

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF

Quito, D.M., 07 de junio de 2021

Asunto: Absolución a consulta respecto a multas y mora (artículo 71 de la LOSNCP y artículo 1568 del Código Civil) a la ESPOCH referente al oficio 0037R.ESPOCHO.2021

Señor Doctor
Byron Ernesto Vaca Barahona
Procuraduria@epoch.edu.ec

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 0037R.ESPOCHO.2021, de 19 de febrero de 2021, mediante el cual, consulta a este Servicio sobre la interposición de multas; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. Antecedentes:

Mediante oficio Nro. 37-NL-ESPOCH-2020, de 21 de diciembre de 2020, el abogado Nelson López Jácome y la doctora Carola Silva, abogado externo y analista de contratación pública de la ESPOCH, remitieron su criterio jurídico, al tenor de lo siguiente:

“(...) Por otro lado, la Cláusula Octava de las Condiciones Particulares del Contrato de Obra No. 003-DJ-ESPOCH-19, manifiesta: “8.7. Las multas impuestas no serán revisadas ni devueltas por ningún concepto. Si la Contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones, no podrá aplicar multa alguna al Contratista, por así disponerlo el Artículo 1568 del Código Civil”.

En concordancia por lo manifestado en líneas anteriores, debo manifestar que existe pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, quienes determinan que cuando la entidad contratante está en mora no proceden el cobro de multas OF. PGE. N°: 00400, de 11-01-2011, sin perjuicio de las responsabilidades que, de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría interna de la Institución o de la Contraloría General del Estado (...)

Por lo tanto, y dando respuesta a lo solicitado por la Arquitecta Irina Tinoco, quien solicita se determine, si la acción realizada por la Administración de contrato en la aplicación de la multa conforme los Artículos 95 y 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), la Cláusula Octava de las Condiciones particulares del Contrato de obra y lo establecido por el equipo de fiscalización, se encuentra enmarcado en el ordenamiento jurídico para este caso; al respecto debo manifestar que, en base a las atribuciones y responsabilidades que la LOSNCP, y su Reglamento General de Aplicación, al Administrador del contrato, éstos cuerpos normativos le otorgan competencias exclusivas e indelegables, cuyo análisis legal se lo realizó en párrafos precedentes, entre ellas, vigilar el cabal cumplimiento del contrato y aplicar las multas sobre la base de la determinación efectuada por el fiscalizador. En el presente caso deberá verificarse si al momento de la imposición de multas al contratista Ingeniero Roberto Quito, la institución incumplió con sus obligaciones de pago y de ser este el caso, se deberá acatar lo dispuesto tanto en la Cláusula Octava de las Condiciones particulares el contrato como en el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado, mismos que son de carácter vinculante. (...)

Por su parte, mediante oficio Nro. 0037R.ESPOCHO.2021, de 19 de febrero de 2021, el ingeniero Byron Vaca Barahona, PhD, Rector de la ESPOCH, solicita a este Servicio se absuelva la siguiente consulta:

“(...) Con estos antecedentes; y una vez que se ha puesto en su conocimiento, los hechos técnicos, económicos y jurídicos presentes al momento de la aplicación de la multa por parte de la Administradora del Contrato de Obra No. 003-DJ-ESPOCH-19; solicito a usted, se determine si la aplicación de la multa dispuesta por la Administradora del contrato, en atención a lo solicitado desde la fiscalización, se encuentra enmarcado en el ordenamiento jurídico aplicable para este caso? en virtud de que, se evidencia que el anticipo aun no ha sido amortizado; y, por otro lado existe a esas fechas mora por parte de la institución en el pago de planillas, por falta de disponibilidad presupuestarias por cambio de ejercicio fiscal, evidenciándose un conflicto en la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF

Quito, D.M., 07 de junio de 2021

aplicación de la normativa legal vigente expuesta en este documento para la aplicación o no de multas al contratista. (...)”.

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, 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

Este Servicio, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, posee entre sus facultades expresamente determinadas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) y artículo 6 de su Reglamento General, el brindar asesoramiento a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante SNCP), entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del SNCP, 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.

Ahora bien, respecto a su interrogante, es menester señalar que dentro de todo contrato celebrado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado deberán designar un administrador del contrato que conforme lo disponen los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, tiene entre sus obligaciones, la de 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 e imponer multas y sanciones que hubieren lugar, siendo imprescindible en la contratación pública, la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.

En este sentido, al verificarse algún incumplimiento, retraso o inexactitud dentro de la ejecución contractual por parte del contratista, es responsabilidad del administrador del contrato tomar las medidas necesarias que permitan viabilizar la ejecución correcta del contrato, y en caso de así considerarlo proceder con lo determinado en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante LOSNCP, que prevé como **una cláusula obligatoria** dentro de los contratos sometidos a esta Ley el establecimiento de multas, disposición que en caso de incumplimiento genera la respectiva responsabilidad de la entidad conforme el artículo 99 de la LOSNCP.

Cabe señalar que la cláusula de multas, se encuentra prevista en la normativa por el reconocimiento del poder de *imperium* de la administración pública a través de sus cláusulas exorbitantes, que le permite asegurar la finalidad pública y con ello el interés general al evitar incumplimientos contractuales, análisis que ha sido abordado por la doctrina que, para efecto define a las multas como: “(...) *aquellas que ponen de manifiesto el conocimiento de poderes excepcionales de la Administración, que le permite asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato (...)* Este tipo de cláusulas son propias del derecho público, y son inusuales en el derecho privado, pues su inclusión acarrearía la nulidad del contrato. Permiten a la Entidad Estatal el control excepcional del contrato (...) en virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, como por ejemplo: terminar unilateralmente el contrato, imponer sanciones, dar directrices al contratista, etc. (...)”¹¹¹.

Con relación a la naturaleza y el objetivo de las multas la Procuraduría General del Estado, determinó que: “(...) *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.*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF

Quito, D.M., 07 de junio de 2021

Sirve también como una advertencia al Contratista de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no se concretan en la realidad y que debe preparar alternativas para el evento en que el contratista persista en sus retardos. Por ello, cuando el contratista no corrige su proceder, la entidad contratante debe analizar el grado de incumplimiento del contratista en relación con la etapa específica de ejecución del contrato, a efectos de adoptar las decisiones más convenientes para el interés público e institucional (...)[2]. (Lo subrayado me pertenece)

Adicionalmente, se emitió el oficio No. 01379, con el cual la Procuraduría General del Estado, señaló que: “(...) de conformidad con el segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el incumplimiento de obligaciones contractuales da lugar a la imposición de multas (...)”[3].

Una vez considerado la naturaleza de la multa prevista en el artículo 71 de la LOSNCP, es indispensable señalar el evento, en el cual, producto de los incumplimientos del contrato no sean únicamente imputables al contratista para que sea merecedor de la imposición de multas, sino también a la entidad por incumplir el mismo contrato. Es por ello, que cuando se encuentre en incumplimiento la entidad contratante de sus obligaciones contractuales, como lo es el pago oportuno por la prestación del servicio, adquisición de bien, o ejecución de obra, se encuentra las causales previstas en el artículo 96 de la LOSNCP, para que sea terminado el contrato.

No obstante, cabe aclarar que en ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad, de conformidad con el mismo artículo 96 ibídem.

Por lo que, corresponde abarcar sobre la situación de mora de la entidad contratante por la falta de pago al contratista, y a su vez el contratista incumple el contrato, sobre este particular, al ser un tema excepcional, resulta preponderante se analice al amparo de la situación particular en concordancia con los principios y objetivos del SNCP.

Como primer punto, el contrato administrativo una vez celebrado genera derechos y obligaciones que se constituyen al amparo de lo establecido en el Código Civil en su artículo 1561 que dice: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Asimismo, debe entenderse que dentro de los contratos existe un plazo de ejecución de los mismos, que al tenor 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.

Sin perjuicio de aquello, en el evento de que exista morosidad en el cumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la entidad contratante, de ser reconocida por ésta, es pertinente tener en cuenta el axioma jurídico de que: “*la mora purga la mora*”, contenido en el artículo 1568 del Código Civil, que dispone que: “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”, situación reconocida por la misma Procuraduría General del Estado[4].

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF

Quito, D.M., 07 de junio de 2021

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, asegurando el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública y subsidiariamente demás aplicables en casos particulares; 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.

Bajo lo manifestado, la entidad contratante al imponer una sanción como lo constituye la imposición de multas al contratista, debe ceñirse a las disposiciones de la LOSNCP, tanto el artículo 71 de la LOSNCP antes de la reforma señalada *ut supra*, así como con los principios de contratación pública tales como el trato justo, igualdad y legalidad entre otros, descritos en los artículos 4 y 5 de la LOSNCP, y el principio de proporcionalidad dispuesto en el artículo 76 números 5 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, debido a que la normativa de contratación pública garantiza la debida ejecución del contrato al satisfacer los intereses públicos en armonía con el cumplimiento efectivo de las normas contractuales.

Por consiguiente, a efectos de realizar el cobro de las multas impuestas al contratista, la entidad contratante deberá garantizar el cumplimiento de los principios de proporcionalidad[5] y razonabilidad; así como los principios determinados en los artículos 4 y 5 de la LOSNCP, al aplicar lo más favorable al administrado frente a la imposición de una sanción; además, deberá tener en cuenta que, de conformidad al artículo 66 del Reglamento General a la LOSNCP, el contrato se regula supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables.

III. Conclusión:

Las multas constituyen un mecanismo a través del cual la entidad contratante apremia al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto, la determinación de las multas se realizará de conformidad a lo previsto en el artículo 71 de la LOSNCP, en la que de forma expresa disponen que serán impuestas por el retardo en la ejecución e incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, y estas sanciones deben estar expresamente descritas en el contrato.

Así mismo, se determina que en caso de mora de pago de la entidad contratante al contratista, siempre y cuando se reconozca la misma, es pertinente considerar por parte de la entidad el artículo 1568 del Código Civil, que dispone que: *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*, misma que deberá ser analizada por el administrador del contrato, toda vez que es el encargado de la correcta diligencia del contrato, y esto radica en aplicar las disposiciones del SNCP y del ordenamiento jurídico, a más de las cláusulas contractuales previstas con el fin de garantizar el cabal cumplimiento contractual que garantiza el fin público.

Bajo lo cual, corresponde a la entidad contratante observar los principios constitucionales como lo son legalidad, proporcionalidad y de la razonabilidad[6] en la interposición de multas, así como verificar que la entidad se encuentre en mora, situaciones que se deberán analizar conforme el artículo 99 de la LOSNCP, puesto que toda actuación que decida la entidad contratante será responsabilidad de la misma y de sus servidores públicos; por lo que, la misma debe ser motivada.

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 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 Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Interna Nro. R.I.-SERCOP-2018-0000459^[7], publicada en el Registro Oficial Nro. 392, de 20 de diciembre de 2018.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF

Quito, D.M., 07 de junio de 2021

Particular que comunico para los fines pertinentes.

-
- [1] William López, *Tratado de Contratación Pública*, (Segunda Edición. Quito-2011) 110-111.
[2] Procuraduría General del Estado. Oficio No. 16251, de 31 de agosto de 2010.
[3] Procuraduría General del Estado. Oficio No. 01379, de 07 de noviembre de 2018.
[4] Ecuador, Procuraduría General del Estado, Oficio Nro. 12208 de 22-09-2017.
[5] Artículo 76 números 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículo 16 del Código Orgánico Administrativo.
[6] Procuraduría General del Estado. Oficio Nos. 12902 y 02350, de 12 de marzo de 2010 y 17 de junio de 2011.
[7] Rearmado por el artículo 2 de la Resolución Interna No. R.I.-SERCOP-2019-000003, de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada Registro Oficial 464, de 09 de abril del 2019.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-DGDA-2021-1800-EXT

Copia:
Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

aa/mm