

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

Señor Magíster
Milton Vladimir Rodriguez Jimenez
Director Administrativo Financiero
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL AGUA ARCA
Rumipamba E2-228 y República, Quito- Ecuador, Responder a correo electrónico:
milton.rodriguez@arca.gob.ec.

De mi consideración:

En atención a su oficio Nro. ARCA-DAF-2020-0018-O, de 09 de abril de 2020, mediante el cual, solicita a este Servicio Nacional, asesoría referente a las siguientes consultas:

“(...) 1. En vista de que el 01 de abril de 2020 terminó el plazo de ejecución de la referida orden de compra, solicito se nos informe cómo proceder para la realización del pago al proveedor, por el servicio recibido durante el período comprendido entre el 02 de marzo y el 01 de abril de 2020. ¿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?”

2. ¿Sería factible realizar una ampliación de plazo por la cantidad de días que permanezca suspendido el servicio, la cual deberá iniciar una vez se haya superado la emergencia sanitaria y se disponga el reintegro del personal a las oficinas? (...)”, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

1.- Mediante memorando Nro. ARCA-DAJ-2020-0066-M, de 08 de abril de 2020, suscrito por la abogada Jennifer Teresa Mora Alvarez, Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia de Regulación y Control del Agua -ARCA-, emitió criterio jurídico en los siguientes términos:

*“(...) **PREGUNTA 1:***

‘Con estos antecedentes y en vista de que el 01 de abril de 2020 termina el plazo de ejecución de la referida orden de compra, le solicito se emita un criterio jurídico respecto a cómo proceder para la realización del pago del período comprendido entre el 2 de marzo y el 1 de abril de 2020, si se debe pagar al proveedor por el mes completo o únicamente por los días en los que efectivamente prestó el servicio, ya que en los documentos de los procesos de contratación no se precisan las acciones a tomar en situaciones como la que estamos atravesando’. Sic.

RESPUESTA 1:

La Orden de Compra de Bienes y/o Servicios Nro. 007-2019, de fecha 01 de abril de 2019, establece en las condiciones de pago que se realizarán pagos mensuales por los servicios efectivamente recibidos en el mes inmediato anterior, contra entrega de factura y documentación habilitante.

En la condición de ejecución de la Orden de Compra de Bienes y/o Servicios Nro. 007-2019, de fecha 01 de abril de 2019, establece que para el último pago se deberá firmar el acta entrega

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

recepción definitiva del servicio.

Con estos antecedentes la Dirección de Asesoría Jurídica considera que se debe realizar el pago efectivamente realizado sobre los días trabajados por el señor Raúl Leonardo Maldonado Peralta, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo al 31 de marzo de 2020.

PREGUNTA 2:

'Solicito se sirva emitir su pronunciamiento respecto a si es posible una ampliación de plazo por la cantidad de días que permanezca suspendido el servicio, la cual deberá iniciar una vez se haya superado la emergencia sanitaria y se disponga el reintegro del personal a las oficinas'. Sic.

RESPUESTA 2:

La ampliación de plazos se debe realizar en caso de ser pertinentes antes de la finalización del plazo, no después (...)"

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

De acuerdo al principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, que establece que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los 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, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública sólo actúa de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

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, se declara 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,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

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 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.

En este contexto, una vez que la entidad contratante ha formalizado la ínfima cuantía (artículo 69 de la LOSNCP en concordancia con el artículo 60 del RGLOSNCP) con la entrega de la correspondiente factura por parte del proveedor y autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, ésta constituye 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.

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[1]**, 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[2], 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[3] para un adecuado control.

Para Gómez-Acebo & Pombo[4] una de las patologías del contrato administrativo y en particular 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.

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada[5] 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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

Contratación Pública, y principios prescritos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En consideración a los requerimientos de la entidad contratante, faculta a la misma a suspender la ejecución del contrato observando uno de los principios de la Administración Pública (artículo 76, número 7 letra l) 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 monetaria al proveedor; es así que, el 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.

En relación con lo expuesto, el artículo 5 de la LOSNCP, prescribe que los procedimientos y los contratos se interpretarán y ejecutarán conforme los principios que rigen al Sistema Nacional de Contratación Pública y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato; por lo que, en aplicación de lo instituido en el artículo 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva se suscribirán conjuntamente con el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato, las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En correlación el artículo 125 del RGLOSNC, determina que: *“En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.*

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

Es menester señalar que, en el cómputo del plazo de duración del contrato y sus prórrogas se cuentan todos los días, a partir del día siguiente a su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, o en el propio contrato de conformidad con el artículo 116 del RGLOSNC.

III. CONCLUSIÓN.-

Las contrataciones efectuadas por el procedimiento de ínfima cuantía se formalizan con la entrega

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

de la correspondiente factura por parte del proveedor y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, ésta constituye un contrato cuyos derechos y obligaciones se constituyen al amparo de lo establecido en el artículo 1561 del Código Civil y se rige bajo la normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (arts. 69 de la LOSNCP y 60 del RGLOSNCPP).

Como parte de la acta entrega recepción final, la entidad contratante efectuará la liquidación económico contable del contrato dejando constancia de lo efectivamente ejecutado, determinando los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes conforme lo establecido en los artículos 124 y 125 del RGLOSNCPP.

Y, con relación al cómputo del plazo de duración del contrato y sus prórrogas se cuentan todos los días, a partir del día siguiente a su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, o en el propio contrato de conformidad con el artículo 116 del RGLOSNCPP.

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley ibídem, su Reglamento General de aplicación, además de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, no es facultad de este Servicio Nacional de Contratación Pública recomendar o emitir disposiciones respecto a las acciones y/o decisiones que debe adoptar las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación que llevan a cargo.

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] Código Civil, Registro Oficial Suplemento Nro. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 30: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

[2] “El procedimiento Licitatorio no es ajeno al requerimiento de un adecuado y oportuno control y al cumplimiento irrestricto de la legalidad licitatoria, cumplidos los cuales derivará en un contrato eficaz (...) Así se considera que de poco sirve saber que los objetivos no se han cumplido cuando ya ha pasado el tiempo de poder cumplirlos; el control de la eficacia que es preciso desarrollar en un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principios de organización, dirección, planificación y control en el procedimiento licitatorio. (...)”. Robert Dromi, Licitación Pública, Segunda edición., (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995), 499.

[3] Norma de Control Interno Nro. 408-17, emitida por la Contraloría General del Estado.

[4] Enlace:



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0161-OF

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

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

[5] *“Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto”*, Roberto Dromi. Tratado de Derecho Administrativo, (Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998), 438.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-SERCOP-2020-0855-EXT

jg/mf