

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

Asunto: Absolución a consulta a oficio No. Oficio-DP17-2020-0538-OF, del Consejo de la Judicatura, respecto de las directrices emitidas por el MEF y su relación con la ejecución contractual de los contratos (artículos 70 y 80 LOSNCP y 121 del RGLOSNCPC; Ley de Inquilinato y Código Civil).

Señor

Hugo Xavier Oliva Lalama

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Correo electrónico: hugo.oliva@funcionjudicial.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio No. Oficio-DP17-2020-0538-OF, de 12 de mayo de 2020, mediante el cual, el Ab.Hugo Xavier Oliva Lalama en calidad de Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, requiere asesoría por parte de este Servicio con relación a las directrices emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas; al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES:

En el marco del Acuerdo Ministerial No. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por la Ministra de Salud Pública de la época, se declaró el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, con el objetivo de prevenir un contagio masivo de la población provocado por el Coronavirus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 1017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163, de 17 de marzo de 2020, el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador, declaró Estado de Excepción por Calamidad Pública en todo el territorio nacional ante el brote del Coronavirus (COVID-19).

Mediante la circular No. MEF-VGF-2020-0003-C, de 16 de abril de 2020, el Viceministro del Ministerio de Economía y Finanzas, emitió directrices presupuestarias para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020, refiriéndose a asuntos relacionados con la contratación pública, en especial lo siguiente:

“[...] Las entidades o sectores que no intervengan directamente dentro de la emergencia decretada, deberán abstenerse de planificar, programar, certificar e iniciar procesos de contratación, para gastos permanentes y no permanentes que no tengan el carácter de prioritario para la funcionalidad institucional, así como, adquirir compromisos generados por procesos de contratación a través de régimen especial o en forma directa, para la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

provisión de bienes o servicios.

[...] **Otros Egresos Presupuestarios.-** [...] A más tardar hasta el 24 de abril de 2020, se revisará y negociará a la baja los contratos destinados al arrendamiento de bienes inmuebles y coordinarán con el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público la utilización de todos los bienes estatales disponibles, inclusive definir un mecanismo que permita compartir los espacios físicos entre entidades del Sector Público.

De igual manera, hasta el 24 de abril de 2020, las entidades revisarán y negociarán a la baja aquellos contratos relacionados con servicios de limpieza, de seguridad y vigilancia privada y transportación, dada las condiciones actuales de trabajo en el sector público. [...]"

Mediante memorando circular No. CJ-DNF-2020-0063-MC, de 16 de abril de 2020, la Dirección Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura remitió a las Direcciones Provinciales, las directrices presupuestarias para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020, para cual, en cumplimiento a lo solicitado en la Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C, de 16 de abril de 2020, la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura realizó las negociaciones a la baja de los cánones de arrendamiento de los inmuebles que utiliza, teniendo respuestas favorables de los Arrendadores, de acuerdo al siguiente detalle:

- “[...] Unidad Judicial del Cantón Rumiñahui reducción del 20% del canon de arrendamiento.
- Unidad Judicial del Cantón Pedro Vicente Maldonado reducción del 5% del canon de arrendamiento.
- Unidad Judicial del Cantón San Miguel de los Bancos reducción del 10% del canon de arrendamiento.
- Unidad Judicial del Cantón Puerto Quito reducción del 12% del canon de arrendamiento.
- Unidad Judicial del Cantón Pedro Moncayo reducción del 10% del canon de arrendamiento.
- Unidad Judicial de Tumbaco reducción del 25% del canon de arrendamiento [...]”.

Mediante la circular No. MEF-SP-2020-0002, de 20 de abril de 2020, la Subsecretaria de Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, emitió alcance a la Circular No. MEF-VGF-2020-0003-C, de 16 de abril de 2020.

Mediante Oficio No. DP17-2020-0526-OF, de 24 de abril de 2020, la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura Pichincha solicitó al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público (INMOBILIAR), lo siguiente: “[...] dando cumplimiento a la circular del Ministerio de Finanzas No. MEF- VGF-2020-0003-C de 16 de abril de 2020, solicito a usted muy amablemente se sirva indicar si la Institución a su cargo,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

dispone de bienes inmuebles para el funcionamiento de las Unidades Judiciales ubicadas en los cantones: Rumiñahui, Pedro Vicente Maldonado, Puerto Quito, Pedro Moncayo y Tumbaco, con el metraje mencionado en el numeral anterior, conforme las necesidades de las Unidades Judiciales”.

Mediante oficio No. DP17-2020-0529-OF, de 27 de abril de 2020, la Dirección Provincial de Pichincha realizó las siguientes consultas a este Servicio Nacional:

- “[...] Cuáles son las directrices que la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura Pichincha debe tomar en consideración para la suscripción de los contratos con los nuevos cánones de arrendamiento, como resultado de la negociación a la baja;
- Qué tipo de contrato (complementario o modificadorio) se debe contemplar para la suscripción con los Arrendadores; y,
- Qué información deben contener estos contratos [...]”.

Mediante el oficio No. SERCOP-DAJ-2020-0075-OF, de 06 de mayo de 2020, con el cual, la Dra. Myrian Jeanneth Figueroa Moreno en calidad de la Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional requiere completar la solicitud de criterio legal al Consejo de la Judicatura, de conformidad al artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016.

En memorando No. D17-UPAJ-2020-0063-M, de 11 de mayo de 2020, con el cual, el Msc. Diego Xavier Robalino Villaroel en calidad de Coordinador Provincial de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura remite el “*Criterio jurídico para proceder con la negociación hacia la baja correspondiente a los cánones de arrendamiento de los inmuebles arrendados por la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha*”.

Según oficio No. DP17-2020-0538-OF, de 12 de mayo de 2020, con el cual, el Ab. Hugo Xavier Oliva Lalama en calidad de Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, requiere asesoría por parte de este Servicio Nacional de Contratación Pública con relación a las directrices emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas y la ejecución contractual de los contratos de arrendamiento.

II.- DESARROLLO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP, en cumplimiento de las atribuciones prescritas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante LOSNCP, y 6 de su Reglamento General en adelante RGLOSNC, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Así también, corresponde indicar que el SERCOP, al tenor de los artículos 9, 10, 14 y 15 de la LOSNCP y 6 de su Reglamento General, ejerce la supervisión del cumplimiento efectivo de los principios, objetivos y disposiciones del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP- dentro de los procedimientos de contratación que llevan a cabo las diferentes entidades contratantes; por lo cual, este Servicio no puede tener injerencia en pronunciarse y decidir sobre las necesidades y contrataciones que pretendan realizar las diferentes entidades del Estado.

De conformidad con el artículo 10 numerales 12 y 17 de la LOSNCP, el SERCOP posee entre sus atribuciones legales, el brindar asesoramiento a los actores del SNCP sobre los instrumentos, herramientas y procedimientos de contratación pública, así como sobre la inteligencia o aplicación de las disposiciones normativas que integran el aludido Sistema. En este contexto, las instrucciones, comunicados y circulares que emite este Servicio Nacional, se limitan a reproducir el contenido de otras disposiciones normativas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que constituyan por sí mismos actos administrativos o actos normativos de carácter administrativo.

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido consultoría, deberán aplicar de manera inexorable las disposiciones contenidas en la referida Ley, su Reglamento General y demás normativa conexa emitida por el SERCOP; esto último, conforme sus necesidades institucionales y precautelando así la satisfacción del interés público, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en el artículo 99 de la Ley ibídem.

2.1. De los contratos de arrendamiento, donde la entidad contratante funge de arrendataria:

El contrato de arrendamiento constituye el acuerdo de voluntades recíprocas entre las partes, la una llamada arrendador que concede el goce de la cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra llamada arrendatario a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado[1].

De conformidad con el artículo 59 de la LOSNCP y artículos 64, 65 y 66 de su Reglamento General, prevén que los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que una institución pública tenga la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetarán a las normas previstas de contratación pública, y de manera supletoria se aplicarán las

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil.

Así mismo, tanto los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador[2], han resaltado la supletoriedad de las normas del Código Civil, dentro de los contratos de contratación pública[3] para ser empleados bajo entera responsabilidad de las entidades contratantes.

En este contexto, el artículo 65 del RGLOSNC, faculta a las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNC, el dar en arrendamiento bienes inmuebles de su propiedad y establecer en los pliegos y el contrato las condiciones en las que se dará el arrendamiento del bien; por lo cual, en caso de que no se haya previsto el revisar las cláusulas del contrato, el artículo 66 del Reglamento *ibídem*, prescribe la aplicación de normas civiles.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley de Inquilinato, establece la posibilidad de solicitar por parte de arrendatario, la rebaja de las pensiones de arrendamiento cuando el bien inmueble arrendado se halle en mal estado, por el uso natural o por causa de las cuales el arrendatario no sea responsable; además, el artículo 2 de la Ley citada, concede la posibilidad de aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil, en lo que fuere pertinente.

Por su parte, el artículo 1859 del Código Civil, respecto al precio en el contrato de arrendamiento determina que éste podrá estipularse de los mismos modos que en el contrato de venta, esto es la modificación del precio bajo consenso entre las partes, durante la ejecución contractual.

Ahora bien, la consulta realizada, se presenta ante la situación de emergencia sanitaria y de estado de excepción por calamidad pública en la que se encuentra actualmente el país, lo cual corresponde analizar a la entidad contratante a través de su administrador de contrato, al tenor de sus funciones encomendadas en el respectivo contrato, y dispuestas en la LOSNC y en su Reglamento General, si efectivamente se encuentra cubierto el contrato bajo circunstancias eximentes de responsabilidad, como lo son fuerza mayor o caso fortuito, al tenor de lo determinado en el artículo 30 del Código Civil, para proceder a negociar a la baja el precio pactado inicialmente.

En este sentido, el administrador del contrato en el caso de no optar por la terminación por mutuo acuerdo del contrato bajo lo determinado en el artículo 30 del Código Civil, y de así considerarlo por persistir la necesidad institucional, al amparo de las cláusulas del contrato celebrado, los pliegos y demás documentos integrantes del instrumento contractual, así como lo determinado en las disposiciones de contratación pública (artículo 66 RGLOSNC) y sus normas supletorias (Ley de Inquilinato y Código Civil) podrá analizar, la solicitud de rebaja del canon de arrendamiento inicialmente pactado al arrendador, ante la situación de emergencia que atraviesa el Estado.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

Es así que para realizar tal actuación, es menester analizar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, la cual viene marcada por la manifestación de la voluntad de las partes, y que el Código Civil ha regulado elementos esenciales en todo contrato, siendo los siguientes: *i) la manifestación de voluntad o consentimiento libre de vicios, ii) la capacidad de los sujetos intervinientes; iii) el objeto lícito física y jurídicamente posible, y iv) las solemnidades de cada caso.*[4]

Siguiendo esta línea, se puede colegir que uno de los principios generales del Derecho que marcan la formación y ejecución de los contratos es el de *autonomía de la voluntad de las partes*[5]; dicho principio se encuentra reconocido en el artículo 66, numerales 16 y 29 de la Constitución de la República del Ecuador; siendo además, la libertad de contratación, un derecho constitucional garantizado para todos los contratistas, no obstante, tiene limitaciones en contratación pública, principalmente por las cláusulas exorbitantes que posee la administración pública.

En lo que respecta a los contratos públicos, cabe destacar que el artículo 60 de la LOSNCP concede a los contratos sometidos a dicha legislación, el carácter de contratos administrativos, de igual manera, el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, define a dichos contratos administrativos como: “[...] *el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa*”; sin embargo, la normativa del Código Civil se puede aplicar de forma supletoria conforme las disposiciones de la misma legislación de Derecho Administrativo.

En este sentido, resulta imprescindible aclarar que los contratos administrativos sometidos a la LOSNCP, deben cumplir de forma estricta con los elementos esenciales de todo contrato, definidos por el artículo 1461 de la Codificación del Código Civil; por lo que, la manifestación de la voluntad libre de vicios y el principio de autonomía de la voluntad de las partes, son elementos aplicables supletoriamente a los contratos administrativos, claro está con las limitaciones en materia de contratación pública que se encuentran en la LOSNCP, su Reglamento General y normativa conexas, especialmente lo contenido en los artículos 64, 65 y 68 de la Ley *ibídem*.

Para lo cual, la doctrina inclusive, determina que: “[...] la Administración en el marco de la contratación pública posee un margen de libertad decisoria, la que se manifiesta tanto en la decisión de contratar como en la decisión de cómo hacerlo [...] Su margen de libertad decisorial sí le permite ejercer una libertad dispositiva, la que se refleja en que la Administración puede fijar e incorporar todas aquellas cláusulas, condiciones, modalidades o estipulaciones que estime pertinentes, siempre que ellas se encuentren sometida a la Constitución, a las leyes y, desde luego, a la satisfacción del fin público. [...]”[6].

Adicional a ello, el Derecho Administrativo, desde inicios de crisis mundiales (como la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

de 1914-1918) ha previsto situaciones contractuales en las cuales se puede quebrantar los principios de *contractus lex o pacta sunt servanda* que se relaciona con la inmutabilidad del contrato, bajo el riesgo imprevisible derivados de situaciones que se desarrollan por causas venideras a las causales de fuerza mayor y caso fortuito, en el cual: “[...] Límites en ese sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. [...] una vez perfeccionado el contrato el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas a causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. [7]

En correlación con lo mencionado, bajo el principio de autonomía de las partes, reconocida en el artículo 1461 del Código Civil, en concordancia con los artículos 66 y 112 del Reglamento General a la LOSNCP, la misma normativa le atribuye a las partes, la discreción para adoptar una decisión en un sentido u otro con el objeto de dar satisfacción a las partes ante situaciones irresistibles e imprevisibles como la situación de emergencia que atraviesa el Estado, en este caso en lo relacionado al precio a la baja de un contrato previamente celebrado, mediante el cual se podrá celebrar una adenda al contrato.

Ante lo cual, se deberá observar para ello los requisitos de validez del contrato contempladas en el Título XII, Del Efecto de las Obligaciones, Libro Cuarto del Código Civil, evitando así, vicios del consentimiento que conforme el artículo 1467 del Código citado, constituyen el error, fuerza y dolo, que pueden ocasionar la nulidad del contrato; ya que este tipo de actuaciones deberán siempre ser de mutuo acuerdo.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que las entidades [8] con el fin de cumplir las disposiciones emitidas por los órganos competentes, en el evento que se efectúe la citada rebaja del canon de arrendamiento en el contrato en ejecución, corresponde remitir al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, la información respectiva que refleje el ahorro presupuestario con relación a los años anteriores.

III.- CONCLUSIÓN:

El administrador del contrato público en ejecución, posee la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y artículo 121 de su Reglamento General, de administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual [9], por lo que, deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual; y adoptará todas las acciones que sean necesarias para evitar el incumplimiento del contrato, ante lo cual podrá suspender, solicitar la rebaja del canon de arrendamiento y las demás que hubieren lugar, siendo imprescindible la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

En consecuencia, las entidades contratantes a través de su administrador del contrato, mismo que posee pleno conocimiento de las normas y regulaciones aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control, le corresponde asegurar el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública prevista en la LOSNCP y su Reglamento General y subsidiariamente la Ley de Inquilinato y el Código Civil, ante la emergencia sanitaria que enfrenta el Ecuador.

Cabe destacar, que de ocurrirse una posible controversia entre las partes ante la variación de las cláusulas contractuales, como lo es el precio, se puede observar la vía prevista en los artículos 43, 44, 46, 47 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación; artículos 362, 363 número 3, y 364 de Código Orgánico General de Procesos; y, artículo 11 de la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, esto es la mediación, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en la ejecución contractual, sin necesidad de acudir al litigio judicial. Recordando además que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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 y que tienen el carácter orientativo mas no vinculante 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 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.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda Edición (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 290.

[2] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 037-16-SEP-CC, de 03 de febrero de 2016.

[3] Pronunciamiento del Procurador General del Estado Nro. 07940 de 18 de junio de 2009.

[4] Artículo 1453, 1454, 1461 y 1561 de la Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 46, de 24 de junio de 2005.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0227-OF

Quito, D.M., 15 de mayo de 2020

- [5] “[...] En todos los Códigos europeos continentales expedidos a comienzos del siglo anterior, la estructura de la teoría de los contratos estaba basada en cuatro pilares fundamentales, a saber: el de la autonomía de la voluntad privada; el del consensualismo; el principio ‘pacta sunt servanda’ o que el contrato es ley para las partes y finalmente el principio de ejecución de buena fe de los contratos [...]”. Jorge Suescún Melo, “La aplicación del postulado de la Autonomía de la Voluntad en la contratación de las entidades estatales”, *Revista de Derecho Privado* n° 16 (1995), https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri313.pdf.
- [6] Enrique Díaz Bravo y Aníbal Rodríguez Letelier, *Contratos Administrativos en Chile* (Santiago: Ediciones Universidad Santo Tomas-RIL editores, 2016), 69-70.
- [7] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Bogota-Lima: Editorial Temis S.A., 2008), 717-722.
- [8] Comprendidas en los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador.
- [9] “[...] El procedimiento Licitatorio no es ajeno al requerimiento de un adecuado y oportuno control y al cumplimiento irrestricto de la legalidad licitatoria, cumplidos los cuales derivará en un contrato eficaz [...] Así se considera que de poco sirve saber que los objetivos no se han cumplido cuando ya ha pasado el tiempo de poder cumplirlos; el control de la eficacia que es preciso desarrollar en un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principios de organización, dirección, planificación y control en el procedimiento licitatorio. (...)”. Robert Dromi, *Licitación Pública*, Segunda Edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995), 499.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-3890-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

fa/mf