

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0045-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2022

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, oficio No. CNTEP-GNFA-AA-2022-0037-O, de 12 de mayo de 2022, suscrito por el Gerente Administrativo y Abastecimiento (E) de CNT EP, Aplicación de Multas, Art. 71 LOSNCP.

Señor Magíster

Victor Miguel Zeballos Zevallos

Gerente Administrativo y Abastecimiento (E)

CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. CNTEP-GNFA-AA-2022-0037-O, de 12 de mayo de 2022, mediante el cual el Gerente Administrativo y Abastecimiento (E) de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, consulta a este Servicio: “(...)En función de lo expuesto, sírvase emitir criterio jurídico relacionado al cálculo y aplicación de multas en un contrato que establece un acta de entrega recepción única/definitiva, considerando que la administración del Contrato recibió durante la ejecución del mismo el 81.19% de los bienes ¿Este porcentaje debe calcularse sobre el valor total del Contrato, o sobre el valor de los bienes que entregó posterior a la finalización del plazo de ejecución contractual?”.

Al respecto cúmpleme indicar:

I.- ANTECEDENTE:

Junto a su solicitud consta como anexo que con Oficio No. 178-GNJ-GPC-CNTEP-2021, de 23 de marzo de 2022, el Gerente Nacional Jurídico (E) de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, emitió criterio jurídico relacionado con la consulta efectuada en el que concluyó: “(...)esta Gerencia colige que el Administrador del Contrato debe aplicar estrictamente lo estipulado en la cláusula Octava del Contrato Nro. 4100006734, mismo que es ley para las partes; sin necesidad de obtener interpretaciones o criterios que pueden llegar a afectar la correcta ejecución contractual del Contrato de la referencia, recordando que para la aplicación de multas, se debe observar la liquidación del plazo contractual, y su cálculo se solicitará a la Gerencia Nacional Financiera, conforme el Reglamento Interno de Contrataciones de la CNT EP, y de conformidad a lo que estipula el mentado instrumento contractual; por lo que, el Administrador del Contrato, para la aplicación de multas, debe validar el cronograma de ejecución, valorar las circunstancias relacionadas con la ejecución contractual y aplicarlo conforme determine la existencia de posibles incumplimientos por parte del contratista, por ser de su competencia.”.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0045-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2022

II.- ANÁLISIS JURÍDICO:

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

En este sentido las competencias del ente rector de las compras públicas se encuentran determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 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 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 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 discrecionalidad, dejando sin margen a la apreciación subjetiva; en este sentido, nuestra Competencia se centra sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de este, las disposiciones y normativa conexa emitida 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; siendo así, este Servicio Nacional no tiene la competencia de pronunciarse sobre las acciones que deban realizar las entidades contratantes.

Cabe señalar para los fines pertinentes que la multa es: [1]“*Una pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual(...)*”.

El término “incumplimiento”, por su parte es: “*la falta de realización de un deber puesto por una norma, resolución administrativa, acto o contrato. Se basa en la no obediencia de la legalidad, equivalente a una actitud negativa, además de utilizarse para deuda vencida y exigible.*”

Es así que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que las entidades contratantes deberán establecer una cláusula de multas en todo contrato, con la finalidad de que se imponga una sanción al contratista que estaría incumpliendo el contrato, multa que deberá ser impuesta por parte del administrador del contrato designado por la máxima autoridad o delegado de la entidad, considerando que

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0045-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2022

esta multa debe ser proporcional, es decir debe aplicarse sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato

Adicionalmente, conforme lo establece el artículo 1561 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, lo que concuerda con el numeral 18 del artículo 7 del mismo cuerpo legal, al señalar que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, por lo que, pretender modificarlas no sería procedente.

Al respecto, la Procuraduría General del Estado, mediante pronunciamiento contenido en el oficio No 16251, de 31 de agosto de 2010, al examinar la naturaleza de las multas, las definió como: *''(...) "La imposición de sanciones, y entre ellas las de carácter pecuniarios como son las multas (") expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración (") por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda; por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional). La aplicación de sanciones en materia contractual en definitiva, **debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad** 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. Sirve también como advertencia al Contratante de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no ." (Énfasis añadido).*

En tal virtud, las multas se constituyen en un elemento disuasorio que busca el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la contratista, quien una vez suscrito el contrato, tendrá como único fin, el de ejecutar el contrato a entera satisfacción de la entidad contratante, conforme las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos en el pliego precontractual y en el contrato mismo, así como cumplir con la totalidad del objeto contractual de conformidad con el plazo estipulado.

Por lo que, en atención a los términos de su consulta, se debe señalar que la LOSNCP es clara al señalar que las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

Aun cuando el contrato estableció una única acta de entrega recepción, de los documentos se desprende que se habría receptado a satisfacción de la entidad contratante un

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0045-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2022

porcentaje de los bienes previo a la fecha del vencimiento del plazo establecido en el contrato, por lo que correspondería aplicar la multa únicamente sobre lo que está pendiente de entrega conforme lo establece el criterio vinculante del señor Procurador General del Estado.

III.- CONCLUSIÓN:

Del análisis efectuado, se concluye que al existir un documento que establece que se ha recibido una parte de los bienes con anterioridad al vencimiento del plazo contractual, no correspondería aplicar una multa al contratista por todos los bienes que son parte del objeto contractual, por lo que, en su lugar únicamente se debe aplicar las multas correspondientes por el porcentaje de los bienes entregados después del vencimiento del plazo contractual.

Finalmente es necesario indicar que, de conformidad con lo determinado en el tercer inciso de artículo 99 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexas.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución Interna 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.

Lo que comunico para los fines pertinentes.

[1] GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Año 2000, Pág. 240.

Atentamente,



Servicio Nacional de
Contratación Pública

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0045-OF

Quito, D.M., 16 de mayo de 2022

Documento firmado electrónicamente

Dr. Luis Oswaldo Ramón Moncayo
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2022-1934-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ralph Steven Suastegui Brborich
Gerente General de la CNT EP.
CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

nv/ef