

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0406-OF**

**Quito, D.M., 10 de agosto de 2020**

**Asunto:** Respuesta a oficio Nro. 09335 de la PGE, respecto a la sanción de representantes legales de las personas jurídicas conforme la Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP.

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

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 09335, de 23 de julio de 2020, mediante el cual traslada a este Servicio la consulta de la Universidad de las Fuerzas Armadas (ESPE); al respecto, me permito señalar lo siguiente:

**I. ANTECEDENTES.-**

Mediante oficio Nro. ESPE-REC-2020-01291-O, de 06 de julio de 2020, el Tcrn, Humberto Aníbal Parra Cárdenas, PhD, Rector de la Universidad de las Fuerzas Armadas (ESPE), formuló al Procurador General del Estado las siguientes consultas:

*“De conformidad a lo dispuesto en la Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de la Resolución no. RE-SERCOP-2016-0000072 emitida por el SERCOP, al declarar como contratista incumplido al Representante Legal de una Compañía y solicitar que se le incluya en el Registro de contratistas incumplidos del SERCOP, esta persona natural al despojarse de su calidad de Representante legal, puede participar como persona natural dentro de un proceso precontractual, puede suscribir contratos e incluso puede actuar como procurador común de un Consorcio constituido para participar dentro de un proceso precontractual al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”*

*¿Al declarar a una persona natural por ser representante legal de una empresa, como contratista incumplido, y no permitirle actuar dentro de otros procesos de contratación pública, la Entidad contratante estaría violentando sus derechos constitucionales de igualdad y no discriminación, tomando en consideración que la persona natural es distinta a la jurídica, y sus funciones dentro de la empresa eran en calidad de representante legal de la misma, por lo que al declararle como contratista incumplido se podría afectar sus derechos civiles del trabajo, asociación?”*

**II. ANÁLISIS JURÍDICO.-**

De conformidad con la normativa citada, y en atención a lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP podrá, en virtud de una potestad estatal, ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley, en correlación con el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, a través del cual se enmarca el principio de legalidad, en concordancia con los principios que rigen a la contratación pública y que se encuentran contemplados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP.

Ahora bien, respecto a su consulta, cabe considerar como primer análisis que el derecho a la asociación como a la libertad de contratación, determinados en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en el artículo 16 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -CADH, son de cumplimiento imperativo para este Servicio ya que forman parte del *ius cogens* y en el ordenamiento jurídico nacional.

En este sentido, la referida libertad de contratación, consiste en la facultad de decidir con quién contratar, bajo qué condiciones y acuerdos las partes intervinientes se someterán, con su expresa voluntad; en el cual, el

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0406-OF****Quito, D.M., 10 de agosto de 2020**

principal fundamento doctrinario, se lo concibe en la justicia del contrato, y esta se relaciona con establecer el equilibrio en las prestaciones recíprocas entre las partes suscriptoras de un contrato[1], y así poder participar en igualdad de condiciones o *pari passu*, sin discriminación alguna.

Sin perjuicio de lo expuesto, la libertad de contratación puede ser limitada por la Ley, conforme lo menciona el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, al determinar que los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia, como lo corresponde a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normativa conexas.

Bajo lo cual, la libertad de contratación se la relaciona directamente con el cumplimiento de los principios rectores de contratación pública como lo son, el de legalidad, participación, trato justo e igualitario, concurrencia y demás descritos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, y el artículo 4 de la LOSNCP; toda vez que con normativa expresa se limita arbitrariedades al contratar, así como se viabiliza la igualdad ante la ley, al estar prohibida la existencia de privilegios o prerrogativas a determinados oferentes, al ser tratados a todos en igualdad de condiciones; **así también al limitarse el poder sancionatorio al aplicarse lo que exclusivamente se tipifica como infracción en la normativa.**

Por otro lado, resulta menester analizar que el SERCOP, en aplicación de los artículos 288 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 4, 9, 10, 25.1, 25.2 y 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 16 de su Reglamento General, ha garantizado se otorgue preferencias en las compras públicas a las ofertas presentadas por los proveedores por su participación nacional.

En este contexto, así como los proveedores resultan beneficiarios de las preferencias que la normativa les reconoce por su origen nacional frente a otras ofertas de los proveedores, en igual sentido, la LOSNCP en la letra c) del artículo 106, ha tipificado infracciones que corresponden cuando el proveedor ha realizado una declaración errónea dentro de un procedimiento de contratación, respecto de su calidad de productor nacional. Consecuentemente, el artículo 107 de la Ley *ibídem*, ha previsto la sanción aplicable en el caso de presentarse la infracción mencionada, correspondiendo a la suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP, por un lapso de entre 60 y 180 días, y por reincidencia entre 181 y 360 días, determinando además, **que la aplicación de la sanción detallada se registrará por la normativa que el SERCOP emita para tal efecto.**

Dentro de esta consideración, y de acuerdo a la facultad normativa otorgada a este Servicio en el artículo 10 número 9 de la LOSNCP, y artículo 7 número 4 y Disposición General Cuarta de su Reglamento General, se ha expedido la Resolución Externa Nro. R.E.-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, que contiene la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP[2]; que en su Disposición General Primera ha **normado [3] la sanción a las personas jurídicas cuando se compruebe que hayan incurrido en las infracciones previstas en el artículo 106 de la LOSNCP** respectivamente, siendo el caso que **está recaerá sobre el representante legal** de la citada ficción jurídica, que conste registrada como tal en el momento del cometimiento de dicha infracción.

Sobre este punto, es indispensable señalar que la persona jurídica es un ente que no siendo el hombre o persona natural, es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones[4]; dicho de otra manera, es aquella entidad que posee existencia y responsabilidad propia y distinta a la de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución[5]; en concordancia con el artículo 564 del Código Civil que dispone que la persona jurídica es un ente ficticio, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Así mismo, las personas jurídicas requieren de la representación legal, para ejercer derechos y contraer obligaciones, a través de una persona natural que tenga la administración (representante legal o apoderado), para actuar en nombre del ente ficticio, es decir, es la atribución para actuar en el ámbito del derecho *como sujeto activo o pasivo en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse*[6]. En esta línea argumentativa, se debe señalar que los artículos 28, 570 y 571 del Código Civil, establecen que los actos de las personas jurídicas deben llevarse a cabo por parte de las personas naturales autorizadas para el efecto, quienes obran en su nombre como órganos de representación legal, conforme lo establece la ley, el contrato social o la

**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0406-OF**

**Quito, D.M., 10 de agosto de 2020**

asamblea respectiva; sin perjuicio de lo cual la imputación del acto ejecutado en representación se reputa como realizado por el mismo sujeto representado, según el artículo 1464 del referido Código.

Así pues, es perfectamente posible concebir la acción del representante de una persona jurídica, que actúa en nombre de ella, como una acción propia de la misma persona jurídica, ya que, tradicionalmente, esas acciones sólo vinculan a la persona jurídica y no a la que físicamente obra en su nombre; no obstante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 del Código de Comercio, la acción de un órgano o de una persona natural con funciones administrativas dentro de una persona jurídica podría -en ciertos casos- ser considerada como una acción de esta última, sobre todo si sus actos van en manifiesta contraposición con los intereses del representado, sin cumplir con el deber de debida diligencia o cuidado dispuesto en el artículo 125 de la Ley de Compañías, ya sea por exceder su representación de la establecida por los accionistas o socios, o por actuar contra expreso mandato, por lo que el representante será responsable de los perjuicios ocasionados.

Por consiguiente el representante legal de la compañía dentro de su gestión **será responsable por los perjuicios ocasionados de manera excepcional, siempre y cuando la norma así lo prevea expresamente, bajo los principios de legalidad y seguridad jurídica**, tal cual lo establecen las diferentes regulaciones como en societario al amparo de la Ley de Compañías en sus artículos 256 y 264, en tributario conforme el Código Tributario en sus artículos 26 al 30, y en las demás materias.

En este sentido, el representante legal al estar obligado a ejercer la representación de la persona jurídica, deberá proceder con la debida diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente, por lo cual en contratación pública al amparo de los artículos 106 y 107 de la LOSNCP y Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, se ha dispuesto como infracción el realizar una declaración errónea dentro del procedimiento de contratación pública respecto a la calidad de productor nacional del proveedor, con la correspondiente sanción[7] que recaerá en caso de proveedores que participen en calidad de personas jurídicas, en los representantes legales, mismos que serán responsables solidariamente por incurrir en la infracción expresamente tipificada en la normativa de contratación pública.

Cabe recordar además que las sanciones determinadas en la normativa de contratación pública, no transgreden los derechos de libertad de contratación, de empresa y de trabajo, pues estos están en armonía con los demás principios rectores de compras públicas, con el fin de precautelar el cumplimiento efectivo de la participación nacional, calidad, trato justo e igualitario, legalidad, entre otros.

Además, mediante la acción de protección Nro. 17460-2018-00112, interpuesta contra este Servicio Nacional, se confirmó tanto ante el Juez de Garantías Jurisdiccionales y el Tribunal Provincial, que no existe violación al derecho de libertad de contratación y empresa, por inhabilitar al representante legal de la persona jurídica, pronunciamiento emitido por el órgano competente en materia jurisdiccional, que vela por los derechos derivados del *ius cogens* y constitucionales.

### **III. CONCLUSIÓN.-**

En virtud de las consideraciones expuestas, de conformidad con los artículos 106 y 107 de la LOSNCP y Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, se ha dispuesto como infracción el realizar una declaración errónea dentro del procedimiento de contratación pública respecto a la calidad de productor nacional del proveedor, con la correspondiente sanción que recaerá en caso de proveedores que participen en calidad de personas jurídicas, en los representantes legales, que consten registrados como tales, al momento del cometimiento de dicha infracción, mismos que serán responsables solidariamente.

Bajo lo cual, la normativa de contratación pública de manera expresa prescribe que el representante legal de la persona jurídica responderá ante el cometimiento de las infracciones previstas en los artículos 106 y 107 de la LOSNCP, situación concordante con el artículo 53 del Código de Comercio, y el artículo 125 de la Ley de Compañías, que establecen la responsabilidad de los perjuicios ocasionados al representante legal de la persona jurídica cuando actúe contra expresa disposición legal; por faltar así con la debida diligencia que exige una



**Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0406-OF**

**Quito, D.M., 10 de agosto de 2020**

administración mercantil ordinaria y prudente.

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.

- 
- [1] Arturo Díaz Bravo, *Contratos Mercantiles*, 6ª, ed. (Ciudad de México: Editorial Oxford, 2001)
- [2] Misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial, Edición Especial, Nro. 245, de 29 de enero de 2018, así como en el Portal Institucional del SERCOP.
- [3] “*Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto*”, Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1998) 438.
- [4] Guillermo Cabanellas Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993).
- [5] Internacional, *Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado*, 24 de mayo de 1984.
- [6] Ricardo Treviño García, *La persona y sus atributos*, (Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002)
- [7] “*(...) De ser causal para que la entidad contratante lo descalifique del procedimiento de contratación, lo declare adjudicatario fallido o contratista incumplido, según corresponda; y, de ser el caso el Servicio Nacional de Contratación Pública aplique las sanciones previstas en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respectivamente; sin perjuicio de las acciones legales a que hubiera lugar. (...)*”. Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Atentamente,

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

Referencias:  
- SERCOP-DGDA-2020-6676-EXT

aa/mf