

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0140-OF

Quito, D.M., 22 de noviembre de 2021

Asunto: Absolución de consulta, Carta Ciudadano Nro. CIUDADANO-CIU-2021-59971, 22 de octubre de 2021, suscrito por el Director Nacional Administrativo y Servicios de la Contraloría General, renovación contrato arrendamiento garantía fiel cumplimiento, Art. 74 LOSNCP, Art. 368 Res. 072

Señor Magíster
Alex Ernesto Lozano Guerrero
Correo electrónico: alozano@contraloria.gob.ec

De mi consideración:

En atención a la Carta Nro. CIUDADANO-CIU-2021-59971, de 22 de octubre de 2021, mediante la cual el Director Nacional Administrativo y Servicios de la Contraloría General, consulta a este Servicio Nacional: “¿Se debería requerir al Arrendador la renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato principal No. 002-CGE-DNGI-2021 suscrito el 16 de abril de 2021 (cuya vigencia es del 1 de abril hasta el 28 de octubre del 2021), ampliando la misma hasta el plazo total de la renovación, esto es, hasta el 16 de junio de 2022?”

Al respecto cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su pedido se encuentra como anexo:

1.1 Memorando No. 789-DNJ-AGAJ-2021, de 21 de octubre de 2021, el Abg. Jorge Gonzalo Magaldi V. emitió criterio jurídico, relacionado con la consulta efectuada al SERCOP en el que concluyó: “(...)En virtud de todo lo expuesto, queda claro que las partes se sometieron al imperio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y supletoriamente, en lo que no esté previsto, a las disposiciones de la Ley de Inquilinato y el Código Civil, por tal razón, es aplicable el artículo 77 de la LOSNCP, que instruye que la devolución de las garantías se realiza al momento de la firma del acta de recepción definitiva o única; y, dado que en el presente caso, aún no se ha suscrito dicha acta debido la renovación suscrita el 15 de octubre de 2021, corresponde mantener vigentes las garantías tanto del contrato principal como el accesorio ya que en conjunto conforman un mismo instrumento legal debido a que las obligaciones nacidas de la renovación suscrita el 15 de octubre de 2021, se desprenden directamente de las contenidas en el contrato No. 002-CGE-DNGI-2021, cuyo objeto es el “SERVICIO DE ARRENDAMIENTO DE UN BIEN INMUEBLE EN LA CIUDAD DE QUITO PARA USO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO”. ”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, en lo relativo a la contratación pública, las instituciones del Estado se regirán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante -LOSNCP-, su Reglamento General, así como, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública en adelante-SERCOP-.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0140-OF

Quito, D.M., 22 de noviembre de 2021

El SERCOP ejercerá solamente las facultades que les son legalmente conferidas, por lo que, al tenor del artículo 10 de la LOSNCP y artículo 6 de su Reglamento General, se han atribuido competencias expresas, dentro de las cuales se encuentra, el 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 conexa 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.

Dentro de los procedimientos de contratación para el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, en los que las entidades contratantes tienen calidad de arrendador o arrendatario nos encontramos en una situación especial puesto que estas de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública realizarán sus contrataciones obligatoriamente aplicando la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexa, toda vez que cuentan con recursos públicos (artículo 3 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado); así mismo los contratos que correspondan al arrendamiento de bienes muebles o inmuebles se regirán de manera supletoria por las normas contenidas en la Ley de Inquilinato y al Código Civil.

El tratadista colombiano Omar Franco Gutiérrez, en su libro “La contratación Administrativa”, define al Contrato Administrativo” como: [1]“(…) *un acuerdo que se celebra entre la Administración y un particular, tendiente a que este dé, haga algo o se abstenga de hacer algo a favor de la Administración, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la Administración obra en nombre del Estado.*”, de esta definición se puede constatar que para que se pueda hablar de un contrato administrativo es preciso que existan dos partes, siendo estas la administración (es decir la entidad contratante), y por otra parte el particular o más conocido como contratista que será quien se obliga a dar, dar, hacer o no hacer una actividad por la cual obtendrá un rédito económico.

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, en estos casos la normativa de la Ley de Inquilinato y el Código Civil se pueden 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 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 conexa.

En lo que se refiere a la renovación de los contratos de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, conforme lo establece el artículo 368 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP: “*El contrato de arrendamiento se celebrará por el plazo*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0140-OF

Quito, D.M., 22 de noviembre de 2021

necesario, de acuerdo al uso y destinación que se le dará, vencido el cual podrá, de persistir la necesidad, ser renovado. (...)”.

Por renovación se entiende a:[2] *“la acción y efecto de renovar (volver algo a su primer estado, dejarlo como nuevo, reestablecer algo que se había interrumpido, sustituir una cosa vieja por otra nueva de la misma clase, reemplazar algo).*

Entonces, el contrato que ha fenecido será reestablecido, circunstancia que se efectuará en las mismas condiciones con las que se generó el contrato inicial entre las partes, por lo tanto, si en el contrato inicial la entidad contratante estableció que la arrendadora deba extender una garantía de fiel cumplimiento por el 5% del valor del contrato principal, esta garantía debe mantenerse al momento de generar la renovación del contrato, variando el valor de la garantía de acuerdo con el precio del contrato que se renueva.

En ese marco la doctrina, determina que: [3] *“(…) 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. (...)*”.

Bajo este margen de libertad decisoria, a pesar de la situación especial con la que cuentan los contratos de arrendamiento generados entre entidades públicas y proveedores, su representa estableció que la contratista (arrendador) se encuentra obligada a extender la garantía de fiel cumplimiento establecida en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que deberá mantener la garantía al momento de renovar el contrato.

III.CONCLUSIÓN:

Luego del análisis efectuado se concluye que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* (Artículo 1561 Código Civil), por lo tanto, si en el contrato inicial la entidad contratante bajo su margen de libertad decisoria ha establecido la necesidad de que el Arrendador entregue al momento de la celebración del contrato de arrendamiento una de las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y toda vez que el monto del contrato sea superior a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Estas mismas condiciones deberán ser trasladadas a la renovación del contrato y en este sentido el Arrendatario presentará la garantía correspondiente al 5% del valor del contrato de arrendamiento renovado.

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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0140-OF

Quito, D.M., 22 de noviembre de 2021

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 autorizada por el Director General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución 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 legales pertinentes.

[1] Omar Franco Gutierrez, “*La Contratación Administrativa: Definiciones*”, Primera Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1989, pag. 21-23.

[2] <https://definicion.de/renovacion/>

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

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-3961-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef