

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL
EXTRACTOS DE CONSULTAS

ABRIL 2017

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

OF. PGE. N°: 10229 de 18-04-2017

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“Es procedente aplicar los nuevos porcentajes correspondientes a contratos complementarios, diferencia en cantidades de obra y órdenes de trabajo contemplados en los artículos 87, 88 y 89, de la reforma a la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de marzo del 2017, a los contratos adjudicados y celebrados antes de la vigencia de dicha reforma”.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017 y en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando el principio de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede en cambio dar ese efecto: 1) cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si

se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a la anterior”.

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que a aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”.

Por lo expuesto en atención a los términos de su consulta se concluye que respecto a los contratos celebrados antes de la vigencia de la LOECP, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante en cada

caso particular verificar el cumplimiento de los porcentajes que para contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra le sean permitidos por la ley vigente al momento de la suscripción del contrato principal.

CONTRATOS DE OBRA, PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE CONSULTORÍA

OF. PGE. N°: 10210 de 17-04-2017

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR, CELEC EP

CONSULTAS:

“1.- ¿En los contratos de obra, prestación de servicios y de consultoría, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se puede considerar como porcentaje máximo para la instrumentación de contratos complementarios el treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal?”.

2.- ¿En los contratos de obra, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se puede ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco por ciento (25%) del valor reajustado del contrato, por diferencia en cantidades?”.

3.- ¿En los contratos de obra, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública se puede utilizar hasta el diez por ciento (10%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje?”.

PRONUNCIAMIENTO:

En atención a los términos de sus consultas, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra, en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

OF. PGE. N°: 10205 de 17-04-2017

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1. ¿Atento el contenido de la regla prevista en el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos principales suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra las normas jurídicas que regulan sus contratos principales, es decir, las anteriores a la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública?

2. En caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obras en el marco de la ejecución de contratos principales resultantes de procedimientos precontractuales iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencia de cantidades de obra las disposiciones previstas en la normativa vigente para la época de la convocatoria de los referidos procedimientos precontractuales, es decir, las anteriores a la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que a aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este

punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

2. Sobre la aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic comentan:

“Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra (...).

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ella producidos *después* de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes (...).”.

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que respecto a aquellos contratos que se suscriban como consecuencia de la ejecución de procedimientos precontractuales iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, sin que se hayan suscrito los contratos respectivos, en virtud de que a la fecha de promulgación de la indicada Ley Orgánica no se formalizó el vínculo contractual, se deben observar las disposiciones vigentes a la fecha de suscripción del contrato, es decir, las normas contenidas en la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

OF. PGE. N°: 10209 de 17-04-2017

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE DESARROLLO ESTRATÉGICO - ECUADOR ESTRATÉGICO EP

CONSULTA:

“Para la suscripción de nuevos contratos complementarios que devienen de contratos principales ya suscritos antes de la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública y sus correspondientes reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debería aplicarse para su suscripción las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica para Eficiencia en la Contratación Pública?, o se debería, respetando los contratos principales ya suscritos y la normativa vigente a la época de su celebración (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resoluciones del SERCOP), suscribir contratos complementarios aplicando las anteriores disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, relativas a los contratos complementarios?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley

en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra, en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante en cada caso particular verificar el cumplimiento de los porcentajes que para contratos complementarios, ordenes de trabajo y /o diferencias de cantidades de obra le sean permitidos por la ley vigente al momento de la suscripción del contrato principal.

Elaborado por: **Dra. Mónica Basantes Gaona**
Revisado por: **Dr. Javier Ribadeneira Sarmiento**

28-04-2017