

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

Asunto: Absolución de Consulta, contenida en oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00728-OF, suscrito por la Ministra de Educación, con relación a la ejecución de órdenes de compra para la adquisición de raciones de alimentación escolar.

Señora Máster
María Monserrat Creamer Guillén
Ministra de Educación
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00728-OF, de 23 de julio de 2020, recibido por este Servicio Nacional la misma fecha, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00728-OF, de 23 de julio de 2020, dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual la señora María Monserrat Creamer Guillén, en su calidad de Ministra de Educación, consultó:

“(…)¿En el marco del estado de excepción y con los antecedentes fácticos emitidos en este informe, en consideración al artículo 30 del Código Civil, es viable la recepción de alimentación escolar con período de caducidad mínimo de 45 días contabilizados desde su entrega en las instituciones educativas, bajo la responsabilidad de esta Cartera de Estado, respecto a la vigencia del producto tanto en su distribución como en su consumo, con la finalidad de que las raciones alimenticias producidas por los proveedores del Programa de Alimentación Escolar, no caduque y pueda ser distribuida actualmente, dentro de la Décimo Cuarta Orden de Compra, a los estudiantes del sostenimiento público y fiscomisional? (...)”

Al documento en referencia, adjunta el informe jurídico sin número, y sin firmas, de 23 de julio de 2020, revisado y aprobado por Sofía Andrade, en calidad de Director Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria, y Leonardo Moncayo en calidad Coordinador General de Asesoría Jurídica (E) a través del cual emiten criterio jurídico en los siguientes términos:

“(…) V. PRONUNCIAMIENTO

Sobre la base de la información entregada y el ‘Criterio Técnico para la Solicitud de Criterio Jurídico Alimentación Escolares’, elaborado por la Administradora de la Décimo Cuarta Orden de Compra, es criterio de la Coordinación General de Asesoría Jurídica y su

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

Dirección Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria, que de acuerdo a los Convenios Marco y el Manual de Operaciones y Logística la entrega de las raciones alimenticias por parte de los proveedores al Ministerio de Educación tienen un periodo mínimo de caducidad no menor a 90 días.

Por otro lado, al encontrarse las Órdenes de Compra en etapa de ejecución, le corresponde al 'Administrador del Contrato' determinar la procedencia o no de recibir las raciones alimenticias en un tiempo menor a 90 días, al ser la persona encargada de velar por el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo de acuerdo a lo establecido en la LOSNCP, y en su Reglamento General, considerando la emergencia decretada por el Covid-19. (...)"

Sobre el particular me permito señalar lo siguiente:

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad al principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, que 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 -SERCOP, 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 este, 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.

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

La atribución reglada[1] en el número 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.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

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 Servicio Nacional de Contratación Pública, en su calidad de ente rector de la contratación pública, tiene bajo su responsabilidad la administración del catálogo de bienes y servicios, los mismos que constituyen un mecanismo a través del cual las entidades contratantes descritas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, pueden acceder a los productos que se encuentran dentro de este catálogo electrónico.

Esta apreciación es efectuada, en razón que el “Catálogo Electrónico”, es una tienda virtual, a través del cual los proveedores que cumplen con ciertos parámetros dentro de un procedimiento de selección, suscriben un **Convenio Marco** con el SERCOP. Este Servicio al ser el administrador del “catálogo electrónico de alimentación escolar”[2], llevó a cabo de forma conjunta con los miembros del Comité Interinstitucional de Alimentación Escolar, el procedimiento de Subasta Inversa Corporativa de Alimentación Escolar -SICAE-, a través de la cual se suscribió Convenios Marco con los proveedores ganadores, con la finalidad que estos proveedores oferten sus las raciones alimenticias para los estudiantes de Educación Inicial, Educación General Básica y Bachillerato de las unidades educativas del Milenio del Sistema Público de Educación y estos puedan ser adquiridos de forma directa a través del catálogo electrónico.

El Convenio Marco, constituye un contrato administrativo mediante el cual se establecen las condiciones generales a observar por un lado de los proveedores a ser catalogados y por otro lado de las entidades contratantes quienes generan las órdenes de compra, por lo que dentro, de las cláusulas relevantes se encuentra la siguiente:

“(…) **DÉCIMA OCTAVA: RECEPCIÓN.** –

‘EL CONTRATISTA’, deberá entregar las raciones alimenticias con una fecha de vencimiento mínimo de 90 días al momento de la entrega recepción por parte de la entidad contratante; a excepción de aquellos productos que por su naturaleza se degraden. Las raciones alimenticias siempre deberán entregarse en las instituciones de educación indicando por la entidad contratante generadora de la orden de compra en la orden de entrega, cumpliendo las normas de buenas prácticas de almacenamiento, transporte y distribución de alimentos. (...)’ (El énfasis y subrayado me corresponden).

Cláusula dentro de la cual de forma clara y expresa se detalla las condiciones bajo las cuales deberá proceder la recepción de las raciones alimenticias, siendo obligación del contratista entregarlas con una fecha de vencimiento mínimo de 90 días al momento de la entrega recepción por parte de la entidad contratante.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

Es el caso que el Ministerio de Educación, efectuó una **orden de compra** de conformidad con lo señalado en la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, en su artículo 218 manifiesta: “(...) **A las órdenes de compra se le aplicarán las mismas disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, relacionado a contratos en lo que fuese aplicable.** (...)” (El énfasis me corresponde) Es así que la orden de compra constituye un contrato administrativo independiente al Convenio Marco.

En este sentido, el tratadista Arce Mazón señala que: “*La figura jurídica del contrato o negocio en el que interviene una pluralidad de sujetos, es el instrumento técnico frecuentemente utilizado para la ejecución de prestaciones de contenido patrimonial o económico, en las relaciones de alteridad que provoca la naturaleza social del hombre*”. [3]

En ese contexto, la etimología del contrato proviene de dos términos “cum” y “traho”, que quiere decir venir en uno, indica una idea de acuerdo o convención bilateral. El contrato es una figura jurídica que se entiende como ese acuerdo de voluntades generadora o creadora de derechos y obligaciones. [4] Así también, la Procuraduría General del Estado ha señalado lo siguiente: “(...) *el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, lo cual obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la Ley o la costumbre pertenecen a ella.* (...)” [5].

Ahora bien, y con relación a la consulta efectuada por parte del Ministerio de Educación, me permito señalar que los números 2 y 25 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconocen y garantizan a las personas:

“(...) 2. *El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios* (...) 25. *El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características* (...)”.

En este contexto, las entidades contratantes utilizan los distintos procedimientos de contratación pública, para prestar servicios públicos y garantizar los derechos constitucionales de las personas; materializando de esta manera el cumplimiento de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el fin de garantizar el acceso a bienes, obras y servicios requeridos por la población, en correlación con lo previsto en el número 7 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “**los ciudadanos tienen el deber y la responsabilidad de anteponer el interés general sobre el particular**”.

Así mismo, 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 el artículo 9 y 60 de la Ley Orgánica del

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

Sistema Nacional de Contratación Pública, pues el fin de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del objeto contractual, garantizando así la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de las necesidad pública. Por lo que, en apego de las facultades descritas en la norma, este Servicio 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**.

Bajo lo cual, 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, 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.[6], 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[7]para un adecuado control.

Ello conlleva a sopesar que la ejecución contractual, a causa de la pandemia, modifica las condiciones inicialmente pactadas respecto a la producción de bienes y servicios; sin embargo, el contrato debe cumplir el objetivo para el cual fue pactado; vale decir, proporcionar alimentación sana, nutritiva, y de calidad a los estudiantes escolares ecuatorianos. El MINEDUC en su consulta señala que la variación de las condiciones en la prestación de la obligación de la contratista está en el periodo de caducidad, de 90 a 45 días, y que además será esta cartera de Estado la que se responsabiliza en que tanto la distribución como el consumo de las raciones alimenticias se la haga en el periodo de validez alimentaria.

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 asegurar cumplimiento efectivo del objeto contractual y la aplicación efectiva de las normas contractuales, asegurando el equilibrio de las partes a través de 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.

III. CONCLUSIÓN:

En el Convenio Marco suscrito por los diferentes proveedores que participaron y resultaron

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

ganadores de la Subasta Inversa Corporativa de Alimentación Escolar, se establecen cláusulas generales a observar para la ejecución del mismo; mas, en la orden de compra, constan las condiciones específicas requeridas por la entidad contratante y al ser un contrato administrativo corresponde aplicar la LOSNCP, su reglamento general y normativa conexas; por lo que, es facultad del Administrador de la Orden de Compra conforme las atribuciones regladas de Ley, al encontrarnos en un estado de excepción por la emergencia sanitaria que agobia al país observar lo establecido en el artículo 30 del Código Civil, para lo cual, podrá recibir las raciones alimenticias escolares con período de caducidad de 45 días contabilizados desde su entrega en las instituciones educativas, siempre y cuando las mismas cumplan con el objetivo de la contratación, es decir, la provisión de raciones alimenticias para los estudiantes de educación inicial, educación general básica y bachillerato de las unidades educativas del milenio del sistema público de educación; sin perjuicio de lo expuesto, el aprovisionamiento de estos alimentos deberá ser receptados y consumidos por parte de los beneficiarios (estudiantes), antes de su fecha de caducidad, con la finalidad de salvaguardar los principios y derechos Constitucionales y seguridad alimentaria, que prevé el acceso a alimentos suficientes, seguros y nutritivos.

El SERCOP señala que conforme lo ha expresado el MINEDUC, corresponde a dicha Cartera de Estado asegurar que el consumo de los alimentos se lo haga en el periodo de vida útil, asunto que es de su entera responsabilidad.

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.

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.

[2] Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, expedida mediante Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016. Artículo 2, número 6. *“Catálogo Electrónico de Alimentación Escolar.- Registro de raciones alimenticias normalizadas y sus proveedores, publicados en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública para su contratación directa en virtud de la ejecución de un Convenio Marco.”*.



Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0574-OF

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

[3] Arce Mazón, Luis. *La contratación en las corporaciones locales*. (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1968), p 11

[4] Roberto Dromi. *Tratado de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998), p. 19-20.

[5] Procuraduría General del Estado. oficio No. 01992. Pág. 2.

[6] “*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.

[7] Norma de Control Interno No. 408-17, emitida por la Contraloría General del Estado.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dr. Juan Aguirre Ribadeneira
DIRECTOR GENERAL

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-1954-EXT

tg/mf/dv