

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2020

Ingeniero

Jorge Olivo Vega Muñoz

Remitir respuesta a correos electrónicos: municipio-patate@andinanet.net, bolopunguil75@hotmail.com y contralor@contraloria.gob.ec

De mi consideración:

En atención a su oficio S/N, de 12 de octubre de 2020, recibido en este Servicio Nacional el 16 de los mismos mes y año, mediante el cual, solicita asesoría referente a la siguiente consulta:

“(…) Es imperativo o no que se observe el tiempo que establece el Art. 69 de la LOSNCP, para la suscripción del contrato de obra una vez adjudicado la misma, tomando en cuenta el tiempo que se suspendió la atención al público por la pandemia covi19? (sic); así como no haber previsto contar con el título de propiedad del sitio en donde se ejecute la obra?. (…)”, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

1.- Mediante oficio Nro. 306-2020-GADMSCP-PSM, de 12 de octubre de 2020, suscrito por el doctor Manuel Eduardo Arguello Navarro, Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate, se emite criterio jurídico, en el cual expresó:

“(…) Con fecha 24 de diciembre de 2019, se dicta la Resolución Administrativa Nro. 034-A-GADMSCP-2019, por lo cual se autoriza el inicio de un proceso de contratación de Menor Cuantía, para la contratación de la obra denominada Proyecto de Construcción de Cubierta en el Barrio La Esperanza.

Luego del proceso respectivo con fecha con fecha (sic) 16 de enero del 2010 (sic), dicta la Resolución Administrativa Nro. 009-A-GADMSCP-2019, por la cual se Adjudica al Ing. Diego Fabián Iglesias Chariguaman, la ejecución de la obra Construcción de la Cubierta en el Barrio La Esperanza, Parroquia El Triunfo, por un monto de 48.509,86 dólares de América del Norte, más IVA.

Cuando se remite a la Dirección Jurídica, al realizar una revisión previo (sic), y se llega a establecer que la ejecución de la Obra habían planificado realizar en un terreno que no era propiedad del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial; ante esto se mantuvo dialogo con los propietarios del inmueble, quienes accedieron en entregar en donación este inmueble al Gobierno Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, iniciando los trámites tanto en la entidad Municipal, así como en la Notaría del cantón, luego las declaratoria de emergencia, de excepción, por lo cual las actividades en las entidades públicas paralizaron la atención al público; superada la misma con fecha 20 de agosto del 2020, se suscribe la escritura de donación del inmueble en donde se ejecutara la obra.

Con fecha 26 de agosto del 2020, se suscribe el contrato para la ejecución de la obra Construcción de la Cubierta en el Barrio La Esperanza, Parroquia el (sic) Triunfo, previa la presentación de la garantía correspondiente (renovación), aclarando que el contratista una vez adjudicado la obra, proceda a la obtención de la póliza de garantía (buen uso de anticipo con fecha 16 de enero del 2020).

La Dirección Financiera de la entidad, refiere que al haberse vencido el plazo para la entrega del anticipo, como es el establecido de treinta días, se debe ampliar el plazo, así procediendo a realizar un contrato Modificatorio, en el cual se establece un plazo adicional de quince días al fijado en el contrato; adicionalmente manifiesta que se debe consultar el SERCOP, por cuanto la fecha de adjudicación tiene 16 de enero y la firma del contrato 26 de agosto del 2020.

(…) **CONCLUSIÓN:**

Que no evidenciaron la propiedad del inmueble, previo al inicio del proceso;

Con la adjudicación se crea derecho al adjudicado;

El adjudicado ha obtenido la póliza de garantía del buen unos (sic) del anticipo;

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2020

Se ha suscrito la escritura de donación del inmueble a favor del GAD Municipal del cantón San Cristóbal de Patate;

La demora en la legalización del inmueble es debido a causas imputables a las suspensiones de laborar en las entidades pública (sic), más no al contratista;

El SERCOP, puede realizar observaciones en el proceso precontractual, más no una vez suscrito el contrato para la ejecución de la obra, competencia que le corresponde a la Contraloría General del Estado;(...).”

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, 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, el Servicio Nacional de Contratación Pública 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 y aplicación 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, 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 tanto la atribución reglada^[1] del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se enmarca exclusivamente a la asesoría en la normativa de contratación pública a las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la Ley ibídem, la cual conforme a la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias facultadas; al tenor de lo prescrito en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

El Servicio Nacional de Contratación Pública como ente rector de la contratación pública, en base a las atribuciones legales establecidas en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concordante con el artículo 6 de su Reglamento General, efectúa la supervisión y monitoreo de los procedimientos de contratación pública, emitiendo oficios con hallazgos por presuntas infracciones a la LOSNCP, su RGLOSNC y demás normativa expedida por el SERCOP, e inclusive recomendando se proceda a la declaratoria de desierto de cualquier procedimiento de contratación pública, antes de la adjudicación, por parte de la máxima autoridad o delegado de la entidad contratante quien es el único y exclusivo responsable del correcto cumplimiento de las disposiciones del marco normativo en materia de contratación pública.

Adicionalmente, se resalta que el Servicio Nacional de Contratación Pública es la entidad que informa a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa expedida por el SERCOP, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 de la LOSNCP.

2.1. Suscripción del Contrato.-

El artículo 6 número 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, define a la adjudicación como: “(...) el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.”; en correlación con lo expuesto, los artículos 32 de la LOSNCP y 24 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2020

Contratación Pública -RGLOSNC-), son determinantes al indicar que es la máxima autoridad de la entidad contratante la que adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.

Es preciso indicar que, el artículo 69 inciso primero de la LOSNCP, prescribe de forma imperativa que: **“Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista. (...)”** (Énfasis añadido), concordante con lo dispuesto en el artículo 113 inciso tercero del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNC[2].

Concomitante, el artículo 115 del RGLOSNC, establece que ante la falta de suscripción del contrato por la entidad contratante después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra.

Es trascendental indicar que las disposiciones antes citadas, disponen de forma obligatoria a **las entidades contratantes, contabilizar el término de quince (15) días para la suscripción del contrato posterior a la notificación de la resolución de adjudicación al oferente seleccionado**, notificación que en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 17 del RGLOSNC se entenderá realizada desde que la entidad contratante publique en el Portal COMPRASPUBLICAS administrado por el SERCOP, debiendo existir los registros informáticos correspondientes.

El efecto jurídico de no celebrar el contrato por parte del adjudicatario seleccionado ante causas imputables a sí mismo, trae consigo la declaratoria de adjudicatario fallido previsto en los artículos 35 de la LOSNCP y 114 del RGLOSNC.

En correlación, si la entidad contratante no suscribe el contrato en el término legalmente establecido, el oferente posee la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. **La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra.**

Concomitantemente, es menester señalar que las entidades contratantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 inciso tercero de la LOSNCP, actúan bajo su propia responsabilidad: **“(...) La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar (...)”**, (Énfasis añadido).

Adicionalmente este Servicio Nacional, emitió instrucciones secundarias impartidas sobre la emergencia sanitaria producto de la pandemia provocada por el virus COVID 19, a saber: las Resoluciones Externas Nros. RE-SERCOP-2020-0104, RE-SERCOP-2020-0105 y RE-SERCOP-2020-0106 de 23 de marzo, 06 de abril y 16 de julio 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; SERCOP-SERCOP-2020-0017-C, de 20 de abril de 2020; SERCOP-SERCOP-2020-0018-C, de 20 de mayo de 2020; y, SERCOP-SERCOP-2020-0018-C, de 20 de junio de 2020; mediante las cuales, se expidieron

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre 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/>

En el oficio circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0014-C, de 26 de marzo de 2020, se expresó:

*“(…) Es legal y procedente la utilización de la firma electrónica en todas las actuaciones realizadas en los procedimientos de contratación pública, de conformidad a lo prescrito en el numeral 26 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; el cual establece que: ‘[...] por escrito se entiende a un documento elaborado en **medios físicos o electrónicos**’; esto en concordancia con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley mencionada, que señala que: ‘Hasta cuando existan en el país empresas certificadoras de firma electrónica autorizadas por el organismo del Estado competente, el Servicio Nacional de Contratación Pública responsable de la administración del Portal COMPRASPUBLICAS, **tomará todas las medidas técnicas necesarias para que el uso de las herramientas informáticas que utilice, den seguridad a las transacciones que se efectúen de conformidad con esta Ley**’.*

En definitiva, las citadas disposiciones legales dejan abierta la posibilidad de que todos los documentos generados en el ciclo de un procedimiento de contratación pública puedan ser emitidos de forma digital y firmados de igual forma.

*(…) En virtud de los argumentos expuestos y, considerando la situación emergente en la que se encuentra atravesando el país, se reitera que **es obligación de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP, la implementación de la firma electrónica en los procedimientos de contratación pública**; la cual permitirá la apertura de una nueva vía de comunicación con los ciudadanos, de forma más ágil, a nivel organizativo, reducirá el tiempo de tramitación del procedimiento de contratación, y sobre todo garantizará la seguridad y precautelaré la salud de todos los ciudadanos.” (Énfasis dentro del texto).*

2.2. Título de propiedad del lugar donde se ejecutará la obra.-

Es preciso indicar que el artículo 23 primer y tercer inciso de LOSNCP, establece que **antes de iniciar un procedimiento precontractual**, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, **la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados**, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad, concomitantemente, **la máxima autoridad de la Entidad Contratante** y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, **tendrán responsabilidad** solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y **por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación**.

La Sección III “ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES” del Capítulo V “PROCEDIMIENTOS ESPECIALES” de la LOSNCP, establece la forma de adquirir bienes inmuebles, en el caso de ser **bienes inmuebles de propiedad privada, se lo efectuará a través de la expropiación** del mismo, siendo necesario: i) la declaratoria de utilidad y ii) negociación y precio.

El artículo 58.8. de la LOSNCP, establece que para la **transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público**, se la podrá realizar por compraventa, permuta, **donación**, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.

Los bienes de uso público no estarán sujetos a procesos expropiatorios; sin embargo se podrá transferir la propiedad, de mutuo acuerdo, entre instituciones públicas siempre que no se afecte la finalidad al uso o servicio público del bien.

Es preciso indicar que el Código Civil en su artículo 685 es enfático al determinar que el **dueño del terreno en**

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2020

que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título de la reivindicación, o de **obligar al que edificó, a pagarle el justo precio del terreno,** con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

III. CONCLUSIÓN.-

De acuerdo al particular comunicado por el GADM del Cantón San Cristóbal de Patate a este Servicio Nacional, la resolución de adjudicación fue expedida el 16 de enero de 2020 y publicada en el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador -SOCE- la misma fecha, previo al inicio de los decretos de estado de excepción y emergencia sanitaria; por lo que, la entidad contratante debía contabilizar obligatoriamente los quince (15) días término a partir de dicha fecha para suscribir el contrato en cumplimiento de lo determinado en el artículo 69 de la LOSNCP.

La entidad contratante en observancia del oficio circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0014-C, de 26 de marzo de 2020, y los artículos 10.1 y 24.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP se encuentra en la obligación de implementar el uso de firma electrónica para la suscripción de documentos por parte de la entidad contratante como de proveedores del Estado, derivados de un procedimiento de contratación pública, disposiciones normativas que fueron implementadas ante la emergencia sanitaria provocada por la pandemia ante el COVID 19.

Se resalta que previo al inicio de cualquier procedimiento de contratación pública, cualquiera sea su naturaleza, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados vinculados al Plan Anual de Contratación, debiendo contar con el título de propiedad del inmueble donde se ejecutará la obra, su incumplimiento acarea la responsabilidad de la máxima autoridad y funcionarios de la entidad contratante.

Este Servicio Nacional recalca que no es competente para analizar la legalidad de las actuaciones administrativas que son propias de las entidades contratantes al amparo de lo establecido en el artículo 99 de la LOSNCP. Cabe recordar, que el cumplimiento de la normativa es una obligación que compete tanto a la entidad contratante como al contratista, y en el evento de su inobservancia deberán responder conforme lo determina la referida disposición legal, y, en virtud de las atribuciones conferidas a este Servicio, consta la facultad de supervisar, monitorear y controlar el Sistema Nacional de Contratación Pública, incluyendo la potestad de emitir alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, así como, notificar a los órganos de control sobre la presunción de elusión a la normativa legal que rige los procedimientos de contratación pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de Ley referida.

El incumplimiento a las disposiciones contenidas en la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, tiene como consecuencia jurídica la determinada en la Disposición General Primera de la LOSNCP que prescribe: **“PRIMERA.- INFRACCIONES A LA LEY.- Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días.”** (Énfasis añadido).

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 la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 14 de la Resolución Nro. R.I.-SERCOP-2018-0000459, de 20

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0534-OF

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2020

de noviembre de 2018, reformado por el artículo 5 de la Resolución Nro. R.I.-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, mismas que se encuentran publicadas 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), pág. 438.

[2] El artículo 113 inciso tercero del RGLOSNCOP, establece: “(...) Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación. (...)” (Énfasis añadido).

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-11380-EXT

Copia:

Señor Abogado
Andrés Ecuador Loor Moreira
Coordinador Técnico de Control

Señora
Carmen Mireya Sanmartin Prado
Asistente de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Javier Dario Guaman Pinchao
Analista de Normativa 2

jg/mf