de Contratación Pública y posterior a los 7 días establecidos en el inciso primero del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública aún cuando el SERCOP continúe con la acción de control y no haya emitido las respectivas sugerencias dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 203 del COA?”.

1. Antecedentes. -

1.1. El 14 de enero de 2022 la Procuraduría General del Estado atendió, a través del Servicio de Asesoría Legal Externo (ALE), un pedido de asesoramiento al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba (en adelante GADM Riobamba), presentado en idénticos términos a la consulta formulada en el oficio que atiendo, en el que se concluyó lo siguiente:

“(…) en atención al principio de oportunidad determinado en el artículo 4 de la LOSNCP, una vez concluido el plazo de siete días hábiles determinado en el artículo 102 ibídem, la máxima autoridad de la entidad contratante puede continuar con el procedimiento, observando los términos establecidos para la adjudicación y la celebración de los contratos previstos en los artículos 168.A y 168.B de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP”.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 17323 y 17605 de 19 de enero y 7 de febrero de 2022, respectivamente, este organismo solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta.

1.3. El requerimiento de esta procuraduría fue atendido por la Directora General del SERCOP con oficio No. SERCOP-SERCOP-2022-0041-OF de 11 de febrero de 2022, recibido el 14 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el criterio jurídico del Director de Supervisión de Procedimientos de dicha entidad, contenido en memorando No. SERCOP-DSP-2022-0066-M de 8 de febrero de 2022.

1.4. El informe jurídico de la Procuradora Síndica del GADM Riobamba, contenido en memorando No. GADMR-PR-2022-0032-M de 12 de enero de 2022, citó los artículos 82, 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 15 y 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante LOSNCP); 31 numeral 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante LOCGE); 3 de la Resolución No. RE-SERCOP-2021-0114⁴, que sustituyó el último inciso del artículo 168.A de la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el SERCOP contenida en la Resolución Externa No. RE- SERCOP-2016-0000072⁵ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP); 203 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA); y, la Sentencia No. 005-13-SIN-CC⁷, con fundamento en los cuales concluyó:

“(…) al existir conflicto entre el artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el inciso final del artículo 168.A de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, en aplicación del inciso segundo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, es criterio de la Procuraduría Institucional del Gobierno Municipal que, en función de las condiciones propias que se observen tanto a través de Reclamos como a través de las respectivas acciones de Control implementadas por el SERCOP, es facultad de la Entidad Contratante a través de sus Autoridades Administrativas, servidoras y servidores públicos resolver la aplicación de la norma de jerarquía superior, esto es el artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con el artículo 203 del Código Orgánico Administrativo y una vez fenecidos los plazos determinados en estas norma (sic), dispondrá una suspensión definitiva del procedimiento, adoptar correctivos, adjudicar o celebrar el respectivo contrato, garantizando el cumplimiento de los fines institucionales”.

1.5. El criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 14, 134, 158, 159 y 231 del COA; 1, 6 numeral 2, 10 numerales 12, 17 y 19, 14 y 103 de la LOSNCP y 6 numerales 1, 2 y 3 de su Reglamento General⁸ (en adelante RGLOSNCOP); 168.B de la Codificación de Resoluciones del

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

³ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁴ Resolución No. RE-SERCOP-2021-0114, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 432 de 15 de abril de 2021.

⁵ Codificación de Resoluciones del SERCOP, Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018.

⁶ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 31 de 7 de julio de 2017.

⁷ Sentencia No. 005-13-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 946 de 3 de mayo de 2013.

⁸ RGLOSNCOP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

SERCOP; y, 75, 77 y 78 del Código Orgánico General de Procesos⁹ (en adelante COGEP), en base a los cuales concluyó:

“1.- Acciones de control por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública

(...) respecto de la consulta efectuada (...), en el que se hace relación entre el tiempo establecido el artículo 102 de la LOSNCP y el artículo 203 del Código Orgánico Administrativo -COA-, **es preciso colegir que no existe relación alguna entre las normas antes expuestas, toda vez que las acciones de control, ya sea de oficio o a petición de parte, no son sustanciadas a través de procedimientos administrativos,** ya que el procedimiento administrativo no es aplicable a las acciones de control de recursos públicos, conforme lo estipula el primer inciso del artículo 134 del COA.

(...) se debe tomar en cuenta que el término de 7 días, comprende la emisión de descargos por parte de la entidad contratante; y, el análisis que realiza este Servicio Nacional a dichos descargos está sujeto a las disposiciones internas emitidas mediante memorando No. SERCOP-SERCOP-2020-0251-M de 24 de septiembre de 2020.

(...) **en la notificación de inicio y descargos requeridos a las entidades contratantes por parte de del SERCOP, se dispone que la entidad no podrá generar acto administrativo de adjudicación o suscripción del contrato, hasta que finalice la acción de control y se emita un pronunciamiento definitivo sobre el caso;** incumplir con dicha disposición legal, incurriría en una infracción a la normativa que rige el SNCP y estaría sujeta a las sanciones previstas en la Disposición General Primera ‘Infracciones a la Ley’ de la LOSNCP[5]

(...) de conformidad la normativa legal expuesta en líneas anteriores, se desprende que **el artículo 168.A y 168.B de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, mantiene coherencia y complementariedad con lo estipulado en los artículos 102, 103 de la LOSNCP y el artículo 231 del Código Orgánico Administrativo -COA-, mismos que determinan respectivamente, el término mínimo para adjudicar los procedimientos de contratación y suscripción de contrato,** en contraste al término de tres (3) días para que los proveedores del Estado ejerzan su derecho a la impugnación en sede administrativa y/o presentar reclamaciones, en sus distintas formas; y como efectos de aquello, la suspensión de los procedimientos de contratación por parte de las entidades contratantes, una vez recibidos los mismos.

(...) **este Servicio Nacional, si está facultado para emitir informes de hallazgos del procedimiento de contratación de la Fase Precontractual, a pesar de la Suscripción de Contrato o inicio de la Fase Contractual, al tenor del artículo 14 y 15 de la LOSNCP,** toda vez que el control del SNCP es articulado y completamente relacionado con los diferentes organismos de control existentes en el Subsistema de Control, por tanto, en el caso de evidenciar hallazgos durante la Fase Precontractual, el SERCOP podrá solicitar información que considere pertinente y estos deberán ser notificados, especialmente a la Contraloría General del Estado, para ejercer los controles posteriores

⁹ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

y de ser el caso, la determinación de responsabilidades conforme lo dispone la Disposición General Primera de la LOSNCP (el resaltado me corresponde).

2.- Reclamos o impugnaciones a las actuaciones administrativas de la entidad contratante

(...) **una vez atendido las reclamaciones** conforme el ordenamiento jurídico vigente aplicable, **y de no existir notificación de inicio de acción de control por parte de este Servicio Nacional, la entidad puede continuar con el procedimiento de contratación**, conforme las responsabilidades atribuidas en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, lo que no le exime de las acciones de control posteriores por parte de los organismos de control competentes”. (el resaltado me corresponde)

1.6. De lo expuesto se observa que, el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP difieren. Para el GADM Riobamba existe un conflicto entre el artículo 102 de la LOSNCP y el inciso final del artículo 168.A de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, por lo cual considera que en virtud del inciso segundo del artículo 425 de la CRE es facultad de la entidad contratante resolver la aplicación de la norma de jerarquía superior, en concordancia con el artículo 203 del COA.

Por su parte, para el SERCOP no existe relación entre el artículo 102 de la LOSNCP y el artículo 203 del COA, toda vez que, según manifiesta ese organismo las acciones de control, ya sea de oficio o a petición de parte, no son sustanciadas a través de procedimientos administrativos, conforme lo previsto en el artículo 134 del COA. En tal virtud, a criterio del SERCOP el término de 7 días establecido en el artículo 102 de la LOSNCP está concebido, únicamente, para la emisión de descargos por parte de la entidad contratante, en tanto que el análisis está sujeto a las disposiciones internas emitidas por ese organismo. Agrega el SERCOP que, en la notificación de inicio y descargos requeridos a las entidades contratantes se les dispone que no se puede generar acto administrativo de adjudicación o suscripción del contrato hasta que finalice la acción de control y se emita un pronunciamiento definitivo sobre el caso.

2. Análisis. -

Para facilitar es estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) ámbito de aplicación del COA; y, *ii*) competencias del SERCOP como organismo de control.

2.1. Ámbito de aplicación del COA. -

El artículo 125 del COA contiene la definición de contrato administrativo, en el sentido de que es *“el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”*, y su segundo inciso agrega que: *“Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia”* (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el Libro Segundo del COA se refiere a “*El Procedimiento Administrativo*” y en su título I “*Normas Generales*” consta el artículo 134, que señala lo siguiente:

“(…) Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos.

Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y **la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo (...)**” (el resaltado me pertenece).

De lo manifestado se observa que, de conformidad con el COA los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia, esto es la LOSNCP, su Reglamento General y las resoluciones emitidas por el SERCOP en el ámbito de sus competencias.

2.2. Competencias del SERCOP como organismo de control. -

El artículo 4 de la LOSNCP prevé que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven “*se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional*” (el resaltado me corresponde).

Según el inciso primero del artículo 10 de la LOSNCP, el SERCOP es un “*organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria*”, al que le corresponde ejercer la rectoría del SNCP.

Entre las atribuciones del SERCOP, el numeral 19 del citado artículo 10 de la LOSNCP incluye el “*Analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda*”, así como poner en conocimiento de los organismos de control, de ser pertinente. Agrega el numeral 21 del mismo artículo que le corresponde al SERCOP ejercer las atribuciones “*establecidas en la presente Ley, su Reglamento General y demás normas aplicables*”.

Por su parte, los numerales 1, 2 y 3 del artículo 6 del RGLOSNCOP incluyen entre las atribuciones del SERCOP, a más de las establecidas en la ley, las siguientes:

“*1. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;*

2. Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;

3. Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros (...)” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el numeral 4 del artículo 7 del RGLOSNCOP contempla como una de las atribuciones de la máxima autoridad del SERCOP el **“Emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del SNCP y del SERCOP, que no sea competencia del Directorio”** y la Disposición General Cuarta ibídem prevé que: **“Las normas complementarias del presente Reglamento General serán aprobadas por el Director Ejecutivo del SERCOP mediante resoluciones”** (el resaltado me corresponde).

Respecto del control del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante SNCP), el inciso primero del artículo 14 de la LOSNCOP dispone que será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello e **“Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo”** (el resaltado me corresponde).

En este sentido, el inciso primero del artículo 15 de la LOSNCOP establece que dentro del SNCP existirá el Subsistema Nacional de Control **“conformado por todos los organismos y entidades que efectúen control gubernamental, en relación con cualquier actuación o contratación efectuada al amparo de esta Ley”**, por parte de cualquier actor del sistema. Al efecto, el inciso segundo del referido artículo indica que, conforman este subsistema, entre otros organismos, **“la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y Fiscalía General del Estado, el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y las superintendencias”** acorde a la materia. (el resaltado me corresponde)

El inciso cuarto del mismo artículo 15 de la LOSNCOP determina que: **“Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles a los procedimientos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes”** (el resaltado me corresponde).

El primer inciso del artículo 102 de la LOSNCOP, materia de su consulta, ubicado en el Título V **“DE LAS RECLAMACIONES Y CONTROVERSIAS”**, Capítulo I **“DE LAS RECLAMACIONES”**, señala que quienes tengan interés directo o se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de dicha ley pueden presentar un reclamo motivado ante el SERCOP, el cual en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la materia notificará de ese particular a la máxima autoridad de la entidad contratante **“quién dispondrá la suspensión**

del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes”.

En este contexto, el inciso segundo del mencionado artículo 102 de la LOSNCP agrega que: *“Al término del plazo previsto en este artículo la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso”.*

El primer inciso de la Disposición General Primera de la LOSNCP precisa que, toda infracción a esa ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las entidades contratantes *“será considerada por la Contraloría General del Estado en los procesos de auditoría respectivos para determinar las responsabilidades administrativas y/o civiles culposas e indicios de responsabilidad penal a que hubiera lugar”*, sin perjuicio de que la autoridad nominadora de la entidad contratante a la que pertenezca el servidor o funcionario inicie el régimen disciplinario respectivo, en el plazo de diez días, contados a partir de que tuvo conocimiento de este particular, con la obligación de informar al SERCOP sobre los resultados del mismo.

Mediante Resolución No. RE-SERCOP-2021-0114 la Directora General del SERCOP reformó la Codificación de Resoluciones, en la cual se sustituyó el último inciso del artículo 168.A por el siguiente:

“En caso de presentarse un reclamo o denuncia ante el SERCOP sobre el proceso de contratación, o si el SERCOP de oficio se encuentra realizando una supervisión o monitoreo, la entidad contratante no podrá adjudicar ni celebrar el contrato hasta que finalice la acción de control. Para la aplicación de esta disposición será necesario que también se haya puesto en conocimiento de la entidad contratante la presentación del reclamo o denuncia por parte del proveedor, o, que se haya notificado el oficio de inicio de la supervisión o monitoreo por parte del SERCOP” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* el SERCOP forma parte de los organismos y entidades que efectúan control en relación con cualquier actuación o contratación realizada al amparo de la LOSNCP; *ii)* al SERCOP le compete analizar y controlar todos los procesos de contratación pública y emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas, según corresponda; *iii)* en caso de reclamos presentados por quienes se consideren afectados, de existir indicios de incumplimiento de normas el SERCOP notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante, a quien compete disponer la suspensión del procedimiento por el plazo de siete días hábiles y presentar al SERCOP las pruebas de descargo y argumentos técnicos correspondientes.

Al análisis efectuado por el servicio ALE, cabe agregar que, al término del plazo de siete días previsto en el artículo 102 de la LOSNCP y según el tenor del segundo inciso de esa norma, la máxima autoridad de la entidad contratante, en mérito de la verificación de su actuación, está facultada a adoptar la decisión correspondiente de entre las dos opciones previstas en esa norma legal, esto es: a) implementar las rectificaciones que

correspondan; o, b) continuar con el procedimiento; en los dos casos sin perjuicio del control posterior que corresponde a las entidades públicas que integran el subsistema de control establecido por la LOSNCP.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los principios de legalidad y oportunidad previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una vez concluido el plazo de siete días hábiles determinado en el artículo 102 ibídem y de conformidad con el tenor del segundo inciso de esa norma, la máxima autoridad de la entidad contratante está facultada, bajo su responsabilidad y de acuerdo a las características de cada proceso de contratación, a implementar las correspondientes rectificaciones o continuar con el procedimiento, sin perjuicio del control posterior por los organismos que integran el subsistema de control que establece esa ley.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C: Dra. María Sara Jijón Calderón,
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)