

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0350-OF**

**Quito, D.M., 22 de julio de 2020**

Directora Nacional de Consultoría, Contraloría General del Estado  
Ana María Rosero Rivas  
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. 09097, de 01 de julio de 2020, e insistencia con oficio Nro. 09309, de 21 de julio de 2020, suscrito por la Dra. Ana María Rosero Rivas, en calidad de Directora Nacional de Consultoría, me permito indicar lo siguiente:

**I. ANTECEDENTES.-**

1.1.- Mediante oficio No. 09097 de 01 de junio de 2020, suscrito por la Dra. Ana María Rosero Rivas, en calidad de Directora Nacional de Consultoría, se expuso a este Servicio Nacional:

*“Mediante oficio No. 487-2020 de 16 de junio de 2020, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 26 de los mismos mes y año, el economista Jackson Herrera Cajas, Gerente General de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil-EMAPAG EP, formuló la siguiente consulta:*

*¿Conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado, es pertinente que EMAPAG EP permita la participación, calificación, evaluación por puntaje y posible adjudicación de contratos a compañías cuyos representantes legales y/o accionistas hayan recibido en su contra sentencias condenatorias aún no ejecutoriadas, por delitos como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción?.*

*A fin de contar con elementos de juicio necesarios para atender este requerimiento y por considerar que el asunto está relacionado con la entidad a su cargo, por delegación del señor Procurador General y de conformidad con el artículo 7 de la Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por este organismo, solicito disponer que se remita el criterio jurídico con relación a la materia consultada”.*

1.2.- Mediante oficio No. 9309, de 21 de julio de 2020, con el que, la Directora Nacional de Consultoría de la Procuraduría General del Estado -PGE, insiste en la solicitud de asesoría contenida en el oficio referido en líneas anteriores.

**II. ANÁLISIS JURÍDICO.-**

En observancia al artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que las instituciones del Estado, organismos, entidades, servidores y demás personas que actúen bajo una potestad estatal, única y exclusivamente podrán ejecutar las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y en la Ley, en concordancia con lo establecido en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo que determina que las actuaciones administrativas se deben someter a la Constitución, los instrumentos internacionales, la Ley, los principios y jurisprudencia aplicable.

En este contexto y previo a analizar la interrogante puesta en conocimiento de este Servicio Nacional, es pertinente señalar que, según lo determinado en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, esto quiere decir que todos los poderes y autoridades se hallan sometidos a las leyes y son garantes del cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.

Al ser el Estado el garante del cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, según lo determinado en el número 3 del artículo 11 de la misma Constitución citada, los derechos y garantías establecidos en la

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0350-OF**

**Quito, D.M., 22 de julio de 2020**

Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por la administración pública; además de que, no se podrá alegar falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de un derecho, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento[1].

De igual manera, el número 5 del artículo 11 de la norma *ibídem*, establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia[2].

Resulta imperativo que el Estado como fin garantice el efectivo goce y cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, en el caso en análisis, es menester la observancia del principio constitucional establecido en el número 2 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual es la presunción de inocencia, que presupone que toda persona es inocente y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada[3], en concordancia con lo dispuesto en el número 4 el artículo 5 de la Carta Constitucional, el cual es taxativo al determinar que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario[4].

Ahora bien, una vez contextualizado el tema que nos atañe, la Constitución de la República del Ecuador en el último inciso del artículo 233, establece de manera imperativa que: *“Las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución”*. (Lo subrayado me pertenece)

En este sentido, el número 14 del artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal, determina que una de las penas no privativas de libertad es la *“(...) Inhabilitación para contratar con el Estado que se aplicará en sentencias condenatorias por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, pena no privativa de la libertad que será comunicada al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública”*. (Lo subrayado me pertenece)

Como se puede observar, dentro de las estipulaciones del mismo Código Orgánico Integral Penal, se recoge el derecho de presunción de inocencia, al describir que debe existir sentencia condenatoria ejecutoriada dentro de los procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito[5], entre otros; en tal virtud, por tipificación expresa resulta indispensable que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, para que un proveedor se encuentre inmerso en la inhabilidad para contratar con el Estado; y, no meramente por presunciones de participación en actos de corrupción.

Es menester enfatizar que la sentencia ejecutoriada es aquella que no admite ninguno de los recursos judiciales que la ley procesal otorga y concede a las partes[6], para recurrirla en razón de no estar conformes con su contenido y que pueda traer como consecuencia su revocación, modificación o confirmación. Es así que, una vez emitida la sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos mencionados *ut supra*, se genera como consecuencia jurídica el estar inhabilitado para contratar con el Estado, por lo cual corresponde analizar que en materia de contratación pública, las inhabilidades constituyen aquellas incapacidades particulares que se imponen legalmente a ciertas personas para ejecutar ciertos actos por su calidad o circunstancia especial[7], en este sentido las inhabilidades en contratación pública se encuentran previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, y artículos 110 y 111 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante RGLOSNC.

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0350-OF**

**Quito, D.M., 22 de julio de 2020**

Por su parte, el número 1 del artículo 62 de la LOSNCP, dispone como prohibición para celebrar contratos con el Estado a quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley; es así que dentro de esta causal, se adecúa a las condenas penales determinadas en el Código Orgánico Integral Penal.

Así mismo, la doctrina señala que las inhabilidades son una restricción sobre la capacidad jurídica del contratista que se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal[8], que pueden ser divididas en: “*penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas), éticas (participación de funcionarios públicos).*”[9]”

Por consiguiente, el número 1 del artículo 62 de la LOSNCP, debe ser aplicado de manera literal, al establecer la prohibición de celebrar contratos con el Estado a aquellos que se encuentren condenados penalmente con sentencia ejecutoriada, esto se enmarca al verificar por parte de las entidades contratantes que los proveedores no ostenten esta inhabilidad desde el inicio del procedimiento precontractual hasta la etapa contractual, esto es la suscripción del contrato.

Cabe manifestar que es responsabilidad de la entidad contratante la verificación de los proveedores y que estos no se hallen incurso en las inhabilidades generales y especiales dispuestas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP y artículo 110 y 111 de su Reglamento General, bajo las sanciones previstas en el artículo 99 de la Ley ibídem.

### **III. CONCLUSIÓN.-**

En virtud de las consideraciones expuestas, de conformidad con número 1 del artículo 62 de la LOSNCP, existe prohibición expresa de celebrar contratos con el Estado a aquellos proveedores que se encuentren incurso dentro de las inhabilidades generales determinadas por Ley, como es el caso del haber sido condenado penalmente con sentencia ejecutoriada por el cometimiento de los delitos descritos en el número 14 del artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal; correspondiendo a la entidad contratante verificar que los proveedores no reúnan esta inhabilidad desde el inicio del procedimiento precontractual hasta la etapa contractual.

En tal virtud, la entidad contratante, debe calificar a todos los proveedores participantes en un procedimiento de contratación pública, que cumplan con todos los requisitos preestablecidos en los pliegos, términos de referencia y demás documentos precontractuales; respecto a los proveedores inmersos en escándalos de corrupción, únicamente se puede descalificar al proveedor que se encuentre inhabilitado, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, por el cometimiento de los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, en garantía del derecho de presunción de inocencia, contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.

Finalmente se recuerda que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 99 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante, así como los funcionarios o servidores de la misma, que intervinieron 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 Ley ibídem, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizada por el Director 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.



**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0350-OF**

**Quito, D.M., 22 de julio de 2020**

- 
- [1] Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 11, número 3.  
[2] *Ibíd*em, artículo 11, número 5.  
[3] *Ibíd*em, artículo 76, número 2.  
[4] Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, artículo 5, número 4.  
[5] *Ibíd*em, artículos 69 y 77.  
[6] Eduardo Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires: De Palma, 1993).  
[7] Daniel López Suárez, Antonio José Pérez y José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, Segunda Edición, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016) 147.  
[8] Ernesto Matalla Camacho, *Manual de Contratación de la Administración Pública*, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005) 120.  
[9] Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2016),

Atentamente,

***Documento firmado electrónicamente***

Abg. Diana Natalia Vargas Campana  
**COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA**

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-5867-EXT

Copia:

Señor Abogado  
Cristian Fernando Álvarez Sandoval  
**Analista de Normativa 2**

cá/aa/mf