

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

Asunto: Absolución de Consulta, oficio No. 083-EMUVI.EP-R-2020, Empresa EMUVI EP requiere asesoramiento presentación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, Art. 73 de la LOSNCP y Art. 30 del Código Civil.

Gerente General

José Antonio Toral Valdivieso

**EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL DE URBANIZACION Y VIVIENDA DE
CUENCA EMUVI EP**

Presidente Córdova 3-50 y Vargas Machuca (junto al Parque Victor J. Cuesta 07
4079-330 / 4079-331, correo electronico hernantamayoj@gmail.com

De mi consideración:

En atención al oficio No. 083-EMUVI.EP-R-2020, de 03 de mayo de 2020, mediante el cual, el Arq. José Toral Valdivieso, Gerente General de EMUVI.EP., ingresados a este Servicio Nacional con números internos SERCOP-DGDA-2020-3608-EXT; y, SERCOP-CZ6-2020-0574-EXT; mediante los cuales, consulta: “(...) *la inteligencia de aplicación de la norma contenida en los artículos 113 inciso 3 y 115 del Reglamento General a la LOSNCP, dado el estado excepcional por las condiciones suscitadas a causa de la emergencia sanitaria declarada por el Estado ecuatoriano, hecho de conocimiento nacional y mundial; siendo esta la justificación sustentada mediante oficios No. CPCC-2020-002 y No. CPCC-2020- 003 de fecha 20 de abril de 2020 por parte del adjudicatario, al no contar con la garantía de fiel cumplimiento dentro del término legal establecido en el Art. 113 inciso 3 del Reglamento General a la LOSNCP para la suscripción del contrato.(...)*”, al respecto manifiesto lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1.1 Con fecha 01 de mayo de 2020, la Ab. Andrea Minchala Orellana, Directora Jurídica del EMUVI EP, emitió criterio relacionado con la consulta solicitada a este Servicio Nacional en la que concluyó lo siguiente: “(...) *al encontrarnos dentro de una emergencia sanitaria, donde las actividades laborales ‘PRESENCIALES se restringieron de acuerdo a la Resolución del 16 de marzo del COE NACIONAL, a actividades puntuales dentro de las cuales no se encontraban permitidas las vinculadas con Aseguradoras; (...) Esta suspensión restringió la atención al público por parte de empresas vinculadas con actividades no fundamentales. (...) Así también, al ser un caso de fuerza mayor la emergencia sanitaria que atraviesa el país, de conformidad al artículo 30 del Código Civil(...); los hechos narrados con anterioridad configuran al tenor literal de esta norma (...) Por tal razón, pese al no haberse suscrito el respectivo contrato dentro del término establecido en el artículo 113 inciso 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (...)*”

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

considerando menester proceder con la suscripción del respectivo contrato.”

1.2 A través de oficio No. 083-EMUVI.EP-R-2020, de 03 de mayo de 2020, mediante el cual, el Arq. José Toral Valdivieso, Gerente General de EMUVI.EP., solicita a este Servicio Nacional: “(...) *la inteligencia de aplicación de la norma contenida en los artículos 113 inciso 3 y 115 del Reglamento General a la LOSNCP, dado el estado excepcional por las condiciones suscitadas a causa de la emergencia sanitaria declarada por el Estado ecuatoriano, hecho de conocimiento nacional y mundial; siendo esta la justificación sustentada mediante oficios No. CPCC-2020-002 Y No. CPCC-2020-003 de fecha 20 de abril de 2020 por parte del adjudicatario, al no contar con la garantía de fiel cumplimiento dentro del término legal establecido en el Art. 113 inciso 3 del Reglamento General a la LOSNCP para la suscripción del contrato.(...)”.*

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.

Así mismo, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1052, de 15 de mayo de 2020, el Presidente de la República del Ecuador, renovó el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional por los casos de coronavirus confirmados y el número de fallecidos a causa de COVID-19 en Ecuador, el estado de excepción rige durante treinta días a partir de la suscripción del mismo.

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*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

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 -LOSNCP- 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, SERCOP-SERCOP-2020-0018-C, de 20 de mayo de 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.

Y es justamente, en la circular No. SERCOP-SERCOP-2020-0012-C de 16 de marzo de 2020, este Servicio estableció que las entidades contratantes bajo su responsabilidad y decisión deberán priorizar las contrataciones tomando en consideración las necesidades de cada entidad y motivar la decisión de continuar o no con sus contrataciones.

En este contexto, las entidades del sector público garantizan 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.

Por lo que, en atención a la situación consultada, ante la decisión de una autoridad competente bajo la cual los ciudadanos no podemos incumplir; la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 73, proporciona alternativas en cuanto a las formas en las que se puede presentar una garantía, sin que se considere

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

exclusivamente la póliza emitida por una empresa aseguradora o una garantía bancaria; recordemos que el objetivo de una garantía es la de (...) *respaldar el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones emanadas del contrato (...) Tiene por objeto precaver a la Administración de posibles incumplimientos en el desarrollo de la ejecución del contrato. (...) [1]*"; por lo que, la garantía es un mecanismo de protección que tiene el Estado por posibles incumplimientos en la ejecución de obligaciones por parte de los contratistas.

Por otro lado, resulta preponderante enfatizar que la situación de emergencia sanitaria y de estado de excepción por calamidad pública en la que se encuentra actualmente 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; análisis que corresponde efectuar a la máxima autoridad o su delegado, dada la naturaleza de la supletoriedad de la materia civil en contratación pública que se encuentra estipulada en los artículos 66 y 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al disponer que los contratos públicos previstos en la LOSNCP, se regirán por las normas de la Ley ibídem, su Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP, y supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sea aplicable.

Así mismo, tanto los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador[2], han expresado la facultad de la entidad contratante de aplicar de manera supletoria las normas del Código Civil dentro de los contratos administrativos de contratación pública[3], bajo su responsabilidad.

Para el autor Bartolome Fiorini: [4] **“La fuerza mayor o caso fortuito, en estos casos, aparecen promovidos, en lugar de la naturaleza o por los hombres, por el mismo Estado, exhibiéndosela como entidad de sustancia jurídica (...)”** (Lo subrayado y en negritas me pertenece).

Por su parte, para el tradista Roberto Dromi [5] considera como eximientes de responsabilidad "(...) b) *Por caso fortuito o fuerza mayor. A los acontecimientos que liberan de responsabilidad y a los cuales son ajenas las personas obligadas, se los denomina en derecho fuerza mayor o caso fortuito. Estas circunstancias imposibilitan cumplir o cumplir en término las prestaciones contractuales. La fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que lo invoca. Este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla sus obligaciones. El “acontecimiento” debe reunir ciertos caracteres para ser considerado fuerza mayor o caso fortuito y por ende eximir de responsabilidad al obligado. Debe ser: a) exterior, ajeno a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, es decir, que no puede ser razonablemente considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato; también se califica al suceso de “extraordinario”, presentándolo como “anormal”; c) inevitable, “irresistible”, según algunos, o “insuperable” por el contratante, y d) actual. (...)*”.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

La fuerza mayor puede producir efectos definitivos (resolutorios) o provisionales (dilatatorios) (...) El efecto es provisional o transitorio (...) cuando el obstáculo que constituye la fuerza mayor es transitorio; desaparecido dicho obstáculo, renace la obligación de ejecutar o cumplir el contrato. El retardo en que se habría incurrido no sería imputable a ninguna de las partes. Cualquiera que sea el efecto de la fuerza mayor, sus consecuencias consisten en liberar de responsabilidad al obligado (...) Sin embargo, el caso fortuito y la fuerza mayor deben encontrarse debidamente acreditados. Así se ha dicho que no basta la invocación, de los hechos alegados, sino que deben acreditarse fehacientemente la relación causal existente en las circunstancias que hubieren configurado el caso fortuito o la imposibilidad de llevar a cabo los actos que constituyen la obligación del adjudicatario (...) (Dictámenes, 103:234 y 290) (...)”.

En el presente caso, el acto que produjo la falta de cumplimiento de entrega de la póliza en el tiempo establecido es provocado por un evento ajeno a la voluntad de la persona obligada a cumplirlo, esto es por la vigencia de los Decretos Ejecutivos emitidos a causa de la pandemia, del mismo modo se puede evidenciar que el acto es imprevisible, puesto que no podía conocer previamente que existiría la suspensión de las actividades dentro del territorio nacional; y, el mismo que es insuperable mientras el Presidente de la República del Ecuador no levante el estado de excepción decretado.

III. CONCLUSIONES:

En consecuencia, las entidades contratantes con el fin de cumplir con las directrices emanadas por los órganos competentes, a más de aplicar las normas previstas en la LOSNCP, Reglamento General y circulares emitidas por este Servicio, pueden optar por enmarcar sus actuaciones al amparo de las leyes vigentes del Derecho Público y de manera supletoria las normas preceptuadas en el Código Civil.

De 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 conforme lo determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin perjuicio de lo expuesto, este Servicio Nacional continuará ejerciendo sus atribuciones de control respectivamente.

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.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0258-OF

Quito, D.M., 04 de junio de 2020

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] DROMI, Roberto, Licitación Pública, cuarta edición, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2010, Buenos Aires-Madrid-México,525.

[2]Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 037-16-SEP-CC, de 03 de febrero de 2016.

[3] Pronunciamiento del Procurador General del Estado Nro. 07940 de 18 de junio de 2009.

[4] FIORINI, Bartolomé.- Derecho Administrativo.- Tomo I; Ed. Abeledo Perrot; 1996; Buenos Aires.- p.p. 611-6122

[5] DROMI, Roberto, Licitación Pública, cuarta edición, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2010, Buenos Aires-Madrid-México,651-653.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-CZ6-2020-0574-EXT

Copia:

Señora Abogada

Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva

Especialista de Asesoría Jurídica

nv/mf