

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Asunto: Absolución de Consulta, oficio No. ARCONEL-ARCONEL-2020-0739-OF, del Director Ejecutivo del ARCONEL, con relación a la orden de compra No. CE-20200001768367 y a las directrices presupuestarias emitidas por el MEF ante la emergencia sanitaria (artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 del RGLOSNCP).

Señor Ingeniero
Gabriel Bolívar Lucio Manzoni
Director Ejecutivo
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE ELECTRICIDAD
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. ARCONEL-ARCONEL-2020-0739-OF, de 21 de mayo de 2020, mediante el cual, el Ing. Gabriel Bolívar Lucio Manzoni en calidad de Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad -ARCONEL, solicita se absuelva su consulta sobre la ejecución contractual en relación con las directrices emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas; al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES:

Consta la Orden de Compra No. CE-20200001768367 y la aceptación de la proveedora Asociación de Servicios de Alimentación, Limpieza y Mensajería Solidaridad Progreso y Trabajo -ASOLPROT-, con Registro Único de Contribuyente No. 1792512506001, de 03 de febrero de 2020, para proveer el Servicio de Aseo y Limpieza, por un plazo de seis (6) meses.

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).

En el memorando No. ARCONEL-UA-2020-244-M, de 07 de abril de 2020, el Jefe Administrativo de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, consulta al



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Procurador de la entidad respecto al pago de Servicio de Limpieza Tipo II de la la orden de compra No. CE-20200001768367.

Con memorando No. ARCONEL-PG-2020-770-M, de 09 de abril de 2020, el Procurador de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, responde al Jefe Administrativo de la entidad y direcciona sobre el pago de Servicio de Limpieza Tipo II de la orden de compra No. CE-20200001768367.

Mediante 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 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 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 memorando No. ARCONEL-UF-2020-056-M, de 20 de abril de 2020, el Jefe Financiero de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, consulta al Procurador de la entidad respecto al pago de Servicio de Limpieza Tipo II de la la orden de compra No. CE-20200001768367.

Mediante memorando No. ARCONEL-UA-2020-323-M, de 05 de mayo de 2020, a la Unidad Administrativa de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad solicitó a Procurador el criterio jurídico respecto al contrato suscrito con la Asociación de Servicios



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

de Alimentación, Limpieza y Mensajería Solidaridad Progreso y Trabajo – ASOLPROT.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1036, de 8 de mayo del 2020, el señor Presidente de la República decretó la fusión de la Agencia de Regulación y Control Minero, la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos y la Agencia de Regulación y Control de Electricidad en una sola entidad denominada Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, otorgando un plazo de ejecución de 60 días desde la suscripción del mismo.

En memorando No. ARCONEL-PG-2020-918-M, de 12 de mayo de 2020, el Procurador de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, responde al Jefe Administrativo de la entidad sobre la orden de compra No. CE-20200001768367, y recomienda:

“[...] elevar la consulta al Servicio Nacional de Contratación Pública, para que dicha Entidad se pronuncie respecto a las directrices emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas constantes en la Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C de 16 de abril de 2020, y de esta manera actuar conforme la Ley y procedimientos establecidos”.

Con oficio No. ARCONEL-ARCONEL-2020-0739-OF, de 21 de mayo de 2020, el Ing. Gabriel Bolívar Lucio Manzoni en calidad de Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, y consulta a este Servicio Nacional lo siguiente:

“[...] 1.- ¿Bajo la directriz del Ministerio de Finanzas, de negociar a la baja el Servicio de Limpieza de Oficinas, le corresponde al SERCOP o al Arconel realizar dicha negociación, siendo el caso que el SERCOP es quien suscribe el Convenio Marco?

2.- ¿ Al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo Ministerial MDT-2020-077, sobre la suspensión emergente de la jornada laboral, sin que esto implique la finalización de la relación laboral, debe la Entidad proceder con el pago del servicio, no recibido por caso fortuito y de fuerza mayor, mediando un cronograma de recuperación de horas de trabajo?

3.- ¿Dada la situación anómala que vive el mundo entero por la Pandemia del COVID-19, considerando la vigencia del decreto Ejecutivo No. 1036, del cual se puede deducir que la nueva entidad requerirá del servicio para su infraestructura, podría extenderse el plazo de la Orden de Compra, a fin de que cumpla el tiempo por el cual fue publicada, aceptada y debidamente financiada?”.

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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

RGLOSNCOP, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley ibídem; 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 contrataciones que pretendan realizar, competencia privativa de cada entidad, primordialmente ante la emergencia sanitaria que enfrenta el país.

En concordancia con lo expuesto, el Servicio Nacional de Contratación Pública ante la emergencia sanitaria, bajo su facultad normativa ha emitido regulaciones complementarias a la LOSNCP y su Reglamento General, mismas que se han viabilizado a través de la emisión de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Registro Oficial Suplemento 461, de 23 de marzo de 2020, y Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0105, de 06 de abril de 2020 publicada en la Edición Especial del Registro Oficial Nro. 490 de 09 de abril de 2020; por otro lado, también se ha emitido asesoría e instrucciones orientativas a los responsables de compras públicas de las entidades contratantes y a los proveedores del Estado como lo son las Circulares Nros. SERCOP-SERCOP-2020-0005-C; SERCOP-SERCOP-2020-0012-C; SERCOP-SERCOP-2020-0013-C, SERCOP-SERCOP-2020-0014-C, SERCOP-SERCOP-2020-0015-C; SERCOP-SERCOP-2020-0016-C; SERCOP-SERCOP-2020-0017; y, SERCOP-SERCOP-2020-0018-C, de 12, 16, 17, 26 de marzo, así como el 07, 09 y 20 de abril y 20 de mayo de 2020 respectivamente, mediante las cuales, se establecen recomendaciones con respecto a las contrataciones en situación de emergencia.

Los oficios circulares descritos, así como las disposiciones normativas emitidas por este Servicio en el contexto de la emergencia se pueden visualizar en el link: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/recomendaciones-y-disposiciones-por-la-emergencia-sanitaria/>, y además constan a manera explicativa detalladas en el documento de “Buenas Prácticas para la Contratación en Situación de Emergencia”, sobre el cual se asesora respecto a los lineamientos para la aplicación de la referida normativa, y que el SERCOP ha puesto a disposición de los usuarios del SNCP.

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

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 conexas 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 la naturaleza jurídica de la orden de compra celebrada:

2.1.1. Una vez que la entidad contratante haya generado la orden de compra y formalizada con el proveedor, ésta se constituye como un contrato, cuyos derechos y obligaciones se constituyen al amparo de lo establecido en el Código Civil en su artículo 1561 que reza: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Así mismo, respecto a la retribución económica al contratista por el servicio efectivamente prestado a la entidad contratante, éste constituye la principal actividad durante el desarrollo contractual; es así que, dentro de los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, se establece la obligación del administrador de contrato de supervisar la contratación con el fin de cumplir con las cláusulas contractuales e incluir dentro del expediente de la contratación todos los hechos relevantes, en especial los relacionados con el pago. Para lo cual el administrador del contrato es la persona encargada de efectuar el respectivo informe para proceder con el pago al contratista, bajo lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 326 número 4, que señala: *“A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”*.

Además, se debe analizar lo descrito en la ficha técnica correspondiente al servicio de limpieza, que enfatiza que los pagos se realizarán con cargo a la partida presupuestaria de la entidad generadora de la orden de compra previo a la presentación de la factura, informe de cumplimiento de actividades emitida por el administrador del contrato, y de así aplicar, el comprobante de pago del IESS donde conste el personal que ejecuta el servicio y el aviso de entrada o planilla de afiliación del IESS del personal que ejecuta el servicio.

Adicional, la ficha técnica mencionada *ut supra* determina la atribución de la entidad contratante de realizar el pago, ya sea contra factura mensual o mediante anticipo, en la forma establecida en el número 3.9 del pliego, que dice: *“El pago mensual se realizará después de la prestación del servicio solicitado mensualmente en la dirección indicada en la orden de compra, a entera satisfacción de la entidad contratante, después de la suscripción del acta de entrega recepción”*; por consiguiente, la entidad debe hacer el análisis de pago únicamente en relación al servicio efectivamente recibido.

Sin perjuicio de lo mencionado, y de conformidad con los artículos 43, 44 y 69 de la LOSNCP, así como los artículos 31, 43 y 80 del RGLOSNC y el artículo 261 de la



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, las órdenes de compra generadas directamente por la entidad contratante a través del Catálogo Dinámico Inclusivo, constituyen contratos autónomos e independientes que poseen vida jurídica por sí mismas; por lo que, a las órdenes de compra le regirán las mismas disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, relacionado a contratos en lo que fuese aplicable.

En este sentido, corresponde diferenciar la modalidad de selección asumida por el SERCOP dentro del Convenio Marco de la responsabilidad contractual de la entidad contratante al generar la orden de compra; en la cual, la primera es mantener en el Catálogo Electrónico (Catálogo Dinámico Inclusivo) a determinado proveedor para que oferte sus bienes y servicios para ser adquiridos de forma directa por las entidades contratantes; mientras que la segunda es cumplir y gestionar todas las acciones para el cabal cumplimiento del contrato administrativo bilateral, celebrado entre el contratista y la entidad, y que para el efecto el SERCOP no posee inherencia alguna.

2.1.2. En concordancia con el apartado 2.1.1 *ut supra*, al ser las órdenes de compra contratos independientes, existe un plazo de ejecución, el cual al amparo de lo establecido en el artículo 1510 del Código Civil define al plazo como: “[...] la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. [...]”, definición legal que en observancia del principio de legalidad tiene carácter obligatorio; en ese contexto, el plazo es el lapso de tiempo que tienen las partes para cumplir con las obligaciones contractuales, sean las de dar, hacer o no hacer algo, el que da inicio o extingue ya sea el derecho o la obligación; plazo que marca la ejecución contractual y que puede sufrir afectaciones como una ampliación o suspensión, que alteran su transcurso y continuidad.

Según la doctrina, el contrato administrativo y en particular el de obras, puede sufrir de paralización temporal por circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se habían contemplado en el momento de su celebración, lo cual se denomina ‘suspensión’, misma que puede ser requerida por la entidad o por el contratista. Bajo lo cual, una vez superadas las circunstancias exógenas que motivaron la paralización, vuelve a correr el plazo y se prorroga en virtud de dicha suspensión[1].

Por tanto es posible interrumpir el plazo contractual por parte de la entidad contratante y bajo su responsabilidad considerando las causas de fuerza mayor o caso fortuito, a través de la suspensión del cumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales, por un tiempo determinado; esta suspensión será autorizada por el Administrador del Contrato, quien es el responsable de tomar las acciones correspondientes, tendientes al cabal cumplimiento del contrato, según lo determinado en el artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.2. De las medidas presupuestarias determinadas por el Ministerio de Economía y Finanzas y su relación con contratación pública:

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

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.

Por lo que, en apego de las facultades descritas en la norma para este Servicio, y en apego a las directrices emanadas por el Ministerio de Economía y Finanzas –MEF, es menester señalar que en el caso de existir contratos que se encuentren en la etapa de ejecución contractual por parte de las entidades contratantes, estas deberán realizar el análisis de si es aplicable la circular del MEF a su caso en concreto, y de ser así bajo su exclusiva responsabilidad atender las directrices citadas, tomando en consideración los siguientes elementos:

2.2.1. Dentro de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, se encuentra el garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, al tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 60 de la LOSNCP, pues el fin de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del contrato, garantizando así la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de la necesidad pública.

No obstante, pueden existir casos en los que la terminación de los contratos, no obedece a su naturaleza específica^[2], o al cumplimiento inexorable de las obligaciones contractuales, sino devienen del acuerdo de las partes que deciden por mutuo consentimiento poner fin a las obligaciones emergentes del contrato y a los derechos reales que se hubiesen transferido^[3].

Bajo lo cual, resulta preponderante enfatizar que la situación de emergencia sanitaria y de estado de excepción por calamidad pública en la que se encuentra actualmente el Estado, se puede adecuar a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, al tenor de lo determinado en el artículo 30 del Código Civil; análisis que corresponde efectuar al administrador del contrato público en ejecución, mismo que debe cumplir a cabalidad las funciones establecidas en los respectivos contratos, conforme lo disponen los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y artículo 121 de su Reglamento General, esto es 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 el



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

incumplimiento del contrato, ante lo cual podrá suspender, solicitar su terminación 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.

El artículo 92 de la LOSNCP, determina las formas por las cuales terminan los contratos regidos por la normativa de contratación pública, previendo para el efecto en el número dos del citado artículo, la causal de mutuo acuerdo de las partes; mientras que el artículo 93 de la Ley ibídem, prescribe expresamente sobre la terminación por mutuo acuerdo, reglando que cuando concurren causas de fuerza mayor o caso fortuito, con las cuales no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren, lo cual no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor del contratista o de la entidad.

Sin embargo, en el evento de ser propuesto por la entidad contratante la terminación por mutuo acuerdo ante circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, y el contratista no accediere; al tenor del artículo 94 número 7 de la LOSNCP se podrá por parte de la entidad contratante terminar anticipada y unilateralmente el contrato, bajo lo cual, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido, y la entidad seguirá el trámite previsto en el artículo 95 de la Ley citada y artículo 146 de su Reglamento General.

En virtud de lo expuesto, conforme la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, las entidades contratantes deben administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual[4], debido a que el administrador del contrato, posee pleno conocimiento de las normas y regulaciones aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control, asegurando el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública y subsidiariamente del Código Civil, ante la emergencia sanitaria que enfrenta el Ecuador.

No obstante, tras haber terminado por mutuo acuerdo el contrato, aún persiste la necesidad institucional, la entidad contratante podrá iniciar un nuevo procedimiento común de contratación pública incorporando sus necesidades actuales.

2.2.2. La naturaleza de la supletoriedad de la materia civil en contratación pública, se encuentra estipulada en los artículos 66 y 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al disponer que los contratos públicos previstos en la LOSNCP, se regirán por las normas de la Ley ibídem, su Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP, y supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sea aplicable.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Así mismo, tanto los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador[5], han expresado la facultad de la entidad contratante de aplicar de manera supletoria las normas del Código Civil dentro de los contratos administrativos de contratación pública[6], bajo su responsabilidad.

Ahora bien, para realizar tal negociación, es menester considerar por parte de la entidad contratante la naturaleza jurídica del contrato, 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*. [7]

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*[8]; 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 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,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

modalidades o estipulaciones que estime pertinentes, siempre que ellas se encuentren sometidas a la Constitución, a las leyes y, desde luego, a la satisfacción del fin público. [...]”[9].

Adicional a ello, el Derecho Administrativo, en crisis mundiales (como la de 1914-1918) ha previsto situaciones contractuales en las cuales se puede quebrantar los principios de inmutabilidad del contrato como lo son el *contractus lex* o *pacta sunt servanda*[10], bajo riesgos imprevisibles derivados de singularidades 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”. [11]

En correlación con lo mencionado, bajo el principio de autonomía de las partes, reconocido 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 una necesidad pública 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 con el contratista.

Ante lo cual, la entidad contratante deberá instrumentar este consenso, conforme la normativa supletoria enunciada, y en este tipo de acuerdo deberá verificar estrictamente 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.

2.2.3. En el ámbito de sus competencias las entidades sujetas al Decreto No. 1036, deberán garantizar la continuidad de los procesos precontractuales, contractuales y administrativos, judiciales y extrajudiciales hasta su formal transferencia; para efecto de ello, ejecutarán las acciones legales y administrativas necesarias para asegurar la correcta implementación de una estructura y modelo de gestión, en caso de existir una necesidad institucional, la entidad contratante podrá iniciar un nuevo procedimiento común de contratación pública incorporando sus necesidades, con la finalidad de optimizar la gestión institucional y garantizar la eficiencia, eficacia y economía de la Administración Pública.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

III.- CONCLUSIÓN:

En consecuencia, las entidades contratantes con el fin de cumplir con las directrices emanadas por los órganos competentes, a más de aplicar las estipulaciones del contrato principal y las normas previstas en la LOSNCP y su Reglamento General, pueden optar por enmarcar sus actuaciones al amparo de las leyes vigentes del Derecho Público al momento de la celebración de dicho contrato, y de manera supletoria las normas preceptuadas en el Código Civil.

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] Código Civil, Registro Oficial Suplemento Nro. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 30: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”

[2] Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2006) 570.

[3] Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Tercera Edición, (Buenos Aires: Ciudad



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Argentina, 1999) 623.

[4] “[...] 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.

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

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

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

[8] “[...] 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.

[9] Enrique Díaz Bravo y Aníbal Rodríguez Letelier, *Contratos Administrativos en Chile* (Santiago: Ediciones Universidad Santo Tomas-RIL editores, 2016), 69-70.

[10] “[...] Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. [...]”, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 26, disponible en

https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

[11] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Bogotá-Lima: Editorial Temis S.A., 2008), 717-722.

Atentamente,



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0267-OF

Quito, D.M., 08 de junio de 2020

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-1222-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica

fa/mf