

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0185-OF

Quito, D.M., 06 de mayo de 2020

Señor Doctor

Camilo Enrique Rivadeneira Rivadeneira

Director Distrital 14D06 - SALUD (E)

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

Teófilo Jara entre Guadalupe Larriva y Eugenio Espejo, Mendez - Ecuador, correo electrónico:
camilo.rivadeneira@saludzona6.gob.ec

De mi consideración:

En atención a su oficio Nro. MSP-CZ6-DD14D06-2020-0083-O, de 30 de abril de 2020, mediante el cual consulta a este Servicio Nacional, lo siguiente:

"(...) Es necesario informar que como Dirección Distrital de Salud 14D06 Limón Indanza-Santiago-Tiwintza, presenta dentro del proceso de odontología un déficit de stock, contando únicamente con un 20% de abastecimiento de los dispositivos odontológicos en nuestra bodega Distrital y las 19 Unidades Operativas dentro de los tres cantones de nuestra jurisdicción, de esta forma la no entrega de estos productos de manera urgente perjudica el correcto funcionamiento del proceso de odontología y de la calidad de servicio ofertado dentro del Ministerio de Salud Pública, sin contar con que la mayoría de estos materiales a adquirirse son justamente para ser aplicados durante la emergencia sanitaria como es el caso de las pantallas faciales, desinfectantes, gafas, entre otros.

Solicito de la manera más comedida se informe cual sería el proceder en cuanto a la adquisición de estos bienes para la Dirección Distrital de Salud 14D06, agradezco de manera anticipada. (...)", al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

1. Mediante contrato de 24 de marzo del 2020, a través de subasta inversa electrónica Nro. 0001-20-SIE-DD14D06-SALUD, establecido por la Dirección Distrital de Salud 14D06 Limón Indanza-Santiago-Tiwintza, representada por el doctor Camilo Enrique Rivadeneira en calidad de Director y por otra parte la empresa DISTRIDENTAL S.A. en la persona de Miguel Ángel Chevez Leal, apoderado especial de Guillermo Eduardo Isidro Esposta, representante legal de la empresa DISTRIDENTAL con RUC Nro. 0992458445001, para la "ADQUISICIÓN DE DISPOSITIVOS MÉDICOS ODONTOLÓGICOS DE USO GENERAL PARA EL DISTRITO 14D06 LIMÓN INDANZA-SANTIAGO-TIWINTZA-SALUD.

2. Consta la orden de compra Nro. ICDISMELA0D0-DD14D06-09-MAR-2020-01, de 09 de marzo del 2020, por procedimiento de ínfima cuantía entre la Dirección Distrital de Salud 14D06 Limón Indanza-Santiago-Tiwintza, y el mismo proveedor DISTRIDENTAL S.A. con RUC Nro. 0992458445001, para la "ADQUISICIÓN DE INSUMOS ODONTOLÓGICOS".

3. La entidad señalan que, hasta el 29 de abril de 2020, no se ha recibido tales productos debido a la emergencia sanitaria que atraviesa el País justificándose el proveedor en referencia en lo dispuesto en la resolución Nro. RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110.

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.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0185-OF

Quito, D.M., 06 de mayo de 2020

Pública, tiene entre sus facultades expresamente determinadas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 6 de su Reglamento General, el brindar asesoramiento a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Estado 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 conexa promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, así como garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Por lo tanto la atribución reglada[1] del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se enmarca exclusivamente a la asesoría en la normativa de contratación pública a las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la Ley ibídem, 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 facultadas; al tenor de lo prescrito en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dicha atribución no es discrecional del SERCOP, siendo aplicada única y exclusivamente en relación a la inteligencia, aplicación, implementación y operación de instrumentos y herramientas del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, las normas que regulan los procedimientos de contratación pública; por lo que, el asesoramiento posee un carácter orientativo general no vinculante tanto para proveedores como para entidades contratantes, en cumplimiento de lo determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; por lo que, cualquier solicitud o pedido de asesoría jurídica no puede versar sobre una problemática o un caso particular que puede tener efectos jurídicos; no obstante, a 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:

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

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 declaró el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, con el objetivo de prevenir un contagio masivo de la población provocado por el Coronavirus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66, números 2 y 25 reconoce y garantiza a las personas: “(...) 2. *El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios (...)* 25. *El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (...)*”.

En este contexto, las entidades contratantes utilizan los distintos procedimientos de contratación pública, sea en régimen común o de emergencia, para prestar servicios públicos y garantizar los derechos constitucionales de las personas; materializando de esta manera el cumplimiento de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el objetivo de garantizar el acceso a bienes, obras y servicios requeridos por la población.

Concomitantemente, el número 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “*los ciudadanos tienen el deber y la responsabilidad de anteponer el interés general sobre el particular*”, concordante con lo señalado en el Libro “Buen Vivir”[2], en el cual se define al “buen vivir”, expresando: “*El goce efectivo de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y el ejercicio de sus responsabilidades, en un marco de convivencia ciudadana –que comprende la interculturalidad, el respeto de*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0185-OF

Quito, D.M., 06 de mayo de 2020

*las diversidades y el respeto de la dignidad de las personas y colectividades– y convivencia armónica con la naturaleza, que promueve la democracia y el bien común y **anteponer el interés general sobre el interés particular**” (Lo subrayado y en negritas me pertenece).*

En definitiva, al ser obligación de las entidades del sector público garantizar la provisión de bienes y servicios públicos, orientados a la plena satisfacción del buen vivir y de todos los derechos constitucionales, la Administración Pública se rige por los principios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, obligatoriedad, accesibilidad, oportunidad, regularidad, entre otros, en virtud de lo prescrito en el artículo 227 de la Norma Suprema.

El artículo 288 de la Carta Magna, es determinante al manifestar que las compras públicas deben cumplir con los criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando los productos y servicios nacionales, en particular los que provienen de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productiva; en correlación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 4 establece que los contratos regidos por la ley en mención, deben observar los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Resulta importante recordar que el aludido Decreto Ejecutivo Nro. 1017, en el número 1 del artículo 5 y la letra b) del artículo 6 se encuentran exceptuados de la restricción de la libertad de tránsito las personas y servidores que deban prestar un servicio público o un servicio privado de provisión de los servicios básicos, de salud, seguridad, bomberos, aeropuertos, terminales aéreas, terrestres, marítimos, fluviales, bancarios, provisión de víveres y otros servicios necesarios, en especial, los que ayuden a combatir la propagación del COVID-19, y que durante el lapso de suspensión de la jornada presencial de trabajo se deberá garantizar la provisión de dichos bienes y servicios; tanto más, si la vigencia de un estado de excepción no implica que se extingan las obligaciones y responsabilidades estatales durante el mismo.

De igual manera, la Corte Constitucional del Ecuador, a través del Dictamen Nro. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020, determinó que: “estas excepciones reflejan el deber del Estado de **garantizar el libre tránsito de quienes laboran en áreas esenciales para el combate de esta calamidad y de quienes necesiten abastecerse de bienes materiales necesarios para su salud y subsistencia**” (Lo subrayado y en negritas me pertenece).

En este orden de ideas, el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, como ente rector de la contratación pública en el país, encargado de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, y por tanto garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- y su Reglamento General, con la emisión de la 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 de 07 de abril de 2020, SERCOP-SERCOP-2020-0016-C de 09 de abril de 2020 y SERCOP-SERCOP-2020-0017-C de 20 de abril del 2020; mediante las cuales, se expidieron directrices para los responsables de compras públicas de las entidades contratantes, tanto para los procedimientos de régimen común, como para las contrataciones por emergencia, que se pueden visualizar en el link: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/recomendaciones-y-disposiciones-por-la-emergencia-sanitaria/>; con la finalidad de que las actividades estatales no se detengan, considerando que el mismo Decreto Ejecutivo citado establece mecanismos idóneos que permiten asegurar la provisión de los servicios necesarios, a través de salvoconductos.

Con 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 LOSNC y artículo 121 de su Reglamento General, esto es velar por el cabal y oportuno

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0185-OF

Quito, D.M., 06 de mayo de 2020

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, el contrato establece los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, 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[3], 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[4], 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[5] para un adecuado control.

Para Gómez-Acebo & Pombo[6] 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 prorroga 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 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.

III. CONCLUSIÓN.-

La Resolución Nro. RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110, de 17 de marzo de 2020, emitida por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, relativa a la suspensión de términos y plazos es única y exclusivamente aplicable para los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por las infracciones tipificadas en el artículo 106 de la LOSNCP, es decir, a procedimientos sancionatorios que sustancia el SERCOP, en su calidad de ente de control 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.

Este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0185-OF

Quito, D.M., 06 de mayo de 2020

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 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] *“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 específica 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), pág. 438.

[2] *“Buen Vivir”*, p. 25, en Ecuador en cifras, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Sitios/LIBRO%20buen%20vivir/files/assets/basic-html/page25.html>
Fecha de consulta: 04 de mayo de 2020.

[3] 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.”*.

[4] *“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.

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

[6] Enlace: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6558/1/T2806-MDCP-Proa%C3%B1o-Analisis.pdf>, acceso: 04-05-2020, hora: 12:00

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-SERCOP-2020-1032-EXT

jg/aa/mf