

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0237-OF

Quito, D.M., 20 de mayo de 2020

Señor Médico

Felipe Alexander Echeverría Lituma

Director Distrital 08d04 Quinindé - Salud

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

Av. 3 de Julio y Víctor Villegas, Esmeraldas â Ecuador, correo electrónico: alexecheverrialituma@gmail.com

De mi consideración:

En atención a su oficio Nro. MSP-CZ1-08D04-2020-0066-O, de 14 de mayo de 2020, mediante el cual, consulta a este Servicio Nacional, lo siguiente: “(...) *es procedente que los Administradores de contratos u órdenes de compras continúen realizando el cálculo y notificación de las respectivas multas, en virtud que son procedimientos de adquisiciones que debieron ser entregados con fecha anterior a la emisión de la resolución antes mencionada; por cuanto los proveedores alegan que no se les debería cobrar las multas y tampoco existe justificación por el cual no realizaron las entregas a tiempo. Además manifiesto que se ha emitido órdenes de compras bajo el procedimiento de ínfima cuantía, cuyas cotizaciones tienen como plazo de entrega mayor a 20 días, cuando se supone que son entregas casi inmediatas y tampoco cumplen con ese tiempo y se amparan en la misma resolución para no proceder con el cobro de las multas. (...)*”, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

El 11 de febrero de 2020, el Distrito 08d04 Quinindé - Salud generó las órdenes de compras en el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador -SOCE-, correspondiente al procedimiento Nro. CATE-08D04-ME-006-2020, cuyo objeto consistía en la adquisición de medicamentos a través del Catálogo Electrónico – Repertorio de Medicamentos, teniendo como fecha de entrega el 12 de marzo de 2020; pese a que los contratistas a la presente fecha se encuentran realizando las entregas de los fármacos, sin haber celebrado acuerdos complementarios para entregas parciales o haber solicitado prórroga para ampliación en el plazo de entrega.

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, 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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0237-OF

Quito, D.M., 20 de mayo de 2020

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/>

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”[1], 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 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 antepone 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.

Este Servicio, 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 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 conexas 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 que, con relación a la suscripción de los contratos, el artículo 69 inciso segundo de la LOSNCP, determina que: *“(...) Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega (...)”*, concordante con lo dispuesto en los artículos 43 inciso cuarto del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En este sentido, una vez que la entidad contratante haya generado la orden de compra y formalizada con el proveedor, ésta constituye un contrato administrativo[2], 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”*.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0237-OF

Quito, D.M., 20 de mayo de 2020

Asímismo, 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.

Concomitante, 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 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: [3] “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 [4] “ (...) 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 (...)”.

De igual forma, 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 consideré (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).

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[5], 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[6], debido a que este administrador al ser

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0237-OF

Quito, D.M., 20 de mayo de 2020

designado por la entidad se entiende que posee pleno conocimiento de las normas aplicables a la contratación que supervisa[7] para un adecuado control.

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada[8] 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.-

En consideración a los requerimientos de la entidad contratante, faculta a la misma a aplicar las multas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la LOSNCP en concordancia con el artículo 116 de su reglamento, por el **retraso injustificado** en 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; es menester señalar que, en el cómputo para la imposición de multas al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos, de conformidad con el artículo 116 del RGLOSNCOP.

Se resalta que, 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 término 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.

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 número 17 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] “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: 15 de mayo de 2020.

[2] Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, mediante Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, artículo 398

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

[4] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez y José Luis Aguilar, Manual de Contratación Pública,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0237-OF

Quito, D.M., 20 de mayo de 2020

Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016), 424.

[5] 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.*”

[6] “*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.

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

[8] “*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), pág. 438.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-SERCOP-2020-1143-EXT

jg/mf