

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

**Asunto:** Absolución de Consulta, contenida en oficio No. MINEDUC-MINEDUC-2020-00576-OF, suscrito por la Ministra de Educación, con relación a la ejecución de los contratos de arrendamiento de bares escolares.

Señora Máster  
María Monserrat Creamer Guillén  
**Ministra de Educación**  
**MINISTERIO DE EDUCACIÓN**  
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00576-OF, de 24 de junio de 2020, recibido por este Servicio Nacional la misma fecha, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

#### **I. ANTECEDENTES:**

Con oficio Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00576-OF, de 24 de junio de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual la señora María Monserrat Creamer Guillén, en su calidad de Ministra de Educación, consultó:

*“(...)/1. ¿Es factible dejar sin efecto los pagos de cánones de arrendamiento, en los Contratos de Arrendamiento de Bares Escolares, de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio; y, agosto, y se retomen los mismos, una vez que se reanuden las actividades normales, dentro de los establecimientos educativos?*

*2. ¿Es factible considerar la renovación o la extensión de los contratos, para el arrendamiento de bares escolares, por lo menos en las instituciones, que tiene vigentes Contratos y Resoluciones de Adjudicación, y que se han visto perjudicadas, por las emergencias suscitadas en nuestro país?*

*3. ¿Es factible que se aplique una fórmula, que permita hacer cálculos diarios de pago, por concepto de cánones de arrendamiento, elaborando una adenda, en donde se disponga a retornar a los pagos diarios; que se pagará por cada día trabajado?*

*4. ¿Es factible la suspensión de los Contratos de Arrendamiento de Bares Escolares?*

*5. ¿Es factible ordenar a los administradores de contrato la suspensión de los pagos de canon de arrendamiento de los contratos de bares escolares desde el momento en el que el presidente de la República del Ecuador, decretó el Estado de excepción mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020? (...)”*

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

Al documento en referencia, adjunta el informe jurídico sin número, sin fecha y sin firma, aprobado por Sofía Andrade, en calidad de Director Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria, a través del cual emite criterio jurídico en los siguientes términos:

**“(...) V. PRONUNCIAMIENTO**

*Del tenor de la información proporcionada para la emisión de este criterio a pedido de la Subsecretaria de Educación del Distrito Metropolitano de Quito, esta Dirección Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria y la Coordinación General de Asesoría Jurídica considera que corresponde al administrador de cada contrato, velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, realizar un análisis según cada caso, tomando en cuenta los criterios constitucionales respecto a la contratación pública principalmente el de responsabilidad social frente a la emergencia sanitaria actual, así como el deber de considerar los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento, Código Civil, Ley de Inquilinato y las resoluciones emitidas por el SERCOP, junto con las directrices emitidas mediante Circular Nro. MINEDUC-CGAJ-2020-0013-C de 19 de marzo de 2020 para el efecto.*

*Además, se recuerda, que existe el Acuerdo Interministerial Nro. 001-15 MINEDUC-MSP mediante el cual se emitió el "INSTRUCTIVO DE OPERATIVIZACIÓN DEL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE BARES ESCOLARES DEL SISTEMA NACIONAL DE EDUCACIÓN"; y, el Acuerdo Interministerial Nro. 005-14 MINEDUC-MSP mediante el cual se exteriorizó el "REGLAMENTO PARA EL CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE BARES ESCOLARES DEL SISTEMA NACIONAL DE EDUCACIÓN", que deberán tener presente en todo lo que sea aplicable al momento de realizar sus funciones. (...)"*

## **II. ANÁLISIS JURÍDICO:**

**2.1.** 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 RGLOSNCP, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme 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



## Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF

Quito, D.M., 14 de julio de 2020

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 los números 12 y 17 del artículo 10 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.

### **2.2. De los contratos de arrendamiento, donde las entidades funjan como arrendadoras:**

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 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.



**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

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.

El artículo 1859 del Código Civil, respecto al precio en el contrato de arrendamiento determina que este 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 los artículos 70 y 80 de la LOSNC y 121 de 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 negociar a la baja el precio pactado inicialmente.

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, números 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.

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

En lo que respecta a los contratos públicos, 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 decisonal 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 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,



**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

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[8], 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, las entidades[9] deberán observar para la administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios de su propiedad las disposiciones del Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, y las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, con el fin de verificar que la baja del precio del contrato de arrendamiento negociado, no sea lesivo a los intereses del Estado.

No obstante, dentro del análisis efectuado, se ha determinado entre otras cosas que a los contratos de arrendamiento se aplicará como norma supletoria la Ley de Inquilinato; sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19 expedida por la Asamblea Nacional en ejercicio de las facultades establecidas en el número 6 del artículo 120 de la Constitución de la República.

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitaria prevé en su artículo 4 la suspensión temporal de desahucio en materia de inquilinato, estableciendo 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, excepto en los casos de peligro de destrucción o ruina del edificio en la parte que comprende el local arrendado y que haga necesaria la reparación, así como de uso del inmueble para actividades ilegales.

La suspensión temporal, podrá ser aplicada siempre que se cancelen al menos el veinte por ciento (20%) del valor de los cánones pendientes y en el caso de locales comerciales, el arrendatario deberá demostrar que sus ingresos se han afectado en al menos un 30% con relación al mes de febrero de 2020; esta suspensión temporal podrá extenderse en caso de que arrendatario y arrendador acuerden por escrito un plan de pagos sobre los valores adeudados, sin embargo, esta suspensión no implica condonación de ningún tipo

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

de las obligaciones.

**III.- CONCLUSIÓN:**

El administrador del contrato público posee la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y 121 de su Reglamento General, de administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual[10], deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual; y, adoptará las acciones que sean necesarias para evitar el incumplimiento del contrato, ante lo cual podrá suspender, analizar 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, y del impacto fiscal que esta rebaja implicaría en el flujo de ingresos al ser en este caso el Estado el arrendador.

En consecuencia, el Ministerio de Educación 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 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, el Reglamento General a la LOSNCP y subsidiariamente la Ley de Inquilinato y el Código Civil.

En caso de no concretar un acuerdo entre las partes, la entidad contratante podría observar lo establecido en el Capítulo IX de la LOSNCP, respecto la *Terminación de los Contratos*, con especial énfasis en el artículo 93 de la precitada ley; en concordancia con lo establecido en el número 7 del artículo 94 de la ley ibídem; cabe destacar, que de ocurrir 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.

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 número 17 del artículo 10 de la

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

Ley Orgánica del Sistema 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.

[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](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 Tomás-RIL editores, 2016), 69-70.

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

[8] En el marco del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163, de 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República del Ecuador, declaró estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional ante el brote del Coronavirus (COVID-19); y, el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por la Ministra de Salud Pública, mediante el cual, se declara 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. Adicional, con fecha 15 de mayo de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1052, de 15 de mayo de 2020, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador resolvió renovar el estado de excepción.

Así mismo, con fecha 15 de junio de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1074, el señor Presidente Constitucional del Ecuador resolvió decretar el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por la presencia del COVID-19 en el Ecuador y por la emergencia económica sobreviviente a la emergencia sanitaria que atraviesa el Estado ecuatoriano.

[9] Comprendidas en los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República del



**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0547-OF**

**Quito, D.M., 14 de julio de 2020**

Ecuador.

[10] “(...) *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,

Dr. Juan Fernando Aguirre Ribadeneira  
**DIRECTOR GENERAL**

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-1574-EXT

sa/tg/mf