

## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

**Asunto:** Respecto a la finalización de las declaratorias de emergencia.

Máximas Autoridades  
Entidades contratantes

### Artículo 1

#### LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

De mi consideración:

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, es el órgano que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP y su fin fundamental es exigir el cumplimiento de los principios prescritos en la misma Ley, y aquellas actividades inherentes a los mismos.

Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

#### I.- Antecedentes:

De conformidad con los numerales 12 y 17 del precitado artículo 10 de la LOSNCP, el SERCOP tiene entre sus atribuciones legales, las de capacitar y 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.

Por consiguiente, 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.

Adicionalmente, en función al principio de coordinación previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 28 del Código Orgánico Administrativo, le corresponde a este Servicio Nacional instar a los actores del SNCP al cumplimiento de las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico ecuatoriano cuya rectoría le corresponde a otras instituciones del sector público, como aquella inherente a las atribuciones y funciones del máximo órgano de control e interpretación constitucional del Ecuador -Corte Constitucional-. Esto último, a efectos de garantizar que las compras públicas cumplan con los mandatos prescritos en los artículos 227 y 288 de la Norma Suprema.

#### II.- Ordenamiento jurídico aplicable:

El numeral 25 del artículo 66 de la Carta Magna reconoce y garantiza a las personas el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

El artículo 226 de la Norma Suprema prescribe que: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o 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 y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*

El artículo 288 *Ibíd*em manda que: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”.*

El artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador determina que: *“La Corte Constitucional es el*

## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

*máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia [...]”.*

El numeral 8 del artículo 436 del mismo Texto Supremo establece como una de las atribuciones de la Corte Constitucional: “Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”.

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCOP, establece como principios rectores del SNCP, los siguientes: “[...] legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

El numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCOP, define a las situaciones de emergencia como:

*“[...] aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”.*

El artículo 7 de la Ley Ibídem señala que el Sistema Nacional de Contratación Pública constituye un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas que están orientadas con el planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes.

El artículo 9 de la Ley en mención establece que son objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, entre otros, los siguientes:

*“1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública [...] 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna [...] 8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales; 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado [...] 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”.*

El artículo 57 de la misma Ley, respecto a las contrataciones en situaciones de emergencia, dispone que:

*“Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. **Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.** [...] 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.** Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato [...] En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la **Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos**” (énfasis añadido).*

El artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que:

*“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*

## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

*por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”.*

La Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, contenida en la Resolución Externa Nro. R.E.-SERCOP-2016-0000072, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial Nro. 245, de 29 de enero de 2018, fue reformada en lo concerniente a contrataciones en situaciones de emergencia, a través de las resoluciones externas números: RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 461 de 23 de marzo de 2020, y RE-SERCOP-2020-0105, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 490 de 09 de abril de 2020.

El artículo 361.1 de la mentada Codificación establece que: *“El plazo de duración de la declaratoria de emergencia no podrá ser mayor a sesenta (60) días, salvo que esté vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, relacionado a la situación de emergencia; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeditado a lo decretado por el Presidente, en lo que fuera aplicable”.*

### III.- Análisis:

El 15 de mayo de 2020, el Presidente de la República expidió el Decreto Ejecutivo Nro. 1052, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial Nro. 209 de 22 de mayo de 2020, mediante el cual renueva el estado de excepción dispuesto mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1017 de 16 de marzo de 2020, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163 de 17 de marzo de 2020, relativo a la calamidad pública por la pandemia del COVID-19.

La constitucionalidad del mentado Decreto Ejecutivo Nro. 1052 fue declarada mediante Dictamen Nro. 2-20-EE/20 de 22 de mayo de 2020, en el cual la Corte Constitucional en los numerales 50 y 51 del acápite V, señala lo siguiente:

*“50. Un aspecto que ha causado malestar público tiene que ver con las denuncias sobre el mal uso de recursos públicos y con la corrupción durante el estado de excepción. El Decreto establece la necesidad de contar con los recursos suficientes para atender la situación de excepción. Esta necesidad tiene que ir acompañada con la garantía de que esos recursos tengan un uso efectivo para los fines del estado de excepción [...] 51. Por la razón anterior, la Corte considera que, las autoridades competentes deben transparentar la información, los procesos completos de compras públicas, el uso y el destino de los recursos públicos. **Las autoridades encargadas de las compras públicas deberán garantizar la transparencia, rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar todo el ciclo de la contratación pública, e informar a la Contraloría General del Estado acerca de las irregularidades encontradas en el ejercicio de sus competencias. De igual modo, la Contraloría General del Estado debe cumplir con su misión y las autoridades auditadas deben brindar todas las facilidades para que los órganos de control cumplan eficazmente su función**” (énfasis añadido).*

A este respecto, en la parte resolutive, la Corte Constitucional, en el numeral 14, dispuso: *“Recordar a las autoridades competentes su obligación de transparentar los procesos de compras públicas, prevenir, combatir y sancionar a las personas responsables por hechos de corrupción, y promover la veeduría y el control social a la gestión de los recursos públicos, de conformidad con los párrafos 50 al 52”.*

Que el 15 de junio de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1074, el Presidente de la República declaró el estado de excepción en el territorio nacional por calamidad pública derivada del COVID-19, por sesenta días.

Para efectos del SNCP, las situaciones de emergencia, al amparo del numeral 31 del artículo 6 de la LOSCNP, se refieren en general, a aquellas situaciones que provengan de causas de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, que son situaciones que no se puede 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 [...]”.*

## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

Pese a que nuestro ordenamiento jurídico toma a 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 equipara a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la Ley o excusa plenamente del incumplimiento inevitable en que se haya podido incurrir”[1].*

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”[2].*

Con esta distinción se entiende que la definición de emergencia, contenida en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP, es meramente ejemplificativa y no taxativa, pues 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 dichas situaciones emergentes.

En este sentido, se colige que, la declaratoria de emergencia y las contrataciones derivadas de esta deben realizarse en situaciones excepcionales, y que la carga de motivación del correspondiente acto administrativo debe reforzarse en estos casos, debiendo la entidad contratante justificar que ante la concurrencia de los escenarios y condiciones del tantas veces citado numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP, es imposible acogerse a los procedimientos del Régimen Común determinados por la Ley *Ibídem*.

Ahora bien, respecto al plazo de la declaratoria de emergencia, si bien es cierto que el artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP señala que no podrá ser mayor a sesenta (60) días, salvo que esté vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, relacionado a la situación de emergencia; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeditado a lo decretado por el Presidente, se debe prestar atención a lo que reza la parte final del aludido artículo; esto es, **que la declaratoria de emergencia se supedita al estado de excepción en lo que fuere aplicable.**

En este contexto, en primer lugar, no se debe olvidar que en situación de emergencia se habilita la contratación directa, y, en palabras de determinados autores ecuatorianos: *“[...] vale la pena referir que la contratación directa puede ser una circunstancia que suscite facilidades para que existan actos de corrupción”*. [3] Ante la eventualidad de dejar abierta la puerta hacia actos deshonestos dentro de este tipo de contrataciones, el propio autor señala que *“[e]n este tipo de contrataciones se debe controlar y dar mayor transparencia al gasto público mediante la implementación de los principios de publicidad y transparencia [...]”*. [4]

Así, el SERCOP, a través de sus reformas normativas ha reforzado la obligatoriedad de transparentar las necesidades, contratos, e informes parciales y finales en situaciones de emergencia, con el fin de publicar el destino de los fondos públicos, y permitir las acciones de control pertinentes, en procura de los principios de publicidad y transparencia, que se encuentran previstos en los artículos 227 y 288 de la Constitución, así como en los artículos 4 y 17 de la LOSNCP y artículo 13 de su Reglamento General de aplicación.

Otro punto a resaltar, es que el procedimiento especial de emergencia es utilizado por la necesidad de realizar

## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

contrataciones que permitan superar la situación de emergencia, sin perjuicio de la obligación de las entidades contratantes de procurar la selección de proveedores de forma ágil, inmediata, rápida, transparente y sencilla, siempre y cuando la emergencia lo permita, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública descritos en el artículo 9 de la LOSNCP; entre ellos, el garantizar la calidad del gasto público, evitar la discrecionalidad y más aún la arbitrariedad en la contratación pública e incentivar la participación de proveedores confiables en el Sistema.

Finalmente, se debe atender a las características esenciales de la situación de emergencia, esto es, debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. Respecto a la inmediatez e imprevisibilidad, como dos primeras condiciones, el autor ecuatoriano 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. 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 ”.[5]*

En esta línea de ideas, si bien es cierto que 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.

En este contexto, se puede colegir que, a pesar que la presencia del COVID-19 continúa motivando la emisión de un nuevo estado de excepción para suspender determinados derechos que impidan un mayor contagio, así como la atención necesaria a la población que ha sido contagiada, se debe considerar que desde la aparición de la pandemia y la consecuente primera declaratoria de estado de excepción en territorio nacional, aconteció hace más de 90 días. Es decir, en los primeros días la situación de emergencia derivada del COVID-19 fue imprevista, facultando la respuesta inmediata del aparato del Estado. Respuesta en la que, lamentablemente, han empezado a detectarse e investigarse presuntos actos de corrupción en contrataciones de emergencia que, dada su naturaleza, permiten la contratación directa.

Estos actos, que han sido de conocimiento público, han despertado la preocupación inclusive de la Corte Constitucional del Ecuador; órgano que, en el dictamen de constitucionalidad previamente citado, recordó la necesidad de transparentar los procesos de compras públicas, prevenir, combatir y sancionar a las personas responsables por hechos de corrupción, y promover la veeduría y el control social a la gestión de los recursos públicos.

### III.- Comunicado:

En consecuencia, y sumándose al pronunciamiento del máximo órgano de control e interpretación constitucional, el ente rector del SNCP, **exhorta a las distintas entidades contratantes** previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP, que den por terminadas las declaratorias de emergencia y/o se abstengan de realizar contrataciones de emergencia cuando ya no respondan al criterio de **imprevisibilidad**, de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso final del artículo 57 de la Ley Ibídem, en concordancia con el artículo 364 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Una vez que se haya reformado la planificación institucional de las distintas entidades contratantes, conforme la normativa vigente, se proseguirá con la realización de los procedimientos de contratación pública a través de los distintos procedimientos de Régimen Común previstos en la LOSNCP, que permiten un mayor apego a los



## Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0020-C

Quito, D.M., 20 de junio de 2020

principios de transparencia, concurrencia y ahorro en el gasto público; cerrando además las puertas a posibles actos de corrupción que, proliferan con meridiania facilidad en contrataciones directas en situación de emergencia, más aún, cuando tales emergencias continúan en vigencia, sin que se sigan cumpliendo con sus características.

Finalmente, es fundamental que se aplique de forma estricta las disposiciones que ha emitido este Servicio Nacional respecto al uso de la herramienta informática de compras públicas y su respectivo manual, que pueden ser encontrados en el siguiente link: <https://bit.ly/RecomendacionesEmergencia>

- 
- [1] Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.), 143-144.  
[2] *Ibíd.*, 108-109.  
[3] Holger Paul Córdova Vinueza, *Corrupción e Impunidad en la Contratación Pública Tomo I*, (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 300.  
[4] *Ibíd.*, 296.  
[5] *Ibíd.*, 302-303.

Atentamente,

### *Documento firmado electrónicamente*

Econ. Laura Silvana Vallejo Páez  
**DIRECTORA GENERAL**

Copia:

Señor Abogado  
Stalin Santiago Andino González  
**Coordinador General de Asesoría Jurídica**

Señor Máster  
Guillermo Wladimir Taco Lasso  
**Coordinador Técnico de Operaciones**

Señor Abogado  
Iván Alberto Tobar Torres  
**Coordinador Técnico de Control**

Señor Doctor  
Gustavo Alejandro Araujo Rocha  
**Subdirector General**

ui/sa/ga