



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF

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

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. INPC-DAF-2020-0060-O, de 18 de junio de 2020, suscrito por la Directora Administrativa Financiera del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, con relación a la renovación de pólizas en el proceso de menor cuantía de obras.

Señorita Magíster
Karina Fernanda Veloz Navas
Directora Administrativa Financiera
INSTITUTO NACIONAL DE PATRIMONIO CULTURAL
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. INPC-DAF-2020-0060-O, de 18 de junio de 2020, y al oficio INPC-INPC-2020-0761-O de 03 de julio de 2020, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con oficio Nro. INPC-DAF-2020-0060-O, de 18 de junio de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual la Mgs. Karina Fernanda Veloz Navas, en su calidad de Directora Administrativa Financiera del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, a través del cual informó que:

“(...) el 14 de noviembre del 2019, se suscribió el Contrato Nro. INPC-007-2019 con el Ing. Gonzalo Ramiro Peña Constante el contrato de obra ‘MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE ESPACIOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESERVA TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DE BIENES ARQUEOLÓGICOS Y O PALEONTOLÓGICO DEL INPC EN EL INMUEBLE DENOMINADO MEGAGRAF’

A la vez comunico que el Ministerio de Economía y Finanzas hasta la presente fecha no ha realizado el pago del anticipo del contrato y correspondiente pago de planillas por lo que el Ing. Gonzalo Peña, nos ha solicitado se le exima de la renovación de la pólizas de buen uso de anticipo y la de fiel cumplimiento. (...)

Y consulta: “(...) 1. ¿Debe el Contratista del Contrato Nro. INPC-007-2019 renovar la póliza entregada como garantía de Buen Uso del Anticipo hasta que se suscriba la respectiva Acta de Recepción Provisional, pese a que aún no se ha hecho el respectivo desembolso del anticipo?

2. ¿Debe el Contratista del Contrato Nro. INPC-007-2019 renovar la póliza entregada como garantía para el Fiel Cumplimiento del Contrato hasta que se suscriba la respectiva Acta de Recepción Definitiva, pese a que el contrato se encuentra suspendido en su ejecución por la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF

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

falta del desembolso del dinero por parte del Ministerio de Economía y Finanzas?

3. En caso de que el contratista no esté en la obligación de renovar las pólizas ¿a partir de qué momento el contratista debe presentar las nuevas garantías (Buen Uso del Anticipo y Fiel Cumplimiento del Contrato)?”.

Al documento en referencia, adjunta el memorando Nro. INPC-DAJ-2020-0225-M, de 15 de junio de 2020, suscrito por la Abg. Viviana Panchi Molina, en su calidad de Directora de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, a través del cual emitió el siguiente criterio jurídico:

“(…) En base a los antecedentes expuestos, esta Dirección considera que las póliza de buen uso del anticipo, al ser un requisito previo a la firma del contrato y del desembolso del anticipo, deben ser renovadas hasta la suscripción de la respectiva Acta de Recepción Provisional (Póliza de Buen Uso del Anticipo) y Acta de Recepción Definitiva (Póliza de Fiel Cumplimiento del Contrato) como la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado lo determinan; ya que, el contrato se encuentra vigente, a pesar de que se encuentre suspendida su ejecución por las razones antes descritas.

Sin embargo, esta Dirección de Asesoría Jurídica cree pertinente e imperioso que el Servicio Nacional de Contratación Pública, al ser el máximo órgano en temas de contratación pública en el Ecuador, emita su criterio al respecto de la conveniencia o no de la renovación de las pólizas presentadas como garantía por el Contratista del Contrato Nro. INPC-007-2019. (...)”

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, establecen 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 podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades, brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación 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, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

Resulta indispensable destacar que, en virtud de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF

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

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

En este orden de ideas, y con relación a su requerimiento me permito enfatizar que, **la atribución reglada [1] en el numeral 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública**, es decir que, es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación publicar el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

De la revisión de su solicitud de asesoría la misma versa sobre un caso específico y no sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública, por lo que la misma, implica juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante, no siendo competencia del SERCOP pronunciarse al respecto; sin perjuicio de aquello, este Servicio Nacional, dentro de sus competencias señala lo siguiente:

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública enlista a las entidades contratantes que deberán cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexa emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNCP.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé las siguientes tres garantías:

- Garantía de fiel cumplimiento,
- Garantía de buen uso del anticipo; y,
- Garantía técnica para ciertos bienes.

Las garantías que rinde un proveedor previo a la suscripción de un contrato dentro de un procedimiento de contratación pública, tiene como objetivo principal asegurar el cumplimiento del mismo, así como responder por las obligaciones contraídas a favor de terceros, ya sea la garantía de fiel cumplimiento del contrato o la garantía de buen uso del anticipo, cuyo objetivo de esta última es salvaguardar la adecuada utilización del anticipo que otorgue la entidad contratante; así también la garantía técnica que se requiere para dentro de los contratos para la adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, en concordancia con lo establecido en los artículos 74 ,75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF

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

En este sentido se ha de considerar que las garantías, se exigen dentro del procedimiento de contratación con la finalidad de salvaguardar los recursos públicos, toda vez que el contratista se encuentra en la obligación de cumplir con cada una de las cláusulas contractuales, haciéndose responsable de las obligaciones adquiridas, por lo tanto las garantías y las multas constituyen parte inherente dentro del proceso de contratación que permita velar por el cabal cumplimiento de todas las cláusulas contractuales integrantes.

Por lo tanto, las mismas deben cubrir las obligaciones que se encuentran avalando, pues así lo prevé el artículo 118 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece que las garantías serán devueltas una vez cumplido **todas** las obligaciones que avalan.

Cabe indicar que, la garantía de fiel cumplimiento deberá cubrir todas las obligaciones generadas por la suscripción de un contrato, la misma que deberá estar vigente hasta que se suscriba el acta de entrega recepción definitiva o única, para que proceda así su devolución.

Por su parte la garantía de buen uso del anticipo deberá cubrir el monto total del anticipo hasta que este sea devengado en su totalidad, circunstancia que deberá observar la entidad contratante. Es decir que, debe estar vigente esta garantía hasta que el proveedor haya devengado el anticipo y pueda proceder la entidad contratante a efectuar la devolución de la misma.

No está por demás establecer que, este Servicio Nacional, en apego de las facultades descritas en la norma, determinó mediante Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0012-C, de 16 de marzo de 2020, 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 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.

III. CONCLUSIÓN:

Conforme se desprende del análisis efectuado, las garantías se constituyen de forma independiente para cada contratación y las mismas deben asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran avalando, dependiendo de la naturaleza de cada una. Es así que, las garantías deben estar vigentes y por lo tanto, cubrir la obligación que avalan.

En este orden de ideas, el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que es de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, así como de los funcionarios que intervienen dentro de un procedimiento de contratación la debida aplicación de las normas legales previstas en materia de contratación pública durante



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0334-OF

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

sus etapas, preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución.

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 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 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] *“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-2020-1525-EXT

tg/mf