

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0107-OF

Quito, D.M., 25 de marzo de 2020

Señor Doctor
Humberto Aníbal Parra Cárdenas
Av General Rumiñahui S/N, Sector Santa Clara-Valle de los Chillos, Telf. 0223989400

De mi consideración:

En atención a su Oficio No. ESPE-REC-2020-0088-O, de 12 de febrero de 2020, mediante el cual, el Teniente Coronel Humberto Aníbal Parra Cárdenas, Rector de la Universidad de las Fuerzas Armadas "ESPE", consulta a este Servicio Nacional lo siguiente: "(...) De conformidad a lo estipulado en el artículo 71 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - LONSCP, en los contratos de arrendamiento se debe calcular las multas: a) ¿ Sobre el valor total de las obligaciones contractuales que se encuentran pendientes de ejecutar?; o, b) ¿ Sobre el valor del mes que se encuentra en mora de la obligación de pago del canon de arrendamiento?(...)", al respecto debo manifestar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1.1 Con fecha 16 de abril de 2018, se suscribió el contrato No. 18-003-ARR-ESPE-a2, para el "Arrendamiento del Snak Bar de la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE a celebrarse entre la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE y la Empresa AEROSTARSABCO Servicios Complementarios de Alimentación S.A.", cuya cláusula Novena de Multas, establece lo siguiente: "**9.01. Por cada día de retardo en el cumplimiento de la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, se aplicará la multa del uno por mil del valor total del contrato, o por el incumplimiento de otras obligaciones contractuales.**" (el énfasis fuera de texto)

1.2 Mediante memorando No. ESPE-UAJR-2020-0057-M, de 16 de enero de 2020, el Coordinador Jurídico de la Universidad de las Fuerzas Armadas, ESPE, emitió criterio jurídico, referente a sí: "(...) el cálculo de multas para este contrato (No. 18-003-ARR-ESPE-a2) se debe realizar por el valor total del contrato tal como establece la cláusula novena del mismo, o si debe realizar únicamente sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de cumplir, según versa en la reforma del Art. 71 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA- LOSNCP; (...)", concluyendo lo siguiente: "(...) Por lo que esta Coordinación, en aplicación del criterio jerárquico establecido en la Carta Magna y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el coeficiente para el cálculo de multas se debe aplicar conforme lo dispone el segundo inciso del artículo 71 reformado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, sobre el valor de las obligaciones contractuales que se encuentran pendientes de ejecutar.

1.3 Mediante Oficio No. ESPE-REC-2020-0088-O, de 12 de febrero de 2020, el Teniente Coronel Humberto Aníbal Parra Cárdenas, Rector de la Universidad de las Fuerzas Armadas "ESPE", consulta a este Servicio Nacional lo siguiente: "(...) De conformidad a lo estipulado en el artículo 71 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - LONSCP, en los contratos de arrendamiento se debe calcular las multas: a) ¿ Sobre el valor total de las obligaciones contractuales que se encuentran pendientes de ejecutar?; o, b) ¿ Sobre el valor del mes que se encuentra en mora de la obligación de pago del canon de arrendamiento?(...)"

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

La atribución reglada en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, se enmarca exclusivamente a la asesoría en la normativa de contratación pública, la cual conforme a 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 facultadas.

Conforme lo determina el segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las multas que deban imponerse a los contratistas deberán fijarse sobre el porcentaje de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0107-OF

Quito, D.M., 25 de marzo de 2020

las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato; en todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerán el incumplimiento, fechas y montos.

De acuerdo con el tratadista Roberto Dromi: [1] *“La multa es una penalidad que aplica la administración por demoras o incumplimiento del contratista. La aplicación de sanciones administrativas debe ejercerse dentro de la legalidad y razonabilidad”*, así mismo, se ha indicado [2] *“(…) debemos advertir que las multas deberían calcularse siempre para efecto del cobro de multas a los contratistas, las entidades del sector público deben aplicar los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad (…)”*.

Sobre el tema, el señor Procurador General del Estado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 16251, de 31 de agosto de 2010, manifiesta: *“La imposición de sanciones y entre ellas las de carácter pecuniarios como son las multas (...) expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración (...) por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la Republica que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda, por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional) La aplicación de sanciones en materia contractual es definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad. En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales (...)”*.

Así mismo, el artículo 16 del Código Orgánico Administrativo (COA), hace referencia al principio de Proporcionalidad, señalando que: *“Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”* (Énfasis añadido), es por ello que la Procuraduría General del Estado a través del oficio Nro. 12902, de 12 de marzo de 2010, dirigido al Ministerio de Transporte y Obras Públicas da contestación a la consulta relacionada con el cálculo de multas en los contratos donde determinó lo siguiente: *“CONSULTA: “Sobre la procedencia de considerar la vigencia del plazo contractual desde la fecha de cancelación del reajuste del anticipo y si las multas que se impondría en los contratos se considere (sic) únicamente en la parte de la obra no ejecutada dentro del plazo contractual, como lo considera el representante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército.”*

PRONUNCIAMIENTO: *Las multas deben imponerse respecto de la parte de la obra no ejecutada por el contratista dentro del plazo contractual, y deberán ser calculadas en la forma estipulada en la cláusula décima tercera de los contratos, es decir que se aplicará una multa diaria del dos por mil del monto total del contrato, por cada día de retardo.”* (Énfasis añadido).

III. CONCLUSIÓN:

La aplicación de proporcionalidad de las multas, persigue que una sanción pecuniaria no devenga en una posible inestabilidad económica del contrato y se vea en la necesidad de requerir terminaciones de contrato, o que en su defecto, sea la propia Administración, de así considerarlo, la encargada de aplicar lo establecido en el número 3 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en este contexto, es preciso enfatizar que la autonomía de la voluntad de las partes contractuales establecida en el numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, se ve limitada por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; es decir, que si una cláusula del contrato contraviene una norma como sucede en el caso en consulta, esta cláusula debería ser modificada para no contravenir la norma establecida en el artículo 71 de la LOSNCP.

En virtud de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, es de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, así como de los servidores que intervengan en un procedimiento de



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0107-OF

Quito, D.M., 25 de marzo de 2020

contratación, observar y cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normativa aplicable para el efecto emitida por el SERCOP.

De este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender la entidad contratante con relación a la problemática expuesta, ya que únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo más no vinculante conforme lo determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución Interna 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 pertinentes.

[1]Roberto Dromi, Licitación Pública (Ciudad de Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Segunda Edición, Buenos Aires-Argentina, 1999) 583

[2] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez y José Luis Aguilar, Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016), 424.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-1530-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

nv/mf