

Oficio No. 05235

Quito, D.M., 17 de Enero de 2024

Ingeniera

Verónica Isabel Lucas Marcillo

ALCALDESA

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
PUERTO LÓPEZ**

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. 281-VILM-GADMCP-ALC-2023, de 03 de octubre de 2023, recibido en el correo institucional único de esta Procuraduría el día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“¿Se considera vinculación de ofertas por consanguinidad, si en un mismo proceso de contratación participan hermanos con ofertas individuales y uno de ellos resulta adjudicatario, considerando que existieron varios oferentes?, en consideración de los principios de la contratación pública y la libre competencia, en aplicación al artículo 6 numeral 9.4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. 03639, de 14 de septiembre de 2023, este organismo solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Puerto López (en adelante, “*GADM Puerto López*”) que la consulta inicialmente planteada en oficio No. 227-VILM-GADMCP-ALC-2023, de 7 de septiembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico con relación al objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 03976 y No. 04223, de 6 y 26 de octubre de 2023, 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. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos, por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0185-OF, de 20 de noviembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día.

1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Puerto López, (en adelante, “*GADM Puerto López*”), contenido en informe jurídico No. GADCPL-041-IFPR-DJ-2023, de 29 de septiembre de 2023, citó los artículos 11, 76, 82, 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “*CRE*”); 30 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante, “*COOTAD*”); 6, 106.1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, “*LOSNC*”); 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 del derogado Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴, vigente desde 2009 a junio de 2022 (en adelante, “*Reglamento de 2009*”); 74 del Reglamento General a la LOSNC⁵ (en adelante, “*RGLOSNC*”); 64.2 de la derogada Codificación y Actualización de Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “*Codificación de Resoluciones del SERCOP*”); y, la Resolución del SERCOP No. R.E-SERCOP-2023-0135⁶ que incorporó los “*Anexos técnicos y metodológicos a la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de contratación Pública*”⁷ (en adelante, “*Anexos de la Normativa Secundaria del SNC*”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“TERCERO: CRITERIO JURIDICO (sic):

(...)

Es criterio de esta Procuraduría, que al realizar la valoración objetiva y ponderando la juricidad (sic) positiva de la aplicación normativa, de los artículos 6 numeral 9.4 y el artículo 106.1 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Compras Públicas, los artículos 27, 74, 352 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y de los artículos 113 y 114 de la Normativa Secundaria del Servicio Nacional de Contratación Pública y de los anexos del Tercer Suplemento N° 372 del Registro Oficial de fecha 10 de agosto del 2023-ANEXO 5 (Artículo 114 de la Normativa Secundaria)-Lineamientos de Vinculación Específica Aplicables a los procedimientos de Contratación Pública, no se debe considerar vinculación, la sola presentación de ofertas de hermanos en la fase precontractual, en un proceso de contratación pública, considerando que el artículo 114 de la Normativa Secundaria, establece los parámetros para la determinación de las vinculaciones específicas y en el caso que nos ocupa, es manifiesto entender, que la vinculación por consanguinidad, debe establecer la existencia real de un perjuicio contra el estado y el proceso de contratación, ya que si no existe conexión societaria, accionaria o de elementos compartidos en la oferta (Equipo Caminero), no existe vinculación, ya que se estaría

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

² COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

³ LOSNC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴ RGLOSNC de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁵ RGLOSNC, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁶ Anexos de la Normativa Secundaria del SNC, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 10 de agosto de 2023.

⁷ Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0135 que incorporó los Anexos Técnicos y Metodológicos a la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNC, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 10 de agosto de 2023.

afectando el principio de libre participación y trato justo.” (El resaltado me corresponde).

- 1.4. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas referidas por la consultante, citó los artículos 4, 5, 10, 99 de la LOSNCP; 27 y 352 del RGLOSNCP; 113 y 114 de la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134⁸ que contiene la *“Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-”* (en adelante, *“Normativa Secundaria del SNCP”*); y, el *“ANEXO 5: Lineamientos de vinculación específica aplicables a los procedimientos de contratación pública (Artículo 114 de la Normativa Secundaria)”* de los Anexos de la Normativa Secundaria del SNCP (en adelante, *“Anexo 5 de la Normativa Secundaria del SNCP”*), con base en los cuales analizó y concluyó:

“En el anexo 5 ya señalado, el SERCOP ha detallado cada uno de los casos, con el fin de establecer si las ofertas se encuentran vinculadas entre sí, lo cual, produciría una descalificación a las ofertas determinadas dentro de este ámbito; casos que se deben entender como específicos y no de forma general: (El resaltado me corresponde).

(...)

Las disposiciones citadas en los párrafos que anteceden, han sido emitidas con el propósito de impedir que, en la contratación con el Estado, ciertas personas puedan presentar sus ofertas y obtener directa o indirectamente una ventaja o beneficio por su participación o posición circunstancial, inclinando el procedimiento a su favor o de sus allegados, alterando el mercado, en desmedro de los demás proveedores que se encuentran en una situación de desventaja en los diferentes procedimientos de contratación pública. (El resaltado me corresponde).

Es primordial la verificación de esta disposición por parte de la entidad contratante dentro de la etapa correspondiente, debido a la posible transgresión de los principios de contratación pública establecidos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como la igualdad, concurrencia y trato justo. De poderse detectar y demostrar estas conductas, las entidades contratantes, deberán descalificar las ofertas vinculadas según lo señalado en tal artículo 74 del RGLOSNCP.

Además de lo anteriormente indicado, este Servicio Nacional de Contratación Pública, efectuará el análisis respectivo de las ofertas presentadas, trabajando conjuntamente con los órganos e instituciones de control como son la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, la Fiscalía General del Estado, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y demás instituciones quienes dentro del ámbito de sus atribuciones y competencias establecerán las infracciones correspondientes y las sanciones aplicables a la vinculación de ofertas, conforme lo establece el primer inciso del artículo 14 de la LOSNCP. (El resaltado me corresponde).

⁸ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

IV. CONCLUSIÓN

De conformidad al análisis realizado y en base a la normativa expuesta, se puede señalar que no se deberá considerar vinculación de ofertas por consanguinidad, si en un mismo proceso de contratación participan hermanos con ofertas individuales y uno de ellos resulta adjudicatario, considerando que las entidades contratantes, deberán observar los lineamientos de vinculación específica aplicables a los procedimientos de contratación pública establecidos en el ANEXO 5 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con el número 9.4 del artículo 6 de la LOSNCP” (El resaltado me corresponde).

- 1.5. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en señalar que el Anexo 5 de la Normativa Secundaria del SNCP determina los casos de vinculación específica aplicables a los procedimientos de contratación pública, los cuales no prevén como vinculación de ofertas por consanguinidad si en un mismo proceso de contratación participan hermanos con ofertas individuales y uno de ellos resulta adjudicatario.

2. Análisis:

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Normas Comunes a los Procedimientos de Contratación Pública; y, ii) Vinculación en los Procedimientos de Contratación Pública.

2.1. Normas Comunes a los Procedimientos de Contratación Pública:

El número 8 del artículo 83 de la CRE establece entre los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos “*Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción (...)*” (el énfasis me corresponde). El artículo 288 ibídem establece que las compras públicas deben cumplir con los criterios de “*eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social*”.

Al respecto, el artículo 1 de la LOSNCP, en cuanto a su objeto normativo, señala que esa ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública (*en adelante “SNCP”*) y “*determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios (...)*”.

En armonía, el artículo 4 de la LOSNCP contempla entre los principios para la aplicación de esa ley y de los contratos que se rigen por la misma, los de “*legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional*”.

Así, conforme el artículo 5 ibídem, los procedimientos y contratos sometidos a esa ley, “*se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior*”.

y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato".

En el marco de las atribuciones del SERCOP, como ente rector del SNCP, conforme el artículo 10 de la LOSNCP, le corresponde “9. *Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley*”. Adicionalmente, conforme el artículo 8 del RGLOSNCP, en su número 6, le compete “6. ***Expedir actos normativos que complementen y desarrollen el contenido de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y del presente Reglamento General (...)***” y acorde a la Disposición General Primera ibídem “*en ejercicio de su facultad reguladora adecuará la normativa secundaria a las normas contenidas en el presente Reglamento*” (el énfasis me corresponde).

En cuanto al control del SNCP, el artículo 14 de la LOSNCP señala que este será “*intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo*”; para tal efecto, otorga al SERCOP varias atribuciones de verificación, detalladas en esa norma, que incluyen la verificación de que “*los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación*”, entre otras, cuyo incumplimiento es sancionado.

El inciso final del citado artículo 14 de la LOSNCP, faculta al SERCOP a solicitar información a las entidades públicas o privadas que crea conveniente. Adicionalmente, el artículo 99 ibídem establece, entre otras, las responsabilidades de los intervinientes en los procedimientos de contratación pública por incumplimientos del contrato y de esa ley.

En esta línea de ideas, el primer inciso del artículo 106.1 de la LOSNCP permite al SERCOP “*suspender los procedimientos de contratación en los cuales exista vinculación según lo determinado en esta Ley*”, lo cual obliga a la entidad contratante a descalificar “*a los proveedores participantes en los procedimientos de contratación pública si se hallaren vinculaciones según las disposiciones vigentes de la presente Ley*”, acorde al segundo inciso de la norma ibídem.

Al efecto, el artículo 351 del RGLOSNCP faculta al SERCOP para “*disponer medidas temporales de naturaleza preventiva con el fin de preservar los principios que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*”; y, conforme el numeral 3 del artículo 352 ibídem, ese organismo podrá disponer la suspensión temporal de los procedimientos de contratación, entre otras causales, “3. ***En caso de identificar la existencia de recurrencia en contrataciones, vinculación, colusión, actos de corrupción y demás conductas que constituya infracción a la Ley, lo que se pondrá en conocimiento de los entes de control competentes (...)***” (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* en materia de contratación pública corresponde aplicar los principios establecidos en los artículos 288 de la CRE y 4 de la LOSNCP, precautelando los intereses públicos y la debida ejecución de los contratos; *ii)*

corresponde al SERCOP como ente rector del SNCP ejercer facultades reguladoras y de control; *iii)* los intervinientes en los procedimientos de contratación pública son responsables por incumplimientos del contrato y la ley; y, *iv)* el SERCOP se encuentra facultado para disponer medidas temporales preventivas y suspender los procedimientos de contratación en caso de identificar la existencia de vinculaciones.

2.2. Vinculación en los Procedimientos de Contratación Pública:

En este contexto, el artículo 6 de la LOSNCP en su número 9.4 define al término “vinculación” en los siguientes términos:

“9.4.- Vinculación: Se produce cuando existe un nexo, sea este de carácter económico, tecnológico, societario, de negocios, parentesco de consanguinidad o afinidad, asociativo, laboral, personal o social, entre los diversos actores que concurren en la contratación pública; y que este nexo cause un perjuicio, sea una conducta ilegítima que afecta al Estado, o distorsione la libre competencia, y afecte a los principios determinados en esta Ley. El SERCOP de forma motivada, y bajo los lineamientos de esta definición, detallará las vinculaciones específicas y aplicables a las contrataciones.” (El énfasis me corresponde).

Asimismo, dentro de las inhabilidades especiales para la celebración de los contratos, el artículo 63 de la LOSNCP, en su número 6⁹, prevé a: “6. Los oferentes que, con respecto a su participación durante el procedimiento precontractual, el SERCOP haya determinado la existencia de una vinculación de conformidad con lo previsto en las definiciones de esta Ley.” (El énfasis me corresponde).

Por su parte, el artículo 27 del RGLOSNCP establece que los proveedores que deseen registrarse en el Registro Único de Proveedores deben firmar electrónicamente un acuerdo de integridad “por el cual se comprometen a participar en los procedimientos de contratación de forma transparente”; a presentar sus ofertas “de manera independiente y **sin conexión o vinculación con otras ofertas, personas, compañías o grupos, ya sea de forma explícita o en forma oculta**”; y, en lo principal “a no incurrir en conflictos de intereses y en general, en prácticas que violenten los principios de la contratación pública, entre otros” (el énfasis me corresponde).

Con relación a la presentación de las ofertas, el artículo 74 del RGLOSNCP, señala en sus incisos segundo y tercero:

“Las ofertas deben ser presentadas por los participantes en los procedimientos de contratación pública de manera independiente y sin conexión o vinculación con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en dicho procedimiento, ya sea de forma explícita o en forma oculta.”

⁹ Numeral agregado por la Disposición Reformatoria Séptima de la Ley Reformatoria Anticorrupción.

En caso de detectarse la vinculación establecida en el número 9.4 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las ofertas vinculadas quedarán inhabilitadas para participar en ese proceso”.

Al efecto, el artículo 114 de la Normativa Secundaria del SNCP, establece que “*Para efectos de **determinación de vinculaciones** de procesos de contratación pública, se estará a lo dispuesto en el Anexo ‘**Lineamientos de Vinculaciones**’.*” (el énfasis me corresponde).

El Anexo 5 de la Normativa Secundaria del SNCP, en su número 1 denominado “*Introducción*”, señala que la finalidad de los lineamientos de vinculación es “*determinar las vinculaciones que pudiesen existir en los procedimientos de contratación pública y que producen la descalificación de la(s) oferta(s) en caso de detectarse*” (El énfasis me corresponde).

El referido anexo, en su número 2 denominado “*LINEAMIENTO DE VINCULACIÓN*”, detalla “*los lineamientos de vinculación específicos y aplicables*” que pueden presentarse en el desarrollo de los procedimientos de contratación pública y los clasifica en diez tipos, de la siguiente manera:

- i) “2.1 VINCULACIÓN ENTRE PERSONAS JURÍDICAS, COMPROMISO DE ASOCIACIÓN O CONSORCIO”;
- ii) “2.2. VINCULACIÓN ENTRE ACCIONISTAS DE PERSONAS JURÍDICAS, COMPROMISO DE ASOCIACIÓN O CONSORCIO PARTICIPANTES; CON PERSONAS NATURALES”;
- iii) “2.3. VINCULACIÓN ENTRE ADMINISTRADORES DE PERSONAS JURÍDICAS, COMPROMISO DE ASOCIACIÓN O CONSORCIO PARTICIPANTES; CON PERSONAS NATURALES”;
- iv) “2.4. VINCULACIÓN ENTRE ACCIONISTAS, PARTÍCIPIES, O SOCIOS DE UN OFERENTE; CON ADMINISTRADORES, REPRESENTANTES O PROCURADOR COMÚN DE OTRO OFERENTE”;
- v) “2.5. VINCULACIÓN ENTRE ADMINISTRADORES, REPRESENTANTES O PROCURADOR COMÚN; DE DOS O MAS OFERENTES”;
- vi) “2.6. VINCULACIÓN ENTRE ACCIONISTAS, PARTÍCIPIES, SOCIOS ADMINISTRADORES, REPRESENTANTES O PROCURADOR COMÚN DE DOS O MAS OFERENTES; QUE SON CÓNYUGES O CONVIVIENTE EN UNIÓN DE HECHO.”;
- vii) “2.7. VINCULACIÓN ENTRE ACCIONISTAS, PARTÍCIPIES O SOCIOS DE OFERENTES CON PERSONAS NATURALES; QUE SON CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN UNIÓN DE HECHO.”;
- viii) “2.8. VINCULACIÓN ENTRE ADMINISTRADORES, REPRESENTANTE LEGAL O PROCURADOR COMÚN DE UN OFERENTE, CON PERSONAS NATURALES; QUE SON CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN UNIÓN DE HECHO.”;
- ix) “2.9. VINCULACIÓN ENTRE OFERENTES QUE SON PERSONAS NATURALES; QUE SON CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN UNIÓN DE HECHO.”;
- x) “2.10. VINCULACIÓN ECONÓMICA”.

De lo manifestado se desprende que: i) conforme la LOSNCP, las vinculaciones son nexos, entre ellos por parentesco de consanguinidad o afinidad, entre los diversos actores que concurren en la contratación pública que cause un perjuicio, afectando al Estado o distorsionando la libre competencia y en contra de los principios que rigen la contratación pública; ii) corresponde al SERCOP, de forma motivada, y bajo los lineamientos de la definición establecida en el número 9.4 del artículo 6 de la LOSNCP, detallar “las vinculaciones específicas y aplicables a las contrataciones”; iii) la determinación de vinculaciones en los procedimientos de contratación pública se regula por el Anexo 5 de la Normativa Secundaria del SNCP; y, iv) conforme el Anexo 5 de la Normativa Secundaria del SNCP, los lineamientos de vinculación específicos y aplicables al desarrollo de los procedimientos de contratación pública se clasifican en diez tipos que se detallan en el número 2 del referido anexo, entre los cuales, no se considera como vinculación de ofertas por consanguinidad, dentro de un mismo procedimiento, la presentación de ofertas individuales entre hermanos.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 6, número 9.4, y 63, número 6, de la LOSNCP; y, la Disposición Transitoria Primera de su Reglamento General, corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública establecer de forma motivada “*las vinculaciones específicas y aplicables a las contrataciones*”. Estos han sido desarrolladas en el “*ANEXO 5: Lineamientos de vinculación específica aplicables a los procedimientos de contratación pública (Artículo 114 de la Normativa Secundaria)*” de los Anexos técnicos y metodológicos incorporados a la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública, los cuales no contemplan la vinculación de ofertas por consanguinidad, en caso de que en un mismo proceso de contratación participen hermanos con ofertas individuales y uno de ellos resulta adjudicatario.

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,

Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Ing. Deborah Jones
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública

Ab. Jorge Quincy Félix Romero,
Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación Pública