

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

Asunto: Absolución a consulta a los oficios Nos. SCPM-IGG-INAF-2020-042 y SCPM-IGG-INAF-2020-044, del Intendente Nacional Administrativo Financiero de la SCPM, respecto al principio de vigencia tecnológica (art. 114, 118 y 121 de la Codificación)

Ingeniera
Patricia Mishel Rivera Enríquez
Correo electrónico: atricia.rivera@scpm.gob.ec

De mi consideración:

En atención a los oficios Nos. SCPM-IGG-INAF-2020-042 y SCPM-IGG-INAF-2020-044, de 13 y 19 de mayo de 2020 respectivamente, mediante el cual, la Mgs. Patricia Mishel Rivera Enríquez en calidad de Intendente Nacional Administrativo Financiero de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; requiere asesoría por parte de este Servicio, al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES:

Consta la Orden de Compra No. CE-20170001045200 y aceptación del proveedor FIRST COMPUTER SERVICE FCS S.A., con Registro Único de Contribuyente No. 1791769023001, de 14 de noviembre de 2017, para la adquisición de computadoras portátiles por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Mediante memorando No. SCPM-IGG-2020-038, de 16 de marzo de 2020, la Intendencia General de Gestión del la Superintendencia de Control del Poder de Mercado solicita Criterio Jurídico respecto a la situación de una Orden de compra antes mencionada.

Mediante Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2020-005, de 31 de marzo de 2020, la señora Ruth Elizabeth Landeta Tobar, en calidad de Intendente Nacional Jurídico, remite el “Criterio Jurídico respecto del mantenimiento de computadoras QUASAD” y en este expresa el criterio:

“[...] Con base a la Orden de Compra No. CE-20170001045200 y su Convenio Marco, no es necesario contratar a otro proveedor para la realización de mantenimientos preventivos y correctivos, puesto que los mantenimientos preventivos se adquirieron y estaban incluidos en el valor de contratación de las computadoras adquiridas, obligación que debe de ser cumplida por la compañía FIRST COMPUTER SERVICE FCS S.A.; considerando además, que la forma de contratación de los mantenimientos correctivos se encuentra establecido en el Convenio Marco, la cual se realiza contra factura, por lo cual, no hace falta la celebración de un contrato, por lo que no sé poner ninguna disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Mediante el oficio No. SCPM-IGG-INAF-2020-042, de 13 de mayo de 2020, la Mgs. Patricia Mishel Rivera Enríquez en calidad de Intendente Nacional Administrativo Financiero de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; requiere asesoría por parte de este Servicio, consulta:

“[...] a fin de mantener las buenas prácticas en la contratación pública, en mi calidad de delegada de la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, solicito a usted señora Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), disponga a quien corresponda, emitir criterio jurídico en el que se indique:

- ¿Cuál es el procedimiento para la aplicación de la garantía técnica en cumplimiento del principio de vigencia tecnológica?
- Indicar si el costo por el servicio de mantenimiento preventivo está incluido en el valor de la contratación de las computadoras adquiridas, o a su vez, ¿se debe cancelar algún valor al contratista por la ejecución de dicho servicio?
- ¿Qué procedimiento debería seguir la SPCM para contratar a “FIRST COMPUTER SERVICE FCS S.A.”,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

toda vez que este proveedor se encuentra registrado en el portal del SERCOP como proveedor incumplido?
d. ¿De no ser posible la contratación a “FIRST COMPUTER SERVICE FCS S.A.”, podría la SPCM contratar los servicios para mantenimiento preventivo y/o correctivo, con otro proveedor?”.

Mediante oficio No. SERCOP-DAJ-2020-0081-OF, de 18 de mayo de 2020, la Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional solicitó completar la solicitud de criterio legal a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de conformidad al artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016.

Mediante oficio No. SPCM-IGG-INAF-2020-044, de 19 de mayo de 2020, la Intendente Nacional Administrativo Financiero de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -SCPM, requiere asesoría por parte de este Servicio Nacional, para lo cual, adjunta el Criterio Jurídico No. SPCM-DS-INJ-2020-005 de la Intendencia Nacional Jurídica del SPCM.

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 este sentido, este Servicio en cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC-CP-, conforme las atribuciones detalladas en el citado artículo, siendo una de ellas la de capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública, y adicional a ello, asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

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 los artículos 9 y 60 de la LOSNCP, pues el fin de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del contrato, garantizando así la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de la necesidad pública.

2.1. En este contexto, sobre la interrogante planteada en el literal a), es indispensable enfatizar que en los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, las entidades públicas descritas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, deberán regirse bajo los principios de contratación pública determinados en el artículo 4 de la Ley ibídem, misma que establece al principio de vigencia tecnológica con la finalidad de que se exija al contratista bienes y servicios de óptima calidad, incorporando tecnologías actuales y vigentes.

En este sentido, la normativa de contratación pública busca asegurar la disposición y funcionamiento de los bienes adquiridos por parte de la entidad contratante que son necesarios para la prestación ininterrumpida de servicios de calidad a la sociedad; por lo tanto, el principio de vigencia tecnológica deberá ser aplicado por toda entidad contratante, en el caso de que se requiera la adquisición de los bienes descritos en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo Nro. 1515 de 16 de mayo de 2013 y en el Capítulo III, Sección I “Aplicación del principio de vigencia tecnológica en la adquisición, arrendamiento y prestación de servicios en los que se requiera de equipos informáticos, equipos de impresión, vehículos, equipos médicos y proyectores” de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP[1].

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

Adicionalmente, se debe distinguir el concepto jurídico de la garantía técnica establecida en el artículo 76 de la LOSNCP, por cuanto, impone al proveedor que, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de la adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación presentará una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, al momento de la suscripción del contrato, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el instrumento contractual. Estas garantías serán independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal.

Por lo expresado, la naturaleza jurídica del principio de vigencia tecnológica establecido en el artículo 4 de la LOSNCP busca que los bienes reúnan las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición hasta un tiempo determinado y previsible de vida útil; y difiere del de la garantía técnica del artículo 76 de la LOSNCP, ya que ésta, asegura la calidad y buen funcionamiento de los bienes respecto a la responsabilidad del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, más no asegura la vigencia de tecnología de punta para la prestación de los servicios públicos.

Bajo lo cual, en relación a la interrogante planteada y en aplicación de las garantías técnicas al tenor del principio de vigencia tecnológica conforme el artículo 121 de la Codificación *ut supra*, este es procedente cuando el bien adquirido requiera de una reposición inmediata ante defectos de fabricación, deficiencias en los trabajos de mantenimiento, ausencia de repuestos, accesorios, piezas y partes del bien, entre otros, que obstaculicen su normal funcionamiento y la continuidad en la prestación de los servicios a los ciudadanos; así como para que se cumpla con la vigencia de la garantía técnica durante la vida útil; se reconozca el mantenimiento preventivo periódico y correctivo durante la vida útil del bien; y, cuando requiera de una reposición temporal de los bienes durante los trabajos de mantenimiento que impidan su utilización.

Cabe considerar que una vez que la entidad contratante haya generado el orden de compra y formalizada con el proveedor, de conformidad con los artículos 43, 44 y 69 de la LOSNCP, artículos 31, 43 y 80 del RGLOSNC y el artículo 218 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, constituyen en un contrato autónomo e independiente que posee vida jurídica por sí misma; por lo que, a las órdenes de compra le regirán las mismas disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, relacionado a contratos en lo que fuese aplicable.

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, las entidades contratantes deben administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual[2], al designar a un administrador de contrato que posea pleno conocimiento de las normas y regulaciones aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control, que se encargue de garantizar 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 el incumplimiento del contrato y asegurar el cumplimiento de las garantías técnica bajo el principio de vigencia tecnológica, siendo imprescindible la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.

2.2. Sobre su segunda interrogante, es menester señalar que la LOSNCP, en su artículo 4 establece los principios por los cuales se rigen los contratos, entre ellos, el de **vigencia tecnológica**, con el fin de garantizar la utilización de los bienes adquiridos con tecnología de punta para la prestación de servicios públicos efectivos y eficientes[3], para cual, deberá reunir las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición hasta un tiempo determinado y previsible de vida útil, con la posibilidad de adecuarse, integrarse, repotenciarse y reponerse, según sea el caso, de acuerdo con los avances científicos y tecnológicos.

Con el objetivo de evitar la discrecionalidad en el cumplimiento y aplicación del principio señalado anteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1515, en el artículo 4, se estipuló que:

“[...] Las entidades contratantes que adquieran, arrienden bienes o contraten la prestación de servicios en los

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

que se contempla el uso de bienes específicos de entre los ya señalados[4], deberán incluir, de manera obligatoria, en los documentos precontractuales y el contrato, los términos y condiciones que el proveedor deberá cumplir respecto del mantenimiento preventivo periódico y correctivo del bien, las garantías técnicas y su reposición, a fin de asegurar el funcionamiento de los bienes para la prestación ininterrumpida del servicio público al que se encuentran destinados y su vigencia tecnológica [...]”.

El mantenimiento preventivo periódico de los bienes deberá comprender el soporte técnico regular o periódico, los insumos, partes, piezas y todas las acciones necesarias para garantizar el perfecto estado de funcionalidad del bien de conformidad con las recomendaciones establecidas en los manuales del fabricante, para lo cual se observará la periodicidad con la que este mantenimiento deberá ejecutarse o el tiempo que la entidad contratante establezca, en caso de no haber indicación del fabricante o contratista[5].

Al hablar de mantenimiento preventivo, el referido Decreto prevé en su artículo 5 que aquel comprende el soporte técnico regular o periódico, los insumos, partes, piezas y todas las acciones necesarias para garantizar el perfecto estado de funcionalidad del bien de conformidad con las recomendaciones establecidas en los manuales del fabricante, para lo cual se observará la periodicidad con la que este mantenimiento deberá ejecutarse o el tiempo que se establezca de conformidad con la norma que para el efecto expida la Entidad rectora de la Contratación Pública en el Ecuador, según establece la Ley, en el caso de no haber indicación del fabricante.

En este mismo ámbito, el artículo 8 del Decreto ibídem, prevé que en el caso de la adquisición o arrendamiento de bienes, se establecerá de manera obligatoria el otorgamiento de garantías técnicas por parte del fabricante, por intermedio de su representante, distribuidor, vendedor autorizado o proveedor, que al menos debe contemplar lo siguiente:

*“[...] 8.1. En la adquisición de bienes:
8.1.1. Tiempo y condiciones para la reposición inmediata
8.1.2. Vigencia de la garantía técnica durante la vida útil;
8.1.3. Mantenimiento preventivo periódico y correctivo durante la vida útil; y,
8.1.4. Reposición temporal de los bienes durante los trabajos de mantenimiento que impidan su utilización.
(...) 8.3.1. Cobertura y provisión de repuestos, accesorios, partes y piezas y su disponibilidad para el mantenimiento preventivo periódico y correctivo;
8.3.2. Procedimientos claros, precisos y efectivos para la ejecución de la garantía técnica;
8.3.3. Tiempos de respuesta óptimos y plazos máximos para la ejecución de los trabajos de mantenimiento o reposición de los bienes, y,
8.3.4. Disposición de talleres de servicio autorizados para el mantenimiento preventivo periódico o correctivo del bien a nivel nacional”.*

De su parte, este Servicio Nacional, en ejercicio de la atribución constante en la Disposición General Cuarta del RGLOSNC, expidió las Resoluciones Nos. RE-INCOP-2013-0000085 y RE-INCOP-2013-0000090, de 16 de mayo y 05 de julio de 2013 respectivamente, a través de las cuales se normó la aplicación del precitado principio de vigencia tecnológica; sin embargo, dichos actos normativos fueron posteriormente derogados por la Sección I, del Capítulo III, del Título III, de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Cabe recalcar, que el Capítulo III “Principio de Vigencia Tecnológica” Sección I, artículo 114 de la Codificación ibídem, se indica que las disposiciones establecidas en el presente capítulo son de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes, que requieran la adquisición y/o arrendamiento de equipos informáticos, equipos de impresión, vehículos, y equipos médicos, así como la prestación de los servicios en los que se contemple la utilización de los bienes mencionados, a través de procedimientos del Régimen Común y del Régimen Especial previstos en la Ley, por lo que, la entidad debe cumplir a cabalidad lo dispuesto por el SERCOP. Dentro del referido capítulo constan los artículos 125, que con claridad meridiana determina, lo siguiente: “[...] La oferta se presentará considerando individualmente el precio del bien y el de su mantenimiento posterior”. De la misma manera, al respecto tenemos que, la Resolución No. RE-INCOP-2013-0000085, de 16 de mayo de 2013, prevé en su artículo 8 que, cuando las entidades contratantes adquieran bienes comprendidos dentro de la referida resolución, el pliego y el contrato, deberán

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

contener entre otras, la siguiente condición específica: “[...] la oferta se presentará considerando individualmente el precio del bien y el de su mantenimiento posterior”. En este sentido, el precio referido en la orden de compra emitida desde la herramienta de catálogo electrónico corresponde al valor o costo únicamente del bien adquirido, siendo por otro lado, el valor o costo del mantenimiento, aquel descrito en el respectivo Convenio Marco suscrito con la empresa First Computer Service FCS. S.A., el mismo que es parte constituyente de la oferta del proveedor dentro del procedimiento de su incorporación al catálogo electrónico.

La obligación del proveedor de dar el servicio de mantenimiento preventivo prescrita en el artículo 118 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, surge desde el momento de la suscripción del acta de entrega recepción de los bienes, se mantiene vigente y deberá ejecutarse con la periodicidad pactada, hasta que se cumpla con la vida útil de dichos bienes, y se produzca la necesidad de renovación de aquellos por parte de la entidad contratante; para ello, la entidad contratante deberá solicitar de manera formal al contratista el cumplimiento de las cláusulas contractuales so pena de las responsabilidades en caso de incumplimiento, indistintamente que él mismo, se encuentre inhabilitado por otro procedimiento contractual.

Así mismo, corresponde distinguir que, el mantenimiento preventivo establecido en la orden de compra debe ser cumplido a cabalidad por el contratista de conformidad con el numeral 7.1.1 de la Adenda al Convenio Marco suscrita el 13 de abril de 2017 con la empresa First Computer Service FCS. S.A., toda vez que ha sido contemplado como parte constituyente dentro del contrato (orden de compra) y al ser el contrato ley para las partes, conforme el artículo 1561 del Código Civil que reza: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, resulta mandatorio su cabal cumplimiento; lo que no sucede con los materiales (piezas y partes) a requerirse en el evento que del producto del mantenimiento preventivo, surgan necesidades adicionales, ante lo cual, como lo menciona el pliego y el “*Convenio Marco para la adquisición de equipos de computación que cumplan con el principio de vigencia tecnológica entre el SERCOP y First Computer Service FCS. S.A.*” en el número 8.3.2 letra a), se excluyen del mantenimiento preventivo debido a que debe ser cubierto contra entrega de la factura, ya sea por el mismo contratista que **deberá estar habilitado** o por otro proveedor, tomando en consideración que se generarían rubros adicionales que no constaba en la orden de compra, lo cual configuraría un nuevo requerimiento.

2.3. En relación a la tercera inquietud, se debe tomar en cuenta que las inhabilidades constituyen aquellas incapacidades particulares que se imponen legalmente a determinadas personas para ejecutar ciertos actos por su calidad o circunstancia especial, en este sentido las inhabilidades en contratación pública se encuentran previstas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, y artículos 110 y 111 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNC-, disposiciones que tienen la finalidad de impedir la contratación con el Estado con un proveedor que no cumpla los requisitos legales o se encuentre prohibido de manera por el ordenamiento jurídico; por lo que, para que un proveedor, pueda participar en cualquiera de los procedimientos de contratación pública, es indispensable que tenga capacidad legal para hacerlo; para el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres[6], define a la capacidad como: “*La aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo.*”; por su parte los doctores Daniel López Suárez, Antonio José Pérez; y, José Luis Aguilar[7], definen a la capacidad como: “[...] la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones”.

Para el tratadista Roberto Dromi, en su libro “Derecho Administrativo”[8], señala cuáles son las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista, siendo estas a decir del Tratadista: “*penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos)*”.

De esto se desprende entonces, que los proveedores que participan en los procedimientos de contratación son considerados capaces, toda vez que cuentan con aptitudes para ejercer derechos y contraer obligaciones; sin embargo, esta capacidad puede verse afectada cuando incurran en una de las causales determinadas por la LOSNCP, como el estar suspendido del RUP por haber incurrido en la causal 1 del artículo 19 de la Ley ibídem

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

lo que le limita participar al proveedor y que al tenor del artículo 62 número 4 de la misma Ley, le restringiría el poder contratar con el Estado.

La verificación de las inhabilidades previstas por parte de las entidades contratantes resulta primordial debido a la transgresión directa que puede producirse a los principios de contratación pública establecidos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como la igualdad[9] y trato justo[10].

Por otro lado, respecto al artículo 64 de la LOSNCP, señala que en caso de haberse celebrado un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, esto es inobservando las disposiciones de la ley ibídem, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá de así considerarlo pertinente y bajo su entera responsabilidad con base a lo previsto en el artículo 99 de la LOSNCP, declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista.

En el caso de considerarse asistida la entidad contratante en la causal prescrita en el artículo 64 de la LOSNCP deberá determinar cuál fue la expresa prohibición en la que se incurrió en la celebración del contrato, análisis que deberá enmarcarse al principio de juridicidad (artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo) así como también a los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ahora bien, cabe considerar que las inhabilidades generales o especiales, deben ser aplicadas, en estricto apego a lo que determina la propia LOSNCP y su Reglamento General, bajo el principio constitucional de seguridad jurídica y juridicidad, determinados en los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo.

2.4. Atendiendo a la cuarta interrogante, una vez generada la orden de compra, el contratista se obliga a cumplir a cabalidad con las obligaciones adquiridas con la entidad contratante, así como con el Convenio Marco, pliegos y las demás disposiciones legales determinadas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa emitida por este Servicio Nacional, bajo lo cual se incluye lo descrito en el numeral 7.1.1 de la Adenda al Convenio Marco suscrita el 13 de abril de 2017 con la empresa First Computer Service FCS. S.A., el cual señala: *"Es obligación del CONTRATISTA prestar el servicio de mantenimiento como parte de la aplicación de la garantía técnica de los Equipos de computación que cumplan con el principio de vigencia tecnológica durante el tiempo de funcionalidad del mismo, hasta su renovación, el cual (refiriendo al mantenimiento) será cancelado contra facturas de prestación de servicio a nombre del CONTRATISTA o centro de servicio técnico autorizado. Para el efecto las entidades contratantes deberán observar el listado de centros de servicio autorizados que consten en el convenio marco del CONTRATISTA correspondiente."* [El texto subrayado y negrillas me pertenecen].

Situación que cambia al hablar de mantenimiento correctivo, al establecerse en el mismo Convenio Marco en el número 17.2, que el costo total del mantenimiento correctivo (prestación del servicio, partes y piezas) se pagará contra facturación, siempre y cuando no se trate de un daño de fábrica o ensamblaje, pues en este último caso tendría la obligación de reponer y arreglar el bien el contratista, por las garantías técnicas previstas en el mismo artículo 121 de la Codificación.

Por lo que, cada una de las obligaciones establecidas en el contrato, son de estricto cumplimiento para los contratistas, y en caso de incumplimiento, es precisa la aplicación de las multas y sanciones a que hubiere lugar, y de no superarse los incumplimientos, las entidades contratantes podrían dar por terminadas las órdenes de compra, respetando la normativa, siendo de su exclusiva responsabilidad conforme lo previsto en el artículo 99 de la LOSNCP, la decisión de efectuar o no la terminación de la orden de compra.

III.- CONCLUSIÓN:

Con fundamento en el análisis efectuado, y en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con lo instituido en Capítulo III, Sección I "Aplicación del principio de vigencia tecnológica en la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

adquisición, arrendamiento y prestación de servicios en los que se requiera de equipos informáticos, equipos de impresión, vehículos, equipos médicos y proyectores” de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, es imperativo que los proveedores cumplan con el principio de vigencia tecnológica, determinando el costo del bien y del servicio de mantenimiento preventivo individualmente. En este contexto, el proveedor catalogado previo a la aceptación de la orden de compra, deberá obligatoriamente desglosar los valores finales correspondientes al bien adquirido bajo el principio de vigencia tecnológica y del servicio de mantenimiento del bien adquirido, los mismos que de ninguna manera pueden ser superiores a los del mercado.

En tal virtud, el cumplimiento del principio de vigencia tecnológica, constituye una obligación subsidiaria a la entrega de los bienes adquiridos, así como el cumplir con la prestación del servicio de mantenimiento preventivo, y las demás establecidas en el artículo 121 de la Codificación *ibídem*, y bajo lo cual no se considerará como la celebración de un nuevo contrato; por lo que, las entidades contratantes deberán exigir el estricto cumplimiento de las cláusulas contractuales a los proveedores, derivadas del contrato o el que haga sus veces, así como la normativa conexas, toda vez, que al ser acuerdo de las voluntades las partes se obligan de mutuo acuerdo, y por tanto, bajo el principio de vigencia tecnológica deberá prestar los mantenimientos respectivos.

Sin perjuicio de ello, se deberá considerar que los materiales (piezas y partes) que surgan como producto del mantenimiento preventivo, se constituyen en necesidades adicionales que no estaban previstas, ante lo cual, como lo menciona el pliego y Convenio Marco, se excluyen del mantenimiento preventivo debido a que debe ser cubierto contra entrega de la factura, lo mismo que ocurre con el mantenimiento correctivo, cuyos valores en el caso de darse, no están incluidos dentro del precio de la orden de compra generada; y, bajo lo cual ante la necesidad, se deberá adquirir con un proveedor que no incurra en las inhabilidades previstas en la normativa de contratación pública.

Por consiguiente, los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, como los artículos 110 y 111 de su Reglamento General, deben ser aplicados de manera expresa por la entidad contratante, y por ende deberá verificar que los proveedores no incurran en inhabilidades desde el inicio del procedimiento precontractual hasta la etapa contractual, esto es la suscripción del contrato, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad contratante la verificación de que los proveedores no se hallen incurso en las inhabilidades generales y especiales bajo las sanciones previstas en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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 mas 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] “Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública”, contenida en Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, publicada en el Registro Oficial Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018.

[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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

licitatorio. [...]”. Robert Dromi, *Licitación Pública*, Segunda Edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995), 499

[3] Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 245, de 29 de enero de 2018.

[4] Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1515, de 15 de mayo de 2013, se expide las DISPOSICIONES DE CONTRATACIÓN PARA LA ADQUISICIÓN Y ARRENDAMIENTO, DE BIENES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, RELACIONADAS CON EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA “[...] el presente decreto será aplicado por toda entidad contratante, en el caso de que se requiera la adquisición, arrendamiento, de los siguientes bienes:

1. Equipos informáticos
2. Equipos de impresión
3. Vehículos
4. Equipos médicos”.

[5] Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 245, de 29 de enero de 2018.

[6] Cabanellas De Torres, *Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental*, (D’ Vinni Editorial Ltda., Colombia, enero 2000) pg. 60 y 61.

[7] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, (Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2016)

[8] Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Septiembre, 2016).

[9] “La actividad contractual de la administración pública debe regirse por la igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual”. Diego Orlando, Fernández Suescum, *Manual de Derecho Público*, (Ediciones Ezpiazu, Quito, 2000) 12.

[10] “Constituye Principio Constitucional básico la “igualdad ante la ley”; por lo tanto, está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues, todos merecen el mismo trato y oportunidad (...) se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los postores y personas en iguales condiciones”. William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, (Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011) 104.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-4113-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

Señor Ingeniero
Nestor Xavier Maya Izurieta
Director de Catálogo Electrónico

Señor Ingeniero
Renato Rafael Amores Vallecilla
Especialista de Catálogo Electrónico



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0314-OF

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

fa/aa/mf/sg/nm/sg