

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF

Quito, D.M., 02 de junio de 2021

**Asunto:** Absolución de consulta Oficio No. A/GADMT-1866-2021, de 18 de mayo de 2021, Msc. Cristian Benavides, Alcalde GAD Municipal de Tulcán, aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil, adenda

Magister  
Cristian Benavides Fuentes  
**Alcalde**  
**GAD MUNICIPAL DE TULCAN**  
Correo electrónico: [alcaldia@gmtulcan.gob.ec](mailto:alcaldia@gmtulcan.gob.ec)

De mi consideración:

En atención al oficio No. A/GADMT-1866-2021, de 18 de mayo de 2021, mediante el cual el Msc. Cristian Benavides, en su calidad de Alcalde del GAD Municipal de Tulcán, consulta a este Servicio Nacional:

*(...) si el segundo inciso del artículo 112 del RGLOSNC, al permitir la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil a los contratos, abarca también en esta supletoriedad la posibilidad de suscribir adendas (contratos) que modifiquen cláusulas contractuales del contrato principal, cuando la problemática presentada no encasilla en la figura de contrato modificadorio o complementario, pero es necesario realizar la modificación con la finalidad de garantizar el cumplimiento del contrato, no habiendo afectación presupuestaria ni al interés público o institucional, y existiendo acuerdo entre las partes.”.*

Al respecto debo manifestar lo siguiente:

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

**1.1** Mediante Memorando No. 299-PS-GADMT-2021, de 18 de mayo de 2021, la Msc. Nataly Polo Almeida, Procuradora Síndica de la entidad emitió criterio jurídico relacionado a la consulta planteada en el que concluyó: *“Según se determina en los antecedentes de hecho y de derecho antes indicados, la petición del Contratista de que se modifique la forma de pago que actualmente es “Bimensual” a “Mensual”, no incrementa el valor contractual, el Objetivo del Contrato, no incide en la programación de trabajos ni tampoco en las especificaciones técnicas correspondientes. El efecto que tiene tal modificación es puramente financiera al ajustarse a la programación mensual de “egresos” del proyecto, y permitir un flujo financiero que se enmarque en las condiciones previstas por el ejecutor.*

*La modificación solicitada por el Contratista no afecta el cumplimiento del Convenio de Financiamiento al amparo del que se ejecuta el proyecto, ya que los desembolsos del*

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF**

**Quito, D.M., 02 de junio de 2021**

*mismo se realizan bajo condiciones propias, que las debe cumplir el GADM Tulcán en su calidad de deudor. La modificación solicitada por el contratista, no encuadra en lo dispuesto en los Arts 72 y 85 de la LOSNCP referentes a los contratos modificatorios y complementarios respectivamente, al no tratarse de errores, ni tampoco de modificaciones o aumentos de la obra contratada; por lo que, los mecanismos contractuales antes anotados no encasillan para la problemática planteada.*

*Es deber de la entidad velar por el interés público, y sobretodo por la adecuada ejecución del contrato, sobretodo en la ejecución de este importante proyecto en beneficio común a la ciudad de Tulcán, por lo que debe considerar la aceptación al planteamiento del Contratista, quien apela a una causa de evidente fuerza mayor que viene afectando constanemente las actividades productivas a nivel mundial.*

*Ahora bien, 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.*

*Bajo lo cual, se debe verificar si existe una circunstancia 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 incumplimiento del contrato, ante lo cual podrá suspender, solicitar su finalización y las demás que tuvieren lugar y sean consideradas por el administrador, siendo imprescindible la necesidad de control en la etapa de ejecución, en razón de los intereses públicos que conllevan.*

*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, 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.*

*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*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF

Quito, D.M., 02 de junio de 2021

*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.(...)*

*Ante lo cual, esta entidad considera que puede instrumentar este consenso, conforme la normativa supletoria enunciada, siempre que en este tipo de acuerdo se verifique 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.”.*

**1.2** Con Oficio No. A/GADMT-1866-2021, de 18 de mayo de 2021, mediante el cual el Msc. Cristian Benavides, Alcalde GAD Municipal de Tulcán consulta a este Servicio Nacional: “(...)si el segundo inciso del artículo 112 del RGLOSNC, al permitir la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil a los contratos, abarca también en esta supletoriedad la posibilidad de suscribir adendas (contratos) que modifiquen cláusulas contractuales del contrato principal, cuando la problemática presentada no encasilla en la figura de contrato modificadorio o complementario, pero es necesario realizar la modificación con la finalidad de garantizar el cumplimiento del contrato, no habiendo afectación presupuestaria ni al interés público o institucional, y existiendo acuerdo entre las partes.”.

## II. ANÁLISIS JURÍDICO:

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*[1]; 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, 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

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF**

**Quito, D.M., 02 de junio de 2021**

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, 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. [...]*”.[2]

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*[3], 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*”.[4]

En correlación con lo mencionado, bajo el principio de autonomía de las partes, reconocido en el artículo 1461 del Código Civil, en concordancia con el artículo 66 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, 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.

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF**

**Quito, D.M., 02 de junio de 2021**

### **III. CONCLUSIÓN:**

El administrador del contrato público en ejecución, posee la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y artículo 121 de su Reglamento General, de administrar cabalmente sus contratos y realizar las actuaciones que correspondan para obtener la eficacia contractual, por lo que, deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual; y adoptará todas las acciones que sean necesarias para evitar el incumplimiento del contrato.

En consecuencia, el administrador del contrato, mismo que debe poseer pleno conocimiento de las normas y regulaciones aplicables a la contratación que supervisa para un adecuado control, le corresponde asegurar el equilibrio de las partes a través de la aplicación directa de la normativa de contratación pública prevista en la LOSNCP y su Reglamento General y subsidiariamente el Código Civil.

Finalmente es necesario indicar que, de conformidad con lo determinado en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexas.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora 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] “[...] En 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).

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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF

Quito, D.M., 02 de junio de 2021

[3] “[...] Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. [14]”, 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](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf).

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

Atentamente,

***Documento firmado electrónicamente***

Abg. Stalin Santiago Andino González

**COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA**

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2021-5398-EXT

Copia:

Señor Abogado  
Ricardo David Tapia Vinueza  
**Asistente de Asesoría Jurídica**

Señora Abogada  
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva  
**Especialista de Asesoría Jurídica**

nv/mm