

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

PARA: Sra. Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco
Directora General

ASUNTO: Absolución de consulta, Oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2023-00738-OF

De mi consideración:

Mediante Oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2023-00738-OF, de 19 de julio de 2023, la Mgs. María Brown Pérez, Ministra de Educación, solicitó a este Servicio Nacional:

“(...) en estricto apego a lo establecido en el artículo 56 de la CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESOLUCIÓN No. RE-SERCOP-2016-0000072, solicito de la manera más comedida su pronunciamiento respecto de la CONSULTA que se detalla a continuación:

1. En los casos en los que se declara la terminación unilateral de un contrato que fue realizado bajo uno de los procedimientos de régimen común y se aplique el artículo 166 literal b del Reglamento a la LOSNCP, ¿cómo se puede operativizar el referido artículo a través del portal COMPRAS PÚBLICAS?.”

1.- Competencia.-

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226, en concordancia con el artículo 82 del referido Cuerpo Constitucional y el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, regulan el principio de juridicidad en las actuaciones estatales.

En ese sentido, las entidades del sector público deben efectuar sus actuaciones bajo un régimen de competencia. En este caso, la competencia debe estar otorgada de forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.

El SERCOP, al ser una entidad con facultad consultiva, es competente para absolver consultas, siempre que las mismas, en forma y fondo, se adecúen a lo establecido en el ordenamiento jurídico; que es de su competencia.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP, en su artículo 10, número 17 establece como atribución del Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP *“(...) asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema”.*

El Estatuto Orgánico por Procesos el Servicio Nacional de Contratación Pública en su apartado 1.4.1.3, letra b) prevé como atribución de la Coordinación General de Asesoría Jurídica del SERCOP *“(...) emitir criterios jurídicos en atención a consultas relacionadas al*

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Por lo expuesto, quien suscribe es competente para expedir el presente pronunciamiento.

2.- Objeto de la consulta.-

De acuerdo Oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2023-00738-OF, de 19 de julio de 2023, el objeto de la consulta es determinar la aplicabilidad fáctica del literal b del artículo 166 del Reglamento a la LOSNCP.

3.- Antecedentes:

Con Memorando Nro. MINEDUC-MINEDUC-SAE-2023-02045-M de 17 de julio de 2023, el Subsecretario de Administración Escolar solicitó al Coordinador General de Asesoría Jurídica y a la Directora Nacional de Convenios Contratos y Asesoría Inmobiliaria, la emisión de un CRITERIO JURÍDICO sobre: “[...] la procedencia y directriz para aplicar lo establecido en el artículo 166 literal b) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública, teniendo como antecedente, la terminación unilateral de los contratos, realizados bajo el procedimiento de régimen común. Una vez que se ha recibido la respuesta por la Dirección Nacional de Compras Públicas mediante memorando No. MINEDUC-DNCP-2023-00769-M de 14 de julio de 2023, con la finalidad de aplicar correctamente de manera adecuada el procedimiento de contratación para la publicación de los procedimientos de contratación que se requiere gestionar ante el organismo rector de compras públicas la consulta pertinente a fin de obtener las directrices necesarias para los procedimientos que se pretende realizar desde la Subsecretaría de Administración Escolar para realizar la culminación de la construcción de las obras de infraestructura educativa antes indicadas. [...]”.

Mediante Informe Nro. 05-DNCCACI-2023, se emite el criterio Jurídico sobre la aplicación de procesos de contratación por Terminación Unilateral, en el cual se pronuncia:

“Sobre la base de la información entregada en el Memorando Nro. MINEDUC-SAE-2023-02045-M, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica y la Dirección Nacional de Convenio, Contratos y Asesoría Inmobiliaria consideran que para los casos de terminación unilateral de contratos originados bajo régimen de procedimiento común, se tendrá que observar el procedimiento previsto en el literal b) del artículo 166 del RGLOSNCP; mientras que frente al problema referido por la Dirección Nacional de Compras Públicas por la falta de actualización de la herramienta de COMPRASPÚBLICAS, se debe consultar al Servicio Nacional de Compras Públicas (SERCOP) a fin de que proporcione los lineamientos operativos respecto al mecanismo bajo el cual debe desarrollarse dicho procedimiento.”

4.- Base jurídica.-

Constitución de la República del Ecuador

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o 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 y la ley.

Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Código Orgánico Administrativo

“Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.

La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho”.

“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuará (sic) bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada”.

“Art. 65.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP

“Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta 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.”

“Art. 36.- Expediente del Proceso de Contratación.- Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPÚBLICAS.”

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

“Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

- 1. Por incumplimiento del contratista;*
- 2. Por quiebra o insolvencia del contratista;*
- 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;*
- 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;*
- 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;*
- 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,*
- 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.*

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.”

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

“Art. 33.- Expediente de contratación.- Sin perjuicio del expediente físico que conservará la entidad contratante, se deberá mantener un expediente electrónico. El expediente electrónico permitirá la creación, custodia, preservación, disponibilidad y utilización de los documentos digitales o electrónicos que reflejen las actuaciones de las entidades contratantes en los procesos de contratación pública a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el presente Reglamento, los mismos que deberán permanecer íntegros. Las entidades contratantes utilizarán los mecanismos tecnológicos necesarios que le permita la administración de los expedientes electrónicos con los protocolos y seguridades informáticas suficientes, que aseguren la inalterabilidad de los documentos digitales y electrónicos consignados en los mismos.”.

“Art. 166.- Procedimiento.- Una vez terminado anticipada y unilateralmente el contrato, la máxima autoridad o su delegado, observará lo siguiente:

- a) En el caso de terminación unilateral de contratos u órdenes de compra originados en procedimientos de contratación dinámicos, ínfima cuantía o régimen especial se aplicará el mismo procedimiento, con el que se generó la contratación.*
- b) En el caso de terminación unilateral de contratos originados en procedimientos de régimen común, el procedimiento será el siguiente:*

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá la resolución de inicio del procedimiento de contratación por terminación unilateral, aprobará el pliego correspondiente y dispondrá su publicación en el Portal COMPRASPÚBLICAS, a fin de que los proveedores interesados, manifiesten su interés y presenten su oferta.

En el pliego se dará a conocer las condiciones de ejecución del contrato, el porcentaje pendiente de ejecución y el presupuesto referencial de la contratación.

En el término mínimo de (5) días y máximo de diez (10) días desde que se publicó la resolución de inicio, los proveedores interesados en participar, manifiesten su aceptación y presenten sus ofertas, de conformidad con lo establecido en el pliego, en la que constará la información relacionada a la ejecución del contrato, es decir el detalle de personal, equipos, infraestructura, entre otros, según sea el caso, que sean necesarios para el correcto cumplimiento del objeto contractual, incluyendo su cronograma de ejecución.

La máxima autoridad o su delegado, conformará una comisión técnica o designará un servidor, según sea el caso, que se encargarán de la calificación de las ofertas.

La máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato, mediante resolución debidamente motivada, al oferente que presente la oferta de mejor costo de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la misma que deberá ser notificada a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, o en su defecto declarará desierto el procedimiento.

En caso de que se declare desierto el procedimiento, se deberá observar el procedimiento de régimen común establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que corresponda, de conformidad con el presupuesto referencial.”

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

(...)

SEGUNDA.- *En el plazo máximo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la normativa secundaria, el Servicio Nacional de Contratación Pública actualizará las herramientas electrónicas del portal, que permitan cumplir las disposiciones previstas en este Reglamento General.*

Hasta tanto, las entidades contratantes tendrán la obligación de continuar utilizando el Portal COMPRAS PÚBLICAS, hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública readeque y actualice la herramienta a la normativa prevista en el presente Reglamento.”

5.- Análisis jurídico.-

En virtud de la consulta planteada y al tratarse de un aspecto operativo de la herramienta, esta

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

Coordinación General de Asesoría Jurídica, solicitó a la Coordinación Técnica de Operaciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, un informe técnico respecto de la operatividad de la herramienta informática en relación con el artículo 116, literal b) del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respuesta que fue emitida mediante Memorando Nro. SERCOP-CTO-2023-0331-M, de 24 de julio de 2023, en el cual se manifestó lo siguiente:

“(...) Bajo el marco legal vigente y en concordancia con la disposición transitoria segunda del RGLOSNCPP, me permito comunicar que las entidades contratantes cuentan con la opción de utilizar la herramienta "Contratación Directa por Terminación Unilateral". Esta herramienta posibilita llevar a cabo la ejecución de contrataciones que han sido terminadas unilateralmente por la entidad contratante. No obstante, es importante destacar que para cumplir con los requisitos del Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE), es fundamental que el procedimiento terminado unilateralmente esté debidamente registrado con el Registro Único de Contribuyentes (RUC) de la entidad contratante que publicó el proceso y que corresponda al mismo tipo de compra (bien, servicio u obra).

Actualmente, estamos trabajando en la actualización de la plataforma informática para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 166 literal b del RGLOSNCPP.

Tomando en cuenta que el caso planteado conlleva una transferencia de los expedientes de contratación pública, desde el Ministerio de Transporte y Obras Públicas al Ministerio de Educación, y considerando que la consulta en cuestión se relaciona con el procedimiento de "Contratación Directa por Terminación Unilateral", es relevante subrayar que la herramienta informática no tiene la funcionalidad para vincular procedimientos de contratación que no pertenezcan a la entidad contratante. Es decir, la herramienta informática solo permite la vinculación y gestión de aquellos procedimientos de contratación que son propios de la entidad contratante.

En virtud de lo indicado, considerando que la entidad contratante no puede hacer directamente uso de la herramienta de "Contratación Directa por Terminación Unilateral", se plantea como solución operativa la migración del procedimiento de contratación terminado unilateralmente al Ministerio de Educación. Para realizar la migración, es necesario que se remita este Servicio Nacional el listado de los códigos de los procedimientos de contratación desde los cuales se articulará la "Contratación Directa por Terminación Unilateral". Es necesario puntualizar que los mismos deben estar en estado "Terminado Unilateralmente".

Finalmente, recalcar conforme el inciso tercero del artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCPP-, es responsabilidad absoluta de la máxima autoridad y los funcionarios que intervengan en las diferentes etapas de los procedimientos de contratación, la documentación generada, por lo que corresponde a cada entidad contratante contar con los justificativos y sustentos de las actuaciones administrativas.”

En este sentido, en cumplimiento con lo dispuesto en el RGLOSNCPP, el Servicio Nacional de

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

Contratación Pública se encuentra ejecutando el proceso de adecuación de las funcionalidades de la plataforma informática; por lo que la Entidad Contratante deberá cumplir con lo dispuesto en el literal b) del artículo 166 ibídem y realizar el procedimiento del literal antes referido y utilizar la herramienta disponible "contratación directa por terminación unilateral"; una vez que ya se hubiere realizado el proceso de manifestación de interés y selección del adjudicado.

Así mismo deberá observar el artículo 36 de la LOSNCP, que establece: *“Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPÚBLICAS.”*; en correlación con el artículo 33 del RGLOSNCP, que determina de forma expresa: *“(...) El expediente electrónico permitirá la creación, custodia, preservación, disponibilidad y utilización de los documentos digitales o electrónicos que reflejen las actuaciones de las entidades contratantes en los procesos de contratación pública a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el presente Reglamento, los mismos que deberán permanecer íntegros. (...)”*.

Cabe recordar, que el cumplimiento de la normativa es una obligación que compete tanto a la entidad contratante como al contratista, por lo que, en el evento de su inobservancia deberán responder conforme lo determine al artículo 99 de la LOSNCP; sin perjuicio de las atribuciones conferidas a este Servicio, de supervisar, monitorear y controlar el Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que incluye la potestad de emitir alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, así como, notificar a los órganos de control sobre la presunción de elusión a los procedimientos de contratación pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley referida.

6.- Pronunciamiento.-

Por la normativa expuesta y el análisis realizado, se expide el siguiente criterio jurídico:

Sin perjuicio de que la entidad solicitante, de acuerdo a sus necesidades y en atención a lo contenido en el memorando SERCOP-CTO-2023-0331-M, es necesario que el Ministerio de Educación solicite a este Servicio Nacional, la respectiva solicitud de migración de los procedimientos de contratación terminados unilateralmente, junto con el respectivo listado de códigos de procedimientos, desde los cuales se pretende articular la Contratación Directa por Terminación Unilateral para que se proceda mientras tanto, con la solución operativa temporal propuesta por la Coordinación Técnica de Control; esta Coordinación ha observado que, conforme lo indicado por el área técnica correspondiente al momento, el Servicio Nacional de Contratación Pública se encuentra trabajando en la actualización de la plataforma informática para cumplimiento del literal b), del artículo 166 del Reglamento General a la LOSNCP, por lo que la herramienta estará disponible próximamente.

En esta misma línea, resulta oportuno observar que la herramienta se encuentra en etapa de

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0147-M

Quito, D.M., 26 de julio de 2023

desarrollo, por lo que la entidad contratante deberá observar lo prescrito en la normativa citada, con el objeto de precautelar los principios que rigen los procedimientos de contratación pública.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizada por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Nro. RI-SERCOP-2023-0006, de 22 de junio de 2023, misma que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Verónica Lucía Jama Falconí
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2023-3831-EXT

Anexos:

- sercop-sercop-2023-3831-ext0207955001690315460.pdf
- sercop-cto-2023-0331-m.pdf

Copia:

Sra. Mgs. Gabriela Lisseth Llerena Velez
Directora de Asesoría Legal y Patrocinio

rd/gl