

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0144-OF

Quito, D.M., 20 de diciembre de 2021

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, Oficio Nro. MTOP-SUBZ4-21-560-OF, de 16 de diciembre de 2021, suscrito por Subsecretario/A Zonal 4 del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Contrato complementario obras, acta entrega parcial, Art. 85, 88,89 LOSNCP, Art. 119 y 124 RGLOSNCOP.

Señorita Ingeniera
Fanny Esther Farias Sanchez
Subsecretario/a Zonal 4
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al Oficio Nro. MTOP-SUBZ4-21-560-OF, de 16 de diciembre de 2021, mediante el cual la Subsecretario/A Zonal 4 del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, consulta a este Servicio Nacional: "(...) Si es procedente de realizar un acto administrativo (contrato complementario y un costo más porcentaje que permitieran efectuar la construcción del puente Quimís) dentro del contrato de la "OBRA DE REPARACIÓN EMERGENTE DE LA VÍA MONTECRISTI – JIPIJAPA – LA CADENA, INCLUYE CERRO GUAYABAL – LA PILA, DE 105 KM DE LONGITUD, UBICADO EN LA PROVINCIA DE MANABÍ", suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el "CONSORCIO MONTECRISTI", tal como lo sugieren por parte de la Coordinación Técnica de Infraestructura Zonal y la Coordinación de Asesoría Jurídica Zonal 4, tomando en cuenta que en la actualidad se encuentra recibido de forma provisional, desde el 25 de febrero del 2021 y a la fecha ha sido legalizado un contrato modificadorio 1; además de que si es necesario el informe de pertinencia de lo descrito."

Al respecto cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTE:

Dentro de su oficio de consulta se expone el criterio jurídico relacionado con la consulta planteada en el que concluye: "...En virtud de los antecedentes expuestos, es criterio de esta Unidad de Asesoría Jurídica, considera procedente continuar con el Acto administrativo pertinente, de acuerdo a los preceptos legales establecidos en líneas anteriores, debiéndose contar previamente con los informes técnicos correspondiente y además de lo determinado en el Art 115 del CODIGO ORGANICO DE PLANIFICACION Y FINANZAS PUBLICAS "Certificación Presupuestaria.-Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria" con el fin de que se de viabilidad al proyecto a ejecutarse".

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

Las competencias del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, se encuentran 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 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 a 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,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0144-OF

Quito, D.M., 20 de diciembre de 2021

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 atención a la consulta efectuada es preciso establecer que en los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, **existirá una recepción provisional y una definitiva**, señalando además la posibilidad de efectuarse recepciones parciales, en aquellos contratos de obra en donde exista la factibilidad técnica y se hayan previsto recepciones por etapas o de manera sucesivas. El tratadista Roberto Dromi, sobre esta última modalidad señala que: [1]“(…) *se considera recepción parcial la realizada sobre partes de la obra concluida, que estén en condiciones de ser liberadas al uso (…)*.”

Roberto Dromi al referirse al tema tratado, señala que: [2]“*Cuando a juicio del contratista la obra está terminada, según lo contratado, tiene derecho a que la Administración se la reciba. Ésta, previamente, debe proceder a la verificación de la obra.*”.

Sobre el particular es necesario indicar que, considerando que en los contratos de obras quien recibe la obra no tiene los suficientes elementos para declarar el cumplimiento de todas las obligaciones dada su naturaleza, la recepción provisional previo a la celebración de una recepción definitiva, tiene el propósito de brindar a cada entidad contratante del tiempo necesario para que verifique de ser el caso, de la existencia de errores o inconsistencias en la ejecución del contrato o inclusive vicios ocultos en la obra, los cuales una vez notificados por la entidad contratante, deberán ser atendidos de manera inmediata por el contratista.

De su parte, el artículo 123 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – RGLOSNC-¹, prevé que en los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas. Sin perjuicio de lo indicado, el artículo en referencia prevé que para la recepción definitiva de obras, la entidad contratante, podrá establecer un término menor al indicado, situación que constará en los pliegos y en el contrato, según la naturaleza de la obra así lo permita.

Así también el artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina las causales por las cuales se da por terminado los contratos, entre las cuales no se encuentra la recepción provisional de la obra.

En virtud de lo antes expuesto, se puede determinar que los contratos no terminan sino con el cumplimiento total de las obligaciones que concluye con la suscripción del acta entrega recepción definitiva conforme el artículo 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – RGLOSNC¹ y su correspondiente liquidación establecida en el artículo 125 del citado Reglamento General.

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que: “*En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o **complementar una obra** o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.*”.

Si dentro de la ejecución contractual no se hubiere suscrito el acta entrega recepción definitiva por parte de la comisión establecida en el artículo 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se entiende que la relación contractual no ha sido concluida por lo tanto, se podría complementar la obra siempre y cuando existan causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, las cuales serán detalladas en un informe técnico suscrito por el administrador de contrato y con la 119aprobación del fiscalizador.

En el caso de obras el monto de contratos complementarios no podrá exceder de 5% del valor del contrato

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0144-OF

Quito, D.M., 20 de diciembre de 2021

principal en caso de diferencia en cantidades de obra o del 2% en órdenes de trabajo (Art. 88 y 89 LOSNCP).

Adicionalmente deberá contarse con la correspondiente certificación de recursos y la garantía adicional de acuerdo con los preceptos del artículo 119 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

III. CONCLUSIÓN:

En virtud del análisis efectuado, sobre su consulta “(...) Si es procedente realizar un acto administrativo (contrato complementario y un costo más porcentaje que permitieran efectuar la construcción del puente Quimis) dentro del contrato de la “OBRA DE REPARACIÓN EMERGENTE DE LA VÍA MONTECRISTI – JIPIJAPA – LA CADENA, INCLUYE CERRO GUAYABAL – LA PILA, DE 105 KM DE LONGITUD, UBICADO EN LA PROVINCIA DE MANABÍ”, suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el “CONSORCIO MONTECRISTI”, tal como lo sugieren por parte de la Coordinación Técnica de Infraestructura Zonal y la Coordinación de Asesoría Jurídica Zonal 4, tomando en cuenta que en la actualidad se encuentra recibido de forma provisional, desde el 25 de febrero del 2021 y a la fecha ha sido legalizado un contrato modificadorio 1; además de que si es necesario el informe de pertinencia de lo descrito.”, este Servicio considera que mientras el contrato celebrado no cuente con un acta entrega recepción definitiva y su liquidación debidamente elaborados conforme los artículos 124 y 125 del RGLOSNCPP, es posible la celebración de un contrato complementario de acuerdo a los artículos 88 y 89 de la LOSNCP, debiendo contar previamente con el informe técnico elaborado por el administrador del contrato y aceptado por el fiscalizador en el que se establezcan las causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, que se suscitaron en la ejecución contractual, se cuente con la certificación presupuestaria correspondiente y de ser el caso la garantía adicional establecida en el artículo 119 del RGLOSNCPP.

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. Quien suscribe lo hace debidamente autorizada por el Director General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución No. RI-SERCOP-2019-000003 de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Este Servicio Nacional aclara que continuará ejerciendo sus actividades de control de conformidad con las normas legales pertinentes.

Particular que comunico para los fines legales pertinentes.

[1] DROMI, Roberto: Derecho Administrativo, Décima Edición. Editorial Argentina. Buenos Aires, 2004. Pag. 614

[2] *Ibidem*, Pag. 614

Atentamente,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0144-OF

Quito, D.M., 20 de diciembre de 2021

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-CZ4-2021-1094-EXT

Copia:
Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef