

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

Asunto: Absolución de consulta, en atención al oficio Nro. MSP-CZ4HVCB-2020-0247-O, suscrito por el Gerente del Hospital Provincial De Portoviejo Dr. Verdi Cevallos Balda, respecto a la Emergencia Sanitaria. (artículos 70, 80 y 92 de la LOSNCP)

Señora Doctora
Jenny Soraya Cedeño Macías
Gerente del Hospital Provincial de Portoviejo Dr. Verdi Cevallos Balda (E)
MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA
En su Despacho

De mi consideración:

En atención a su oficio Nro. MSP-CZ4HVCB-2020-0247-O, de 16 de julio de 2020, mediante el cual, la Dra. Jenny Soraya Cedeño Macías, en calidad de gerente, encargada del Hospital Provincial De Portoviejo “Dr. Verdi Cevallos Balda” , me permito manifestar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

Mediante oficio Nro. MSP-CZ4HVCB-2020-0247-O, de 16 de julio de 2020, la Gerente, encargada del Hospital Provincial De Portoviejo “Dr. Verdi Cevallos Balda”, solicita asesoría al Servicio Nacional de Contratación Pública, con las siguientes interrogantes:

“1.- Durante la emergencia sanitaria y el estado de excepción aun vigente por la pandemia del COVID-19, algunos contratistas no cumplieron con la entrega total objetos del contrato, durante el plazo establecidos en el mismos, o algunos se les finalizo las prorrogas otorgadas, y posterior a esto generarían multas, mismos contratistas que justifican su incumplimiento como causas de fuerza mayor o caso fortuito, acogiéndose a la emergencia sanitaria por la que estamos atravesando a nivel mundial; pueden acoger a la Resolución RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110, donde se suspenden los plazos y los términos, para el no cobro la multas, o de acuerdo a su asesoramiento que figura jurídica se establecería dentro de este proceso?”

2.- Algunos de los contratistas solicitaron al inicio de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19, la terminación de mutuo a cuerdo, acogiéndose a lo que establece el Art. 93 de LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, procedería en la actualidad realizar el acta de terminación por mutuo acuerdo?”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

Este Servicio Nacional, en ejercicio de la atribución reglada en el número 9 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, expidió la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en este cuerpo normativo establece que, para la solicitud de asesoría por parte de las entidades contratantes se dispondrán de requisitos, mismos que se detallan en el artículo 57 de la Codificación referida, para efectos de atender la Emergencia Sanitaria que concurre en el país, se da paso a absolver las preguntas de su representada, sin que ello, indique una actuación concreta a realizar por parte de su representada.

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, y, el Decreto Ejecutivo Nro. 1074, publicado en el Registro Oficial No. 225, de 16 de junio 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 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:

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

<https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/recomendaciones-y-disposiciones-por-la-emergencia-sanitaria/>.

Por lo que, con relación a su primera interrogante, a través del 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 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.

Se debe destacar 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:[1] *“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[2] “ (...) 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*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

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 (...)

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.

Se resalta que, la Resolución Nro. RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110, de 17 de marzo de 2020, emitida por al 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.

En atención a su segunda interrogante, 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 conexas 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.

En este contexto, el artículo 92 de la LOSNCP, prevé las formas de dar por terminado el contrato las mismas que se detalla a continuación:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
- 2. Por mutuo acuerdo de las partes;**
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

del mismo a pedido del contratista;

4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,

5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

La terminación por mutuo acuerdo que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé varios escenarios para que opere la misma y es que medie alguna circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, por la cual no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato. A través de esta forma de terminación de un contrato administrativo, las partes **podrán, por mutuo acuerdo**, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren la ejecución contractual.

La terminación por mutuo acuerdo no implica renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista. No obstante, la entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada[6] 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, 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.

No obstante, conforme se desprende del contenido del artículo 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deberá publicar en el Portal Institucional el acta entrega recepción o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato, particularidad que deberá observar su representada.

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,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

garantizando de esta forma que todos los actos ejecutados por la entidad contratante se apeguen conforme a derecho y sean notificadas al proveedor.

Se debe añadir que, la terminación por mutuo acuerdo que contempla la Ley es una facultad exclusiva y de entera responsabilidad de las partes intervinientes, puesto que para que proceda dicha terminación es necesario que las partes acuerden que se han suscitado circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, por la cual, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato. Por lo que, es responsabilidad de la entidad contratante conforme lo previsto en el artículo 99 de la LOSNCP, el determinar la viabilidad de una de las formas de terminación de un contrato conforme lo previsto en el artículo 92 de la Ley ibídem, constando la terminación por mutuo acuerdo, para lo cual la entidad contratante instrumentará el o los actos administrativos que estime convenientes para materializar la terminación del contrato.

Adicionalmente, cabe recalcar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 46, de 24 de junio de 2005, se denomina fuerza mayor o caso fortuito, al *“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”*; razón por la cual, debido a la Emergencia Sanitaria que concurre en todo el territorio nacional, el Presidente de la República ha decretado el Estado de Emergencia, y con ello, se adecua lo prescrito en líneas anteriores, concomitantemente su representada, podrá observar lo contemplado en el numeral 4 del artículo 94 de la LOSNCP, respecto a la Terminación de los contratos, en caso de requerirlo.

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 autorizada por el Director 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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0374-OF

Quito, D.M., 30 de julio de 2020

- [1] Roberto Dromi, Licitación Pública (Ciudad de Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Segunda Edición, Buenos Aires-Argentina, 1999) 583
- [2] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez y José Luis Aguilar, Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016), 424.
- [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] *“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. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-CZ4-2020-0877-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

fa/mf