

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF

Quito, D.M., 05 de julio de 2021

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, respecto a la aplicación de diferencia en cantidades de obra, artículo 88 LOSNCP, solicitado por la Administradora Zonal La Delicia, mediante oficio No. GADDMQ-AZLD-2021-1857-O.

Administradora Zonal la Delicia
Maria Eugenia Pinos Silva
Correo electrónico: ximena.angulo@quito.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio No. GADDMQ-AZLD-2021-1857-O de 03 de mayo de 2021, suscrito por la Administradora Zonal La Delicia, mediante el cual solicita a este Servicio Nacional, el pronunciamiento sobre:

"[...] Se intermedie a favor de la veracidad de la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 358 de la Resolución RE-SERCOP-2016-072, del 31 de agosto del 2016, en razón de aclarar si la diferencia en cantidades de obra, establecida en la Ley (5% del valor del contrato principal), y autorizada para cancelar sin necesidad de contrato complementario, incluye los incrementos y decrementos de las cantidades de obra, o únicamente, los incrementos; y , de incluirse únicamente los incrementos, se aclare el procedimiento para celebrar contratos complementarios, sin haberse ejecutado el 100% del valor contractual."

Al respecto, cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTES:

Junto a su pedido, han llegado como anexos, los siguientes memorandos, que son el antecedente, a nuestra respuesta:

Con memorando No. DJ-2021-079, de 26 de abril de 2021, el Director Jurídico AZLD, emitió su pronunciamiento en el que concluyo lo siguiente:

"[...] No es necesario la suscripción de contrato complementario si la diferencia en cantidades de obra, no supere el 5% del valor del contrato principal, ya que al establecer matemáticamente las diferencias reales (incrementos vs decrementos) de rubros, se realiza la compensación de estos y al sumar y restar no sobrepasa el valor total del contrato. Por otra para la celebración de un contrato complementario deberá ceñirse a lo establecido en el Art. 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual determina que para la celebración de contratos complementarios, de manera previa a su autorización, se deberá contar con la respectiva certificación de existencia de recursos. [...]"

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador -CRE-, mismo que delimita las actuaciones de las instituciones, organismos y funcionarios que actúan bajo una potestad estatal; estableciendo que únicamente podrán efectuar las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley, así mismo, que las actuaciones realizadas por estos, deben estar estrictamente ceñidos a las disposiciones constitucionales y legales.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF

Quito, D.M., 05 de julio de 2021

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, posee las competencias expresamente determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [en adelante LOSNCP] y en su Reglamento General de aplicación, que a su vez, y de acuerdo a los principios de la administración pública, deben ser ejercidos de conformidad con el principio de juridicidad previsto en los artículos 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-.

La atribución reglada[1] en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNCP, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual, conforme la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias; en este sentido, su competencia se centra sobre la **inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos 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; así como, garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

En este sentido, es pertinente analizar a la figura de la *diferencia en cantidades de obra*, para lo cual, el Manual de Contratación Pública[2] señala que: “[...] *esta modalidad procede cuando se establece diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato [...]*”; en otras palabras, la diferencia de cantidades son, las posibles modificaciones de cantidades de materiales o rubros producto de la propia ejecución contractual, este tipo de cambios suelen producirse debido a que en la ejecución contractual, no fue necesarios utilizar la totalidad de rubros propuestos, o por el contrario, debieron aumentarse un número superior al establecido, lo que generaría decrementos o incrementos en la ejecución del contrato.

Ahora bien, se debe indicar que efectivamente es aplicable la diferencia en cantidades de obra, para *modificar* la diferencia de los valores en los materiales o rubros, previamente establecidos sean de forma positiva (incrementos) o negativa (decrementos), siempre y cuando estas variaciones económicas no superen el cinco por ciento (5%) del valor reajustado del contrato principal y no se modifique el objeto contractual, en aplicación del artículo 88 LOSNCP, por lo que, las entidades contratantes podrán ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario.

Sin perjuicio de lo manifestado se deberá considerar que, si los valores obtenidos superan el 5%, la entidad contratante deberá elaborar obligatoriamente un contrato complementario que instrumente la variación existente con los valores debidamente reajustados a la fecha del contrato complementario.

Por otra parte, para entender el alcance de los contratos complementarios, podemos remitirnos al pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 10209 de 17 de abril de 2017, en el que claramente señaló:

“En lo que respecta a los contratos complementarios, es procedente observar que estos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal; y por lo tanto, les aplica la definición de contrato accesorio prevista en el artículo 1458 del Código Civil, [...] De lo dicho, se desprende que los contratos accesorios, como lo son los contratos complementarios se les aplica la misma ley que rige al contrato principal. [...] Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes. [...]”

De varios pronunciamientos emitidos por la propia Procuraduría General del Estado podemos observar que coinciden que los contratos complementarios, diferencias de cantidades en obra y órdenes de trabajo para creación de rubros nuevos, son instrumentos jurídicos de naturaleza accesoria a los contratos

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF

Quito, D.M., 05 de julio de 2021

principales; por lo cual, no es un nuevo contrato, independiente o separado del primero, sino es la continuación del aquel, que tiene como objetivo modificar las condiciones contractuales, sin alterar el objeto principal.

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es clara al señalar que las modificaciones que se realizan al contrato administrativo, nace de la complejidad técnica en la ejecución de la obra o prestación del servicio, debido a factores imprevistos; es así que, la entidad contratante podrá suscribir con el mismo contratista, sin concurso previo, un nuevo contrato con el fin de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio, así como para la creación de rubros nuevos o diferencias de cantidades de obra.

Del tenor literal de los artículos 85 y 87, de la LOSNCP, se desprende que la cuantía de los contratos complementarios, no se puede exceder del ocho por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, efectivamente, estos artículos permiten que se celebren varios contratos complementarios para la ejecución de una obra o prestación de un servicio siempre y cuando no sobrepasen del 8% del valor total del contrato principal.

III. CONCLUSIÓN:

Se concluye que, en la generación de diferencia en cantidades de obra, pueden existir incrementos como decrementos y es posible realizarla sin la suscripción de un contrato complementario siempre y cuando los valores obtenidos con el correspondiente reajuste no excedan del 5% del valor del contrato principal debidamente reajustado.

No está por demás mencionar que los procedimientos que se llevan adelante a través de la herramienta informáticas de contratación pública, son de exclusiva responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante o de sus servidores, de acuerdo a lo que establece el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP.

Hay que resaltar que, sea para el caso de reajuste de precio o contrato complementario, la entidad contratante deberá previamente contar con la respectiva certificación presupuestaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 LOSNCP, en concordancia con el artículo del 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

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 sobre 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 máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución No. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución No. 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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0072-OF

Quito, D.M., 05 de julio de 2021

[1] Roberto Dromi, “Tratado de Derecho Administrativo”, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1998). Pág. 438: *“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”*.

[2] Antonio José Pérez, Daniel López Suárez, José Luis Aguilar, “Manual de Contratación Pública”, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones”, pág. 350.

Atentamente,

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2021-4652-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

sa/mm/nv/js