

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0456-OF

Quito, D.M., 01 de julio de 2020

Asunto: Absolución de consulta, atención oficio Nro. 08900, cálculo de multas. Art. 71 de la LOSNCP.

Ana María Rosero Rivas

Señor Doctor
Íñigo Francisco Salvador Crespo
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 08900, de 08 de junio de 2020 y al oficio No. 09088 de 30 de junio de 2020, mediante el cual, traslada a este Servicio la consulta de la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad –CNEL EP; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante oficio Nro. CNEL-CNEL-2020-0299-O, de 19 de mayo de 2020, el ingeniero Diego Augusto Maldonado Recalde, Gerente General Subrogante, de la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad –CNEL EP, formuló al Procurador General del Estado la siguiente consulta:

“(…) ¿La forma para el cálculo de multas establecido en el segundo inciso del Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reformado por la promulgación de la Ley Orgánica para la reactivación económica, fortalecimiento de la dolarización y modernización de la gestión pública, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No.150 del 29 de diciembre de 2017, es aplicable para los contratos administrativos suscritos antes de su expedición, si dichas multas se originaron e impusieron con fecha posterior a la mencionada reforma, considerando lo establecido en el Art. 76 numerales 5 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador y la excepción prevista en el Art.7 numeral 18 del Código Civil?

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

Al Servicio Nacional de Contratación Pública, en cumplimiento de sus atribuciones legales conferidas por Ley (artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP), le corresponde asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública determinados por la precitada Ley.

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.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0456-OF

Quito, D.M., 01 de julio de 2020

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 el 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. 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)*

Mediante Oficio No, 01379, 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].

Bajo lo cual, es menester analizar al artículo 71 de la LOSNCP, con su respectiva diferenciación, puesto que desde la promulgación de la citada ley, mantenía el siguiente texto:

“Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. (...) .” (Lo subrayado me pertenece)

Mediante reforma del citado artículo 71 de la LOSNCP, por el artículo 11 número 2 de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, publicada en Registro Oficial Suplemento 150, de 29 de Diciembre del 2017, se reformó el citado artículo, por el siguiente:

“Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato. (...)”. (Lo subrayado me pertenece)

En ese orden, en un primer momento la redacción del artículo 71 de la LOSNCP antes de la reforma prescrita por la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0456-OF**Quito, D.M., 01 de julio de 2020**

de la Gestión Financiera, publicada en Registro Oficial Suplemento 150, de 29 de Diciembre del 2017, mantenía la imposición de multas por el valor total del contrato, es decir, los contratos celebrados con fecha anterior a la citada reforma, aplicaban esta disposición de forma expresa, puesto que bajo los principios de legalidad e irretroactividad, el administrado deberá responder de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Si bien la reforma planteada presupone un conflicto de aplicación de la Ley en razón del tiempo, ya que pueden existir, como en el presente caso, contratos celebrados antes de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, en los que se aplicó de manera literal la norma del artículo 71 de la LOSNCP, es indispensable analizar que el artículo 7 número 18 del Código Civil, prevé que en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo en el caso de las normas que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos (multas), ya que en este caso la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Por otro lado, el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República garantiza que "*en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora*", es decir que, las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. Además el mismo artículo 76 numeral 6 de la Constitución prevé el principio de proporcionalidad de las sanciones, a lo cual el legislador mediante la reforma ibídem aplicó este principio en el marco legal de la contratación pública; y a la par cumpliendo con lo determinado en el artículo 16 del Código Orgánico Administrativo, que dispone que las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses, al evitar la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos.

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 Constitución de la República y la LOSNCP, tanto el artículo 71. 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 los principios de *in dubio pro reo* y proporcionalidad dispuestos 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[4] 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, toda vez que con la reforma del artículo 71 de la LOSNCP el 29 de diciembre de 2017, se incluyó un trato justo al contratista evitando así cargas desproporcionales. Observando además lo previsto en las excepciones del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, norma aplicable de forma supletoria en contratación pública, conforme el artículo 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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.

Si bien la LOSNCP, al promulgarse y entrar en vigencia, determinó en su artículo 71 lo referente a la aplicación de multas, disponiendo que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0456-OF

Quito, D.M., 01 de julio de 2020

retraso, situación concordante con el artículo 116 del Reglamento General a la LOSNCP, no obstante mediante reforma del citado artículo 71 de la LOSNCP, por el artículo 11 número 2 de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, publicada en Registro Oficial Suplemento 150, de 29 de diciembre del 2017, se reformó el citado artículo, y se regló que las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

Bajo lo cual, corresponde a la entidad contratante observar los principios constitucionales como lo son legalidad, proporcionalidad y de la razonabilidad[5] con el fin de aplicar lo más favorable al administrado, y calcular las multas sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutarse cuando la infracción al contrato se haya cometido con posterioridad a la reforma citada.

Finalmente, este pronunciamiento se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública al tenor de lo determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

-
- [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] Artículo 76 números 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículo 16 del Código Orgánico Administrativo.
[5] Procuraduría General del Estado. Oficio Nos. 12902 y 02350, de 12 de marzo de 2010 y 17 de junio de 2011.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Econ. Laura Silvana Vallejo Páez
DIRECTORA GENERAL

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-4778-EXT

Copia:

Ana María Rosero
PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

Señor Doctor
Gustavo Alejandro Araujo Rocha
Subdirector General

Señor Abogado
Stalin Santiago Andino González
Coordinador General de Asesoría Jurídica

aa/mf/sa/ga