

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

Señor Magíster
Milton Vladimir Rodríguez Jimenez
Director Administrativo Financiero
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL AGUA ARCA
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. ARCA-DAF-2020-0019-O de 14 de abril de 2020, suscrito por el Mgs. Milton Vladimir Rodríguez Jiménez, en calidad de Director Administrativo Financiero de la Agencia de Regulación y Control del Agua, mediante el cual expuso y consultó a este Servicio Nacional lo siguiente:

“Antecedentes.-

Con fecha 16 de abril de 2019, la Agencia de Regulación y Control del Agua emitió la orden de compra por Catálogo Electrónico No. CE-20190001571874, para recibir el servicio de Limpieza de Interiores y Exteriores Tipo III de sus instalaciones, por el período de un año contado desde el 02 de mayo de 2019. La referida orden fue aceptada al día siguiente de su emisión por el proveedor REVELSERVI C.A. (RUC No. 1791908783001).

En la parte pertinente del último inciso de la cláusula novena del convenio marco suscrito entre el SERCOP y la compañía de limpieza mencionada, se indica que “Una vez recibidos los Servicios de Limpieza en el producto “Limpieza de Oficinas”, se suscribirá el acta de entrega-recepción correspondiente previo a verificar que el servicio prestado cumpla con las especificaciones previstas en el catálogo (...)”.

Con memorando No. ARCA-DAJ-2020-0068-M, de 09 de abril de 2020, la Directora de Asesoría Jurídica dio respuesta a la pregunta realizada y recomendó lo siguiente: “En virtud de las circunstancias propias de la consulta generada en el presente criterio jurídico, se sugiere solicitar el pronunciamiento del SERCOP.”

(...)

Consulta.-

Con estos antecedentes y en función de lo expuesto se plantea la siguiente consulta:

1. En vista de que desde el 17 de marzo de 2020 el personal de REVELSERVI C.A. no está trabajando en las instalaciones de la ARCA por la pandemia COVID-19, solicito cordialmente se nos informe cómo proceder con el pago del período comprendido entre el 02 de marzo y el 01 de abril de 2020, por concepto del servicio de LIMPIEZA DE INTERIORES Y EXTERIORES TIPO III para las instalaciones de la ARCA contratado con el proveedor mencionado. ¿Debería la Agencia de Regulación y Control del Agua pagar al proveedor por el mes completo o únicamente por los días en los que efectivamente prestó el servicio? Por otro lado, ¿sería factible realizar una ampliación de plazo por la cantidad de días que permanezca suspendido el servicio, la cual iniciaría una vez superada la emergencia sanitaria y se reintegre el personal a las oficinas?”.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

A la problemática planteada, la Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia de Regulación y Control del Agua, emitió su criterio jurídico en los siguientes términos:

"(...) RESPUESTA:

Los términos de referencia para la contratación del servicio de limpieza para las oficinas de la ARCA, establece en el ordinal 11, referente a forma y condiciones de pago, que se realizarán pagos mensuales contra entrega de los servicios recibidos durante el mes inmediato anterior, a entera satisfacción de la Agencia de Regulación y Control del Agua, y recibidos por parte del Administrador de la orden de compra.

Con estos antecedentes la Dirección de Asesoría Jurídica considera que se debe realizar el pago únicamente contra entrega de los servicios recibidos por el proveedor durante el mes marzo.

En virtud del estado de emergencia sanitaria que vive el país, y la fuerza mayor o caso fortuito que se genera en los actos contractuales derivados de la administración y gestión pública, no es culpa de la Agencia de Regulación y Control del Agua ni tampoco del proveedor REVELSERVI C.A. el incumplir con los servicios pactados.

Los criterios jurídicos constituyen opiniones que tienen como finalidad orientar a las unidades administrativas de la Agencia de Regulación y Control del Agua sobre la aplicación e interpretación de las normas, basada en los principios de coordinación y cooperación, por lo tanto, no se pueden tomar como ratificación, aprobación, mandamiento de pago u orden de ejecución de las actuaciones de las instancias responsables de los procedimientos.

IV. RECOMENDACIÓN

En virtud de las circunstancias propias de la consulta generada en el presente criterio jurídico, se sugiere solicitar el pronunciamiento del SERCOP".

En tal sentido, con el fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se procederá a absolver su consulta, de conformidad con lo detallado a continuación:

I. ANÁLISIS JURÍDICO:

En observancia al artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que que las instituciones del Estado, organismos, entidades, funcionario y funcionarias y demás personas que actúen bajo una potestad estatal, única y exclusivamente podrán ejecutar las competencias y facultades atribuidas en la constitución y en la Ley.

En este contexto, el Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades expresamente determinadas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- y artículo 6 de su Reglamento General, esto es brindar asesoramiento a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Estado **sobre la inteligencia o aplicación de las normas que**

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas 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.

La atribución reglada en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNCP, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación 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 de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias, entendiéndose que su competencia se centra sobre la **inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública**, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema, así como garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Así mismo, dentro de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, se encuentra el garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 y 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues el fin de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del objeto contractual, garantizando así la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de las necesidades públicas.

En este contexto, en el marco del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163, de 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República del Ecuador, declaró estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional ante el brote del Coronavirus (COVID-19); y, el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por la Ministra de Salud Pública, mediante el cual, declaró el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, con el objetivo de prevenir un contagio masivo de la población provocado por el virus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud; es así que, este Servicio Nacional, ha emitido instrucciones secundarias impartidas sobre la emergencia, a saber: Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Registro Oficial Suplemento 461, de 23 de marzo de 2020, y Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0105, de 06 de abril de 2020, así como también, las **Circulares Nros. SERCOP-SERCOP-2020-0005-C de 12 de marzo de 2020, SERCOP-SERCOP-2020-0012-C de 16 de marzo de 2020, SERCOP-SERCOP-2020-0013-C de 17 de marzo de 2020, SERCOP-SERCOP-2020-0014-C de 26 de marzo de 2020, SERCOP-SERCOP-2020-0015-C; y SERCOP-SERCOP-2020-0016-C de 07 y 09 de abril de 2020**, respectivamente, mediante las cuales, se establecen recomendaciones a los responsables de compras públicas de las entidades y proveedores del Estado con respecto a las contrataciones en situación de emergencia, que se pueden visualizar en el link:

<https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/recomendaciones-y-disposiciones-por-la-emergencia-sanitaria/>.

Con el oficio Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0012-C, de 16 de marzo de 2020, el SERCOP informó que, en el caso de existir contratos que se encuentren en la etapa de ejecución contractual, el administrador deberá cumplir a cabalidad las funciones establecidas en los respectivos contratos, conforme lo prescriben los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y artículo 121 de su Reglamento

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

General, esto es **velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual**; así como, el adoptar todas las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados en el cumplimiento del contrato, suspender o terminar el contrato, y las demás que hubieren lugar, siendo imprescindible la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.

No obstante, resulta preponderante enfatizar que la situación en la que se encuentra el Estado, se puede adecuar a **circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, al tenor de lo determinado en el artículo 30 del Código Civil**, por lo cual, corresponde analizar al administrador de un contrato público las acciones a tomar en la ejecución del mismo, con el interés de obtener la eficacia contractual, debido a que este administrador al ser designado por la entidad se entiende que posee pleno conocimiento de las normas aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control.

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, cada entidad contratante administrará sus contratos y ejecutará las actuaciones que correspondan para asegurar el cumplimiento efectivo del objeto contractual y la aplicación efectiva de las normas contractuales, asegurando el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública y subsidiariamente del Código Civil, ante la emergencia sanitaria que enfrenta el Ecuador; y cuyo incumplimiento derivan en la situación prevista en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y principios prescritos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Así mismo, en el pliego de bienes o servicios del procedimiento signado con el código Nro. CDI-SERCOP-001-2015, con el objeto de: *“CATALOGACIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA PRODUCTO: LIMPIEZA DE OFICINAS”, “SECCIÓN III CONDICIONES ESPECÍFICAS” (Catálogo que administra este Servicio), se establece en el número 3.3 Plazo de prestación del servicio: “El plazo para la prestación del servicio de limpieza de en el producto de “limpieza de oficinas” será en función del requerimiento de la entidad contratante, contado a partir de la emisión de la orden de compra”.*

Por lo que, una vez que la entidad contratante haya generado la orden de compra y formalizada con el proveedor (Art. 60 de la LOSNCP), *ésta se constituye como un contrato*, cuyos derechos y obligaciones se constituyen al amparo de lo establecido en el Código Civil en su artículo 1561 que dice: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

En este sentido, debe entenderse que dentro de los contratos existe un plazo de ejecución de los mismos, que al amparo de lo establecido en el artículo 1510 del Código Civil ecuatoriano define al plazo como: *“(...) la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. (...)”*, definición legal que en observancia del principio de legalidad tiene carácter obligatorio; en ese contexto, el plazo es el lapso de tiempo que tienen las partes para cumplir con las obligaciones contractuales, sean las de dar, hacer o no hacer algo, el que da inicio o extingue ya sea el derecho o la obligación; plazo que marca la ejecución contractual y que puede sufrir afectaciones como una ampliación o **suspensión**, que alteran su transcurso y continuidad.

Para Gómez-Acebo & Pombo [1] una de las patologías del contrato administrativo y en particular

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

del de obras, es la **suspensión del contrato**, esto significa la paralización temporal de su vigencia, es decir, que las obligaciones contractuales no se pueden ejecutar por alguna circunstancia que impida la correcta ejecución del contrato; una vez superadas las circunstancias que motivaron la suspensión, el plazo vuelve a correr y se proroga en atención a dicha suspensión, puesto que, en la paralización de los trabajos, nada se realizó por causas exógenas al contratista o a la entidad contratante.

Es así que, en consideración que la prestación del servicio de limpieza se efectuará en función del requerimiento de la entidad contratante, faculta a la entidad contratante a suspender la ejecución del contrato observando uno de los principios de la Administración Pública (artículo 67, literal I de la Constitución de la República del Ecuador) a través del cual, se establece que todas las actuaciones deben estar debidamente motivadas, garantizando de esta forma que todos los actos ejecutados por la entidad contratante se apeguen conforme a derecho y sean notificadas al proveedor.

Así mismo, con relación al pago, éste constituye parte esencial dentro del desarrollo contractual que se vincula directamente con relación a la prestación del servicio y la retribución en este caso monetaria al proveedor; es así que, dentro del mismo artículo 70 de la LOSNCP, se establece que dentro del expediente de la contratación se hará constar todos los hechos relevantes, en especial los relacionados con el pago. Para lo cual el administrador del contrato es la persona encargada de efectuar el respectivo informe para proceder con el pago.

Consideración que se efectúa, en observancia al detalle establecido en la ficha técnica correspondiente al servicio de limpieza que establece: *“Los pagos se realizarán con cargo a la partida presupuestaria de la entidad generadora de la orden de compra y se efectuará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica previo a la presentación de los siguientes documentos:*

- *Factura,*
- *Informe de cumplimiento de actividades emitida por el administrador del contrato*
- *Comprobante de pago del IESS donde conste el personal que ejecuta el servicio. (A partir del segundo mes de ejecución del servicio)*
- *Aviso de entrada o planilla de afiliación del IESS del personal que ejecuta el servicio. (solo en el primer mes de ejecución del servicio).”.*

Y se estipula también, que será facultad de cada entidad contratante, establecer la forma de pago, de cualquiera de las siguientes formas: a. Contra factura mensual; o, b. Anticipo, en la forma establecida en el número 3.9 del pliego, que dice: *“El pago mensual se realizará después de la prestación del servicio solicitado mensualmente en la dirección indicada en la orden de compra, a entera satisfacción de la entidad contratante, después de la suscripción del acta de entrega recepción”.* Por consiguiente, la entidad debe hacer el análisis de pago únicamente en relación al servicio que efectivamente ha recibido.

Esto, en cumplimiento con uno de los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública que es el *«garantizar la calidad del gasto público»*; cabe recordar que, el cumplimiento de la normativa es una obligación que compete tanto a la entidad contratante como a los proveedores del estado, quienes deberán ceñir sus actuaciones a lo que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General determinan para el efecto, con sujeción al supervisión y vigilancia de este Servicio, y de los demás órganos de control.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0160-OF

Quito, D.M., 23 de abril de 2020

II. CONCLUSIÓN:

Es responsabilidad de la entidad contratante a través del administrador del contrato, efectuar todas las actuaciones necesarias para coordinar la prestación del servicio y el pago conforme al **servicio efectivamente prestado** todo lo cual dejará constancia en el acta entrega recepción conforme lo determinan los artículos 124 y 125 del RGLOSNCP.

Finalmente, este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender su representada 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 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 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 pertinentes.

[1] Enlace:

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6558/1/T2806-MDCP-Proa%C3%B1o-Analisis.pdf>,
ccceso: 20-04-2020, hora: 11:40

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-0870-EXT

cá/mf