

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0408-OF

Quito, D.M., 11 de agosto de 2020

Asunto: Absolución de consulta, Oficio No. 09399, a la PGE, respecto a la condonación del canon de arrendamiento por estado de excepción (artículos 59 de la LOSNCP, 64, 65, 66 y 108, 112 del Reglamento General y artículos 370 al 373 de la Codificación)

Doctora
Ana Maria Rosero Rivas
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 09399, de 29 de julio de 2019, mediante el cual traslada a este Servicio la consulta del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Miguel de Ibarra; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

I.1. Mediante oficio Nro. IMI-AL-2020-169-O, de 13 de julio de 2020, la Ing. Andrea Scacco Carrasco, Alcaldesa del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Miguel de Ibarra, formuló al Procurador General del Estado la siguiente consulta:

“¿Tiene el Concejo Municipal de San Miguel de Ibarra la facultad para condonar el pago de cánones de arrendamiento de bienes municipales por medio de una ordenanza dentro de una estado de excepción?”.

III. ANÁLISIS JURÍDICO.-

El 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.

Bajo este contexto, y con relación a la consulta planteada, es menester señalar que si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina en su artículo 59, que los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de la Ley ibídem, es menester considerar que los artículos 64, 65 y 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante RGLOSNCP, prescriben al arrendamiento de bienes inmuebles, tanto del caso de las entidades contratantes como arrendatarias, como del caso de arrendadoras. Así también, se dispone que el SERCOP regulará el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones, en la normativa que emita para el efecto.

En este sentido, la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP[1], ha regulado^[2] en la Sección II “Las entidades contratantes como arrendadoras”; lo relativo a las disposiciones para el caso en consulta, en el cual, la entidad contratante, enlistada en el artículo 1 de la LOSNCP, da en arrendamiento los inmuebles de su propiedad, con el canon de arrendamiento que será determinado sobre la base de los valores del mercado vigentes en el lugar que se encuentre el inmueble.

Así también, dentro de la misma sección, en el artículo 372 de la Codificación *ut supra*, se determina que existen casos especiales, en los que los contratos de arrendamiento de locales de uso especial, como mercados, camales, casetas, cabinas, entre otros, siempre que **no respondan a una modalidad administrativa de autorización, licencia o concesión de uso público**, se arrendarán preferentemente a arrendatarios locales, no será necesario publicar la convocatoria en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, sino que se podrán cursar invitaciones individuales. Mientras que los contratos que correspondan a hoteles, salones para

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0408-OF

Quito, D.M., 11 de agosto de 2020

recepciones o eventos, restaurantes, entre otros, de propiedad de las entidades contratantes, cuyas características de uso no sean de largo plazo, tampoco se registrarán por las normas de la Codificación citada sino por los usos y costumbres de la actividad.

Adicional a ello, es menester considerar que la contratación de arrendamiento, a más de aplicarse las disposiciones determinadas en la normativa de contratación pública, conforme el artículo 66 del RGLOSNCOP y el artículo 373 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, se registrarán de manera supletoria, en lo que sea pertinente, conforme las normas de la Ley de Inquilinato y de la Codificación del Código Civil.

Bajo lo cual, el contrato de arrendamiento se constituye como aquel 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[3], en concordancia con la definición del artículo 1856 del Código Civil.

Cabe considerar que 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 LOSNCP 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 con la condonación del precio pactado inicialmente.

Además, es indispensable enfatizar que mediante la expedición de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en el artículo 4 de la citada norma, se ha dispuesto la salvedad de la suspensión temporal de desahucio en materia de inquilinato, al determinar que durante el tiempo de vigencia del estado de excepción, y hasta sesenta días después de su conclusión, no se podrán ejecutar desahucios a arrendatarios de bienes inmuebles, por cualquiera de las causales establecidas en la Ley de Inquilinato; y, para que los arrendatarios puedan acogerse a esta suspensión temporal, deberán cancelar al menos el veinte por ciento (20%) del valor de los cánones pendientes y en el caso de locales comerciales, que el arrendatario demuestre que sus ingresos se han afectado en al menos un 30% con relación al mes de febrero de 2020. Así también, se regula que la suspensión podrá extenderse en caso de que arrendatario y arrendador acuerden por escrito un plan de pagos sobre los valores adeudados, y que la citada suspensión **no implica condonación** de ningún tipo de las obligaciones, **salvo acuerdo de las partes en contrario**.

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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0408-OF

Quito, D.M., 11 de agosto de 2020

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].

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 con la condonación del pago de un contrato previamente celebrado.

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.

Así mismo, el citado Código Civil, en su artículo 1668, lo correspondiente a la remisión o condonación de deudas, prescribe que procederá cuando el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella, en este sentido, corresponderá a la entidad contratante, el verificar la procedencia al amparo de la normativa que regula los bienes del sector público, como lo son las emitidas por la Contraloría General del Estado.

Sobre este orden de ideas, el Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, establece que la adquisición o arrendamiento de bienes de todas las entidades y organismos señalados en el artículo 1 del Reglamento ibídem, se realizará sobre la base de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones legales de la materia; por su parte las Normas de Control Interno de Contraloría General del Estado, consideran como ingreso público a los que se obtienen por los arrendamientos[7].

III. CONCLUSIÓN.-

Por consiguiente, la normativa de contratación pública, artículo 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 64, 65 y 108 de su Reglamento General; y, artículos 370 al 373 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, regula respecto a la contratación de arrendamiento, dentro de lo cual, la entidad contratante puede fungir como arrendadora, y para el efecto generar ingresos por el pago del canon de arrendamiento que deberá ser cancelado por el arrendatario, conforme las condicionantes expresas del contrato, y solo en lo no previsto en la LOSNCP, su Reglamento General y demás disposiciones conexas, podrá aplicar de forma supletoria lo determinado en la Ley de Inquilinato y el Código Civil, de conformidad con el artículo 112 del Reglamento Ibídem.

Bajo lo cual, podrá la entidad considerar normativa determinada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en el Código Civil, conforme el principio de autonomía de la voluntad de las partes ante el actual Estado de excepción, y proceder con la suscripción de un acuerdo por escrito referente a un plan de pagos sobre los valores

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0408-OF

Quito, D.M., 11 de agosto de 2020

adeudados ya que la suspensión **no implica condonación** de ningún tipo de las obligaciones, salvo acuerdo de las partes en contrario, de ser procedente, deben observar para el efecto, la normativa señalada, y las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, con el fin de verificar no sea lesivo a los intereses del Estado.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizada por el Director 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.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Ecuador, Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, Registro Oficial Edición Especial 245.

[2] *“Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto”*, Roberto Dromi. *Tratado de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1998) 438.

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

[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.

[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] Ecuador, Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial Suplemento 87, norma 403-01 “Determinación y recaudación de los ingresos”.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-6941-EXT

Copia:

Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0408-OF

Quito, D.M., 11 de agosto de 2020

aa/mf