

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0290-OF**

**Quito, D.M., 29 de junio de 2021**

**Asunto:** Absolución de consulta, oficio No. PR-SJ-2021-0013-O, de 28 de junio de 2021, suscrito por el Mgs. Marcos José Miranda Burgos, Subsecretario General Jurídico de la Presidencia de la República, número 31 del artículo 6 y número 6 del artículo 62 de la LOSCNP

Señor Magíster  
Marcos José Miranda Burgos  
**Subsecretario General Jurídico**  
**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**  
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. PR-SJ-2021-0013-O, de 28 de junio de 2021, mediante el cual el Subsecretario General Jurídico de la Presidencia de la República, solicita a este Servicio Nacional, el pronunciamiento sobre:

- “1.- ¿Son los actos de autoridad, tal como un Decreto Ejecutivo del Presidente de la República, una modalidad que causaría fuerza mayor y que justificaría la contratación por emergencia, dentro de los procedimientos de contratación pública?”*
- 2.- ¿Pueden las entidades contratantes suscribir contratos complementarios, extensiones de plazo, renovaciones, órdenes de compra u otros con proveedores del Estado que mantienen deudas y obligaciones pendientes con entidades del Sector Público al amparo de lo previsto en la LOSNCP?”*

Al respecto, cúpleme indicar:

**ANÁLISIS JURÍDICO:**

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. El principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Carta Magna, en concordancia con el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, 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 solo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

En este sentido, el artículo 10 de la LOSNCP, establece al Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, como un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, el cual ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con las atribuciones establecidas en Ley en referencia, su Reglamento General y demás normativa conexas. Dentro de dichas atribuciones regladas, y conforme lo previsto en el número 17 del artículo anteriormente señalado, el SERCOP es competente para: “[...] Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema [...]”.

A fin de atender su primera consulta, nos detendremos en dos conceptos fundamentales: decreto y emergencia, para luego hacer una sinbiosis y proceder con el pronunciamiento correspondiente.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0290-OF

Quito, D.M., 29 de junio de 2021

**“1.- ¿Son los actos de autoridad, tal como un Decreto Ejecutivo del Presidente de la República, una modalidad que causaría fuerza mayor y que justificaría la contratación por emergencia, dentro de los procedimientos de contratación pública?”**

El término *decreto* que, según Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental, se define como: “*Resolución, mandato, decisión de una autoridad sobre asunto, negocio o materia de su competencia. [...]*”[1], en la misma línea, el tratadista Nicolas Granja Galindo al respecto señala: “[...] *consiste en una resolución dictada por la autoridad administrativa jerárquicamente constituida, en goce de sus atribuciones, con el propósito de llevar a efecto, en mejor forma, la actividad de administrar que se le ha encomendado.*”[2].

Por lo cual, podemos decir que el decreto es toda decisión, disposición o mandamiento emanado de autoridad superior que, para nuestro caso y de acuerdo al artículo 147[3] de la Constitución de la República del Ecuador, es atribución exclusiva del Presidente de la República, que tiene por objeto poner en ejecución las Leyes sancionadas por el órgano legislativo o para cumplir las demás funciones administrativas que la Constitución y las Leyes ponen a su cargo, con una finalidad de buscar el buen funcionamiento de la administración pública.

Los decretos se caracterizan por su forma y por el órgano que los emite y adoptan la forma de una resolución; son esencialmente manifestaciones de voluntad del poder ejecutivo, que al dictarlos obran unilateralmente creando normas jurídicas y que constituye un mandato y una obligación que deberá acatarse por parte de los administrados.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el número 31 del artículo 6 de la LOSCNP, las situaciones de emergencia se refieren a aquellas situaciones que provengan de causas de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, que son situaciones que no se pueden prever, en ese sentido, la Codificación del Código Civil, en su artículo 30, define a la fuerza mayor y al caso fortuito como: “[...] *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 [...]*” (énfasis añadido). Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico la fuerza mayor y al caso fortuito como sinónimos, la doctrina hace la siguiente distinción:

Fuerza mayor: “*Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito. Aparece como un obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales, que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito, reservado para éste los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero [...] La fuerza mayor se equipará a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la Ley o excusa plenamente del incumplimiento inevitable en que se haya podido incurrir*”[4].

Caso fortuito: “[...] *se produce con independencia de la voluntad del hombre o influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable o de su acción legal o ilegal de persona distinta del obligado*”[5].

En este contexto, la situación de emergencia goza de ciertas características esenciales, esto es, debe ser **concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva**. Respecto a la inmediatez e imprevisibilidad, el autor ecuatoriano Holger Córdova señala lo siguiente:

*“Es necesario que las declaraciones en situaciones de emergencias sean inmediatas, este requisito en una situación de emergencia opera no solo cuando el hecho sucede de manera rápida, sino que la atención que requiere ese hecho para enfrentar o disminuir sus consecuencias deben guardar celeridad.*

## Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0290-OF

Quito, D.M., 29 de junio de 2021

*La contratación pública prevé la contratación emergente con el fin de evitar grandes daños a bienes que pertenecen al Estado y, sobre todo, busca brindar protección rápida a las que hayan sido afectadas por un desastre natural. Debe entenderse como imprevisto al acto que ocurre sin presentar ni dar signos o señales anticipadas que puedan anunciarlo. Por ejemplo, un desastre natural es un fenómeno impredecible, por lo que para poder contratar por situación de emergencia es necesario que esta característica sea parte de la motivación que la entidad contratante presente en el acto normativo correspondiente”. [6]*

En esta línea de ideas, la inmediatez obliga al Estado a responder de manera ágil y eficiente en procura de satisfacer necesidades básicas y garantizar derechos fundamentales de la población, es menester que la situación de emergencia responda al criterio de imprevisibilidad, de conformidad con lo expresado en párrafos precedentes.

Por lo que, si bien es cierto la definición de emergencia se encuentra contenida en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, (concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva)[7] es meramente ejemplificativa y no taxativa, no agota todas las posibles situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan existir; por lo que, el legislador ecuatoriano ha previsto la posibilidad que las entidades contratantes ante situaciones de emergencia, *puedan adquirir de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad*, las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se requieran de manera estricta para superar la emergencia.

De lo expuesto se desprende que, efectivamente el *Decreto* es considerado un mandato, resolución de una autoridad administrativa competente y de obligatorio cumplimiento para sus administrados y de ser debidamente motivado, se la podría incluir dentro de la definición prevista en el artículo 30 del Código Civil, al ser claramente *un acto de autoridad ejercido por un funcionario público*.

El artículo 57 de la LOSNCP dispone que: “[...] *La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia*” (énfasis añadido); por lo que la declaratoria de emergencia habilita la contratación directa, como una excepción al régimen común de contratación, con el fin de realizar una tramitación simplificada que permita afrontar de manera ágil y eficiente a la situación emergente.

Ahora bien, la entidad contratante es la responsable en atender una situación de emergencia conforme los requisitos que establece el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante de forma previa debe emitir una resolución motivada de acuerdo a lo establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que motivará las características esenciales (**concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva**) y declarará la emergencia, con la finalidad de justificar las contrataciones que se efectúen durante la emergencia declarada; recordando que la entidad contratante tendrá que publicar la resolución de emergencia de forma inmediata en el Portal COMPRASPUBLICAS.

En lo que respecta a su segunda interrogante: **2.- ¿Pueden las entidades contratantes suscribir contratos complementarios, extensiones de plazo, renovaciones, órdenes de compra u otros con proveedores del Estado que mantienen deudas y obligaciones pendientes con entidades del Sector Público al amparo de lo previsto en la LOSNCP ?**

Para que un proveedor sea éste persona natural o jurídica, de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio, pueda participar en cualquiera de los procedimientos de contratación pública, es indispensable que tenga capacidad legal para hacerlo; el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres[8], define a la capacidad como: “*La aptitud o idoneidad que se requiere para*

## Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0290-OF

Quito, D.M., 29 de junio de 2021

*ejercer una profesión, oficio o empleo.*”; por su parte los doctores Daniel López Suárez, Antonio José Pérez; y, José Luis Aguilar,[9] definen a la capacidad como: “[...] *la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones.*”.

De esto se desprende que, los proveedores que participan en los procedimientos de contratación son considerados capaces, toda vez que cuentan con aptitudes para ejercer derechos y contraer obligaciones; sin embargo, esta capacidad puede verse afectada cuando incurran en una de las causales determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento General, como inhabilidad ya sea general o especial, que les impedirá contratar con el Estado.

El tratadista Roberto Dromi, en su libro “Derecho Administrativo”[10], señala cuáles son las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista, siendo estas a decir del Tratadista: “[...] *penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos).*” (énfasis añadido).

En este sentido, el número 6 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es claro al indicar que: “*No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes [...] 6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.*” (énfasis añadido).

De este pronunciamiento, se advierte que la inhabilidad general y especial para celebrar contratos sujetos a la LOSNCP recae sobre los oferentes participantes en cada procedimiento precontractual, sean éstos personas naturales o jurídicas quienes, de manera individual, o a través de compromiso de asociación o consorcio pretendan celebrar contratos con el Estado, y las mismas causales deben constar de forma expresa en una Ley.

En resumen las inhabilidades no son otra cosa que los impedimentos legales para ejercer cargo u oficio, configurándose en la limitación de la capacidad para contratar con el Estado, que nace para proteger el interés público, estas inhabilidades, prohibiciones o impedimentos para contratar con alguna de las entidades contratantes, se han establecido en razón que atentan contra los principios de la Contratación Pública previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.[11]

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley Ibídem, su Reglamento General de aplicación, además de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, no es facultad de este Servicio Nacional de Contratación Pública recomendar o emitir disposiciones sobre las acciones y/o decisiones que debe adoptar las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación que llevan a cargo.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

---

[1] Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta), 113.

[2] Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 1992), 69.

[3] Ecuador, *Constitución de la República de Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 147.

[4] *Ibíd.* Cabanellas, 143-144.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0290-OF

Quito, D.M., 29 de junio de 2021

[5] *Ibíd.*, 108-109.

[6] Holger Paul Córdova Vinuesa, *Corrupción e Impunidad en la Contratación Pública Tomo I*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 302-302.

[7] Real Academia Española, “Diccionario de la Real Academia de Lengua Española”, accedido el 28 de junio de 2021. <https://dle.rae.es/concreto?m=form>

*Concreta*: “Preciso, determinado, sin vaguedad.”

*Inmediata*: “Que sucede enseguida, sin tardanza.”

*Imprevista*: “No previsto.”

*Probada* “Acreditado como verdad en los autos”

*Objetiva* “Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce.”

[8] *Ibíd.* Cabanellas 60 y 61

[9] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 3.

[10] Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2016).

[11] LÓPEZ, WILLIAM. *Tratado de Contratación Pública*. Segunda Edición. Quito-2011. Pág.126-128.

Atentamente,

***Documento firmado electrónicamente***

Sra. María Sara Jijón Calderón, LLM  
**DIRECTORA GENERAL**

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-2183-EXT

Copia:

Señora Doctora  
Andrea María García Benítez  
**Coordinadora General de Asesoría Jurídica**

Señor Magíster  
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua  
**Director de Asesoría Jurídica, Encargado**

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

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

nv/js/ag/la