



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. 0776-DE-LB-AME-2020, suscrito por el Registrador de la Propiedad, Subrogante del cantón Ibarra, con relación a la terminación contractual por mutuo acuerdo. (artículos 10, 92, 93 y 99 de la LOSNCP)

Abogado

Andres Alexander Paspuel Villarreal

MAT. NO. 10-2015-123

Correos electrónicos: jnavarrete@rpi.gob.ec y ccasoandres@hotmail.com

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 227-RPI-DESP-2020, de 07 de septiembre de 2020, mediante el cual, el Abg. Andrés Alexander Paspuel Villarreal, en calidad de Registrador de la Propiedad, Subrogante del cantón Ibarra, solicita asesoramiento conforme lo previsto en el número 17 del artículo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante oficio Nro. 227-RPI-DESP-2020, de 07 de septiembre de 2020, el Registrador de la Propiedad del cantón Ibarra, consulta a este Servicio Nacional, lo siguiente:

“[...] Exclusivamente la contratación se refiere a un procedimiento de Régimen Especial, motivo por el cual se necesita se aclare la parte pertinente en los que respecta a “Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista”, tomando en consideración que los procedimientos de Régimen Especial tienen proveedores únicos y es necesario su contratación con los mismos proveedores”.

Sobre el particular, me permito señalar que, de conformidad con el 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, debidamente publicada en el Portal Institucional del SERCOP, su solicitud o pedido de asesoramiento requiere que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo antes señalado, los mismos que a continuación se detallan:

“1.- Oficio dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública por la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado, al que se adjuntará obligatoriamente el criterio o pronunciamiento escrito del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica institucional, sobre la materia objeto del asesoramiento;



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

- 2.- El Criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica deberá instrumentarse por separado al de la solicitud de asesoramiento, y contendrá la relación clara y completa de los antecedentes de hecho y de derecho que permitan al Servicio Nacional de Contratación Pública formar su criterio sobre el caso materia del asesoramiento;
- 3.- Documentación relacionada con el pedido de asesoramiento, sin perjuicio de la facultad del Servicio Nacional de Contratación Pública de solicitar documentos adicionales a la entidad, en caso de considerarlo pertinente;
- 4.- La indicación del domicilio para la notificación respectiva; y,
- 5.- Firma de la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado”.

Cabe señalar que, el requisito establecido en el número 2 del artículo antes citado hace relación al criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesores inherente al departamento legal de la Institución, el mismo que deberá versar sobre el tema o requerimiento de asesoría jurídica efectuado a este Servicio.

No obstante, a fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se procederá a absolver su consulta, de conformidad con lo detallado a continuación:

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad al principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, que establecen que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, sólo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades, brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

Conforme lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- , los procedimientos de contratación pública y los



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, los principios de *legalidad*, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, *transparencia*, *publicidad*; y, participación nacional.

En este orden de ideas, y con relación a su requerimiento me permito enfatizar que, *la atribución reglada[1] en el numeral 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública*, es decir que, es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación publicar el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, enlista a las entidades contratantes que deberán cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexas emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNCP.

Para absolver su interrogante, me permito señalar que, 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 el artículo 9 y 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues el fin ulterior de los contratos administrativos regidos por la Ley citada es el cumplimiento efectivo del objeto contractual, con el objetivo de garantizar la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, para la satisfacción de las necesidad pública.

Se recalca que, las entidades contratantes previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y *la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación* de conformidad con los artículos 24 de la LOSNCP y 27 del RGLOSNCP; misma que deberá constar en el Plan Anual de Contrataciones -PAC-, esté último será publicado obligatoriamente en las portales institucionales las mismas dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año.

No obstante, el ordenamiento jurídico prevé de condiciones y modalidades en las que la relación contractual fenezca antes de lo establecido en el instrumento que generó las obligaciones (contrato administrativo); al existir casos en los que la terminación de los contratos, no obedecen 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



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

derechos reales que se hubiesen transferido[3]; sin que esto implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista.

En este sentido, respecto a su consulta, el artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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.

Por su parte, el artículo 93 de la LOSNCP, establece expresamente sobre la terminación por mutuo acuerdo, señalando condiciones específicas para incurrir en esta causa, la no renuncia a los derechos adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista, y también dispone que una vez terminado por mutuo acuerdo el contrato *dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista*.

En este contexto, y conforme a la interpretación literal de la norma[4], al efectuar un análisis del último párrafo del artículo 93 de la Ley citada, se desprende que existe la prohibición expresa cuando se terminó por mutuo acuerdo un contrato el volver a realizar una nueva contratación entre la entidad contratante y el contratista sobre el *mismo objeto contractual*, y el mismo no tiene límite de tiempo, siempre y cuando concurra el supuesto descrito.

Ahora bien, constituye indispensable el analizar, lo correspondiente al *objeto contractual*, previsto en la prohibición reglada[5] del artículo 93 de la LOSNCP, para lo cual la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, en el artículo 104.1[6] ha considerado, que la entidad contratante definirá adecuadamente el objeto de la contratación, concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se utilizará, y en estricto cumplimiento de los principios de contratación pública, en énfasis a los de trato justo[7], igualdad[8], concurrencia y transparencia.

Las disposiciones de la Codificación del Código Civil, al ser norma supletoria de la normativa de contratación pública, conforme lo prescribe el artículo 60 del Reglamento General de la LOSNCP, manifiestan que el *objeto contractual*, es uno de los requisitos esenciales del contrato, y se fundamenta en una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer[9], además de ser real, posible, lícito, determinado o susceptible de determinación sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, al tenor del artículo 1454 y siguientes de la Codificación citada.

Así también, conforme la doctrina al *objeto contractual* se lo debe entender como un conjunto de elementos *esenciales* que corresponde a la intención de obligarse recíprocamente, y que convengan los intervinientes en el objeto y el precio; *naturales*, entendiendo a aquellos efectos propios del contrato; y, *accidentales* siendo las normas



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

respectivas que se deriven del contrato de índole supletiva, que integran el contenido del objeto[10] como tal. Por su parte, se entiende que dentro del objeto contractual se divide en:

1. Posibilidad: toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer.
2. Determinación: cosas que son materia de tales prestaciones y de la operación jurídica que el acto tiende a realizar.
3. Licitud: en la prestación y en la finalidad que persiguen en su conjunto[11].

De las consideraciones expuestas, como lo es lo expresamente determinado en la Codificación del Código Civil, así como lo profundiza la doctrina, para que se configure la prohibición del tercer inciso del artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es un mismo objeto contractual, *se requiere que se cumplan con todos los requisitos que integran el contenido del objeto del contrato*, que son los elementos esenciales, naturales y accidentales; coligiendo que dentro del elemento esencial se encuentra los intervinientes, *el objeto y el precio*, y a su vez del objeto se deriva la posibilidad, determinación de la cosa y la licitud. Sobre esta última división, a título ilustrativo, correspondería a que los mismos intervinientes se obliguen por el mismo objeto que comprende la misma posibilidad de dar, hacer o no hacer en determinado tiempo, por la misma cosa (proveer el servicio, ejecución de obra, adquisición de un bien), cuya prestación y finalidad sea lícita y su precio sea el mismo (contraprestación).

III. CONCLUSIÓN:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC-¹, regula los procedimientos de contratación pública a los que deberán acogerse las entidades contratantes previstas y detalladas en el artículo 1 de la precitada Ley; en virtud de ello, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, así como determina las normas y principios que regulan los procedimientos de contratación pública, se deberá contar de manera inexorable con los requisitos, como es el caso de la partida presupuestaria, misma que deberá estar inserta en el Plan Anual de Contrataciones -PAC-.

En esta línea de ideas, si bien la normativa que rige al Sistema Nacional de Contratación Pública prevé los requisitos de observancia obligatoria por parte de las entidades contratantes, para la *ejecución plena de los contratos* en la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, reconoce la posibilidad de terminar de manera anticipada las obligaciones contractuales, es con ello que, en caso de la terminación por mutuo acuerdo la entidad deberá observar la prohibición inserta en el tercer inciso del artículo 93 de la ley *ibídem*.

Por lo expuesto, la prohibición de una entidad de celebrar un contrato posterior sobre el



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

mismo objeto con el contratista con el cual se produjo la terminación por mutuo acuerdo, se requiere de que sea el mismo *objeto contractual*; correspondiendo a la entidad contratante justificar los requisitos insertos al mismo, como son los elementos *esenciales, naturales y accidentales*, que deviene en la prohibición a que los *mismos intervinientes se obliguen por el mismo objeto* que comprende la misma *posibilidad de dar, hacer o no hacer en determinado tiempo*, por la *misma cosa*, cuya prestación y *finalidad* sea lícita y su precio sea el mismo.

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 más 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 3 de la Resolución No. RI-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] *“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.

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

[3] Roberto Dromi, *Licitación Pública*. (Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999), 623.

[4] Número 1 del artículo 18 de la Codificación del Código Civil.

[5] *“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*. (Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1998), 438.

[6] Ecuador, Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP,

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

publicado en el Registro Oficial Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018, art.-104.1; señala: *“La entidad contratante definirá adecuadamente el objeto de la contratación, concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría, a efectos de determinar el tipo de procedimiento precontractual que se utilizará, y en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad, concurrencia y transparencia. La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que, los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante, y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado. (...)”*. (Lo subrayado me pertenece)

[7] *“Constituye Principio Constitucional básico la “igualdad ante la ley”; por lo tanto, está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues, todos merecen el mismo trato y oportunidad (...) se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los postores y personas en iguales condiciones”*. William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública. (Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2011), 104.

[8] *“La actividad contractual de la administración pública debe regirse por la igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual”*. Diego Orlando Fernández Suescum. Manual de Derecho Público. (Ediciones Ezpiazu, Quito, 2000), 12.

[9] Artículo 1476 de la Codificación del Código Civil.

[10] Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. (Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005), 238.

[11] *Ibidem*, 237-245.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-9392-EXT

Copia:

Señor Abogado
Fernando José Almeida Ordóñez
Asistente de Asesoría Jurídica



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0503-OF

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2020

fa/mf