

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0800-OF

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

Asunto: Absolución a consulta de oficio Nro. 10723 a PGE, respecto a la nulidad de la orden de compra que se constituye en un contrato (artículos 43, 44 y 69 de la LOSNCP, artículos 31, 43 y 80 del RGLOSNC y el artículo 218 de la Codificación)

Señor Doctor
Íñigo Francisco Alberto Salvador Crespo
Procurador General Del Estado
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Doctora
Ana María Rosero Rivas
Directora Nacional de Consultoría
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho

De mi consideración:

En atención a los oficios Nro. 10723 de 21 de octubre de 2020 y 10980 del 10 de noviembre de 2020, mediante los cuales traslada a este Servicio la solicitud de absolución de consulta de la Empresa Pública Tecnológica de la Universidad Nacional de Chimborazo UNACH TEC; al respecto, es menester señalar lo siguiente:

I. Antecedentes.-

Mediante oficio Nro. EP.TEC-UNACH-2020-0105-GG-SR-O de 19 de octubre de 2020, el economista Santiago Rivera, Gerente General de la Empresa Pública Tecnológica de la Universidad Nacional de Chimborazo, formuló al Procurador General del Estado las siguientes consultas:

“(…)“ a. ¿ Si en la etapa precontractual, no se cumplió con: 1) la verificación producto en el Catálogo Electrónico establecido en el artículo 46 de la LOSNCP; 2) la formulación del PAC según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley citada; y, 3) la obligatoriedad de contar con una certificación presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación conforme el artículo 24 ibídem; esta situación se configura omisiones a solemnidades o procedimientos legalmente establecidos?

b. ¿Conforme el número 2 del artículo 65 de la LOSNCP, la falta de cumplimiento de requisitos legales en la etapa precontractual, tales como la verificación previa en el catálogo electrónico, formulación del PAC; y, la obligatoriedad de contar con una certificación presupuestaria; se configura en una causal de nulidad de la orden de compra?

c. Tomando en consideración que la omisión de requisitos en la etapa precontractual, configuraría una posible nulidad de la orden de compra y que, esta situación impediría proceder con el pago, en virtud de que existiría asuntos pendientes que resolverse en sede judicial por autoridad competente; ¿con la única finalidad de garantizar el ejercicio del Derecho constitucional al trabajo, es posible cumplir la obligación generada por la entrega efectiva de bienes a través de la figura excepcional del convenio de pago?” (...).”

II. Análisis jurídico y pronunciamiento.-

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0800-OF

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

De conformidad con el principio de juridicidad (artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo), en lo relativo a la contratación pública, las instituciones del Estado se regirán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, su Reglamento General, así como, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP.

Una vez que la entidad contratante determinada en el artículo 1 de la LOSNCP, haya generado la orden de compra y sea formalizada con el proveedor, ésta se constituye en un contrato administrativo, al tenor del artículo 60 de la Ley ibídem, y al amparo del 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”*.

De conformidad con los artículos 43, 44 y 69 de la LOSNCP, así como los artículos 31, 43 y 80 del RGLOSNCP y los artículos 218 (Catálogo General) y 261 (Catálogo Inclusivo) de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, las órdenes de compra generadas directamente por la entidad contratante a través del Catálogo Electrónico, constituyen contratos autónomos e independientes que poseen vida jurídica por sí mismas; 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, relacionadas a contratos.

En este contexto, corresponde diferenciar al **convenio marco** que celebra el SERCOP con el proveedor seleccionado, de las **órdenes de compra** que celebra la entidad contratante con el proveedor catalogado. En el primer caso, conforme el número 9 del artículo 6 y artículo 43 de la LOSNCP, el convenio marco es el contrato administrativo de carácter general que nace de un procedimiento de selección que lleva a cabo el SERCOP, con el fin de seleccionar a proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el Catálogo Electrónico, con la finalidad de ser adquiridos o contratados de manera directa por las entidades contratantes. El convenio marco tiene por característica que no genera contraprestación directa con el proveedor, pues el objeto del mismo es que se encuentre su producto, bien o servicio catalogado en la tienda virtual denominada “Catálogo Electrónico”; y en ese sentido, no genera obligación pecuniaria alguna, por ello es su naturaleza general.

Por su parte, la orden de compra, en cambio es el contrato administrativo que nace producto de un procedimiento dinámico de contratación pública, que resulta de las compras por catálogo del artículo 46 de la LOSNCP y 43 de su Reglamento General, en el que debe cumplir con todas las formalidades o normas comunes de todos los procedimientos de contratación pública, en las fases preparatoria, precontractual, contractual, y de evaluación o post contractual conforme el artículo 36 de la Ley ibídem. Esta orden es una relación de compra-venta entre la entidad y el proveedor, por tanto si tiene una obligación pecuniaria y específica.

Es así que, tanto los intervinientes, como la naturaleza, el procedimiento, y las obligaciones del convenio marco como de la orden de compra, difieren sustancialmente y genera que ambas sean independientes y subsistan por sí mismas; con la consideración que, al ser la orden de compra un contrato producto del procedimiento de compra por catálogo, la entidad contratante debe aplicar lo dispuesto en el Título III, Capítulo I, “Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública”, Sección I de la LOSNCP, con énfasis especial de los artículos 22, 23 y 24 de la misma Ley, esto es antes de iniciar un procedimiento precontractual deberá verificar el Plan Anual de

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0800-OF

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

Contratación –PAC-, elaborar los estudios y contar con la certificación presupuestaria.

Cabe enfatizar que, la elaboración de manera diligente de estudios completos y definitivos permitirá la determinación precisa del objeto de la contratación que la entidad pretende realizar, es decir es el sustento para delimitar con claridad que desea la entidad[1], para que de esta manera pueda iniciar un procedimiento precontractual regulado por LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa que emita para el efecto el SERCOP. Así mismo, la entidad contratante al poseer la obligación expresa de contar con los estudios completos, definitivos y actualizados, así como las especificaciones técnicas, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes, estas deberán estar vinculadas al Plan Anual de Contratación –PAC, por lo que resulta imperativo el certificar que la contratación se encuentra contemplada en el PAC, al tenor de prescrito en los artículo 22 y 23 de la LOSNCP, y artículo 25 de su Reglamento General.

Cabe considerar además que, de los estudios nacen las especificaciones generales y técnicas del objeto contractual, precepto con el cual se obtiene el presupuesto referencial, requisito *sine qua non* para certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación, al amparo de lo determinado en el artículo 24 de la LOSNCP y 27 de su Reglamento General.

Por consiguiente, bajo la finalidad que persigue la normativa de contratación pública, la regulación debe ser analizada desde la óptima de la consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada[2], para que se garantice de esta manera la ejecución contractual, misma que se logra al atender con especial interés la fase preparatoria y precontractual del procedimiento; por lo cual, es indispensable que se cumpla con las solemnidades sustanciales de los artículos 22, 23, 24 y 46 de la LOSNCP, pues caso contrario su incumplimiento acarreará la responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante o de su delegado, así como de los funcionarios que debieron cumplir con la normativa de contratación pública, al responder por el perjuicio que pudiera devenir de su actuaciones, sanción que puede ser administrativa, civil o penal.

Luego del análisis efectuado sobre la naturaleza de la orden de compra y la aplicabilidad de los requisitos previos a cualquier contrato, se debe añadir que las normas de ejecución contractual también le son aplicables a la orden de compra; por lo que, las regulaciones de los artículos 64 (contratos celebrados contra expresa prohibición) y 65 (nulidad del contrato) son plenamente aplicables a las órdenes de compra, y en ese sentido corresponde a la entidad contratante o a la autoridad de control determinar si se ha incurrido en alguna de las situaciones previstas en estos artículos. Esto provocará que, previo al procedimiento establecido, sea de terminación unilateral del contrato (art. 64) o demandar la nulidad del contrato (art. 65), el contrato finalice y genere los efectos jurídicos que le corresponde a cualquiera de estos casos. Es decir que es una obligación de la entidad contratante definir en qué situación se encuentra su contrato y por tanto tomar las acciones correspondientes.

Finalmente, se debe enfatizar que no corresponde a la naturaleza de esta consulta determinar si una entidad puede *cumplir con la obligación generada por la entrega efectiva de bienes a través de la figura excepcional del convenio de pago*, ya que este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender una entidad contratante 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 determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0800-OF

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

Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011) 148.

[2] Sonia Rodríguez Campos, Coordinadora, *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, (Marcial Pons, Madrid, 2016) 23.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Econ. Laura Silvana Vallejo Páez

DIRECTORA GENERAL

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-11657-EXT

Copia:

Señor Abogado
Stalin Santiago Andino González
Coordinador General de Asesoría Jurídica

Señor Doctor
Gustavo Alejandro Araujo Rocha
Subdirector General

aa/mf/sa/ga