



Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0091-OF

Quito, D.M., 31 de enero de 2020

Asunto: Respuesta a consulta presentada por Procuraduría General del Estado, con relación al efecto jurídico de las actuaciones de funcionarios que mantienen conflicto de intereses.

Señor Doctor
Iñigo Francisco Alberto Salvador Crespo
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 07379, de 13 de enero de 2020, suscrito por el doctor Henry Vinicio Córdova López, en su calidad de Director Nacional de Consultoría, Subrogante, de la Procuraduría General del Estado, a través del cual solicitó el pronunciamiento de este Servicio Nacional; al respecto, me permito indicar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES.-

a).- Mediante oficio Nro. 07379, de 13 de enero de 2019, el doctor Henry Vinicio Córdova López, en su calidad de Director Nacional de Consultoría, Subrogante, de la Procuraduría General del Estado, informó que:

“Mediante oficio No. 001-JB-CBDMQ-2020, de 3 de enero de 2019, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 6 de los mismos mes y año, el comandante Esteban Cárdenas Varela, Jefe del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito formula la siguiente consulta:

¿Cuál es el efecto jurídico con respecto al procedimiento contractual, cuando se produce la actuación con conflicto de intereses de un servidor con rango de autoridad, incurriendo en la causal de excusa contenida en el artículo 86 numeral 3 del Código Orgánico Administrativo?”.

Por lo que, con tales antecedentes solicitó pronunciamiento de este Servicio Nacional, en los siguientes términos:

“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 del Estado, solicitó disponer que se remita a este organismo el criterio jurídico con relación a la materia consultada”.

II.- ANÁLISIS JURÍDICO.-

De conformidad con lo determinado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Para el efecto, el artículo 226 de la Norma Primera, prevé 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.

De su parte, el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que, las compras

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0091-OF

Quito, D.M., 31 de enero de 2020

públicas deberán cumplir con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social.

Al respecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP-, prevé que para la aplicación de la referida Ley, y de los contratos que de ella se deriven, se deberán observar los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

En este sentido, el artículo 10 de la LOSNCP, creó el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP-, como un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, el cual ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con las atribuciones establecidas en Ley en referencia, su Reglamento General y demás normativa conexas.

Dentro de dichas atribuciones, y conforme lo previsto en el número 17 del artículo anteriormente referido, el SERCOP es competente para: "(...) 17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema".

De aquello se concluye que, este Servicio Nacional es competente única y exclusivamente para emitir pronunciamientos orientativos respecto de la inteligencia o aplicación de las normas contenidas en la LOSNCP, su Reglamento General y de aquellas normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la referida Ley, que hayan sido expedidos por este Servicio en ejercicio de sus atribuciones, como ente rector de la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención a su requerimiento, debió indicar que la -LOSNCP- establece inhabilidades (incapacidades generales y especiales[1]) que se imponen legalmente a ciertas personas, afectando o limitando su capacidad legal para contratar o ejecutar ciertos actos por su calidad o circunstancia; y, consecuentemente para participar y ofertar en los procedimientos precontractuales de selección efectuados por las entidades del Estado.

Sin embargo, es de advertir que dichas inhabilidades constituyen un mecanismo de control para asegurar la transparencia de los procedimientos de contratación pública, que se aplica exclusivamente para verificar la probidad de los oferentes y proveedores del Estado.

Con relación a la actuación y responsabilidad de los funcionarios públicos de cada entidad contratante en el desarrollo de sus procedimientos de contratación, la LOSNCP señala en su artículo 99 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 por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar."

En ese mismo sentido, la Disposición General Primera de la LOSNCP, prevé que toda infracción a dicha Ley, cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado en el plazo de treinta (30) días.

De aquello se infiere que cada entidad contratante, y consecuentemente sus servidores públicos, deberán observar las disposiciones normativas y demás solemnidades legales atinentes a cada tipo de

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0091-OF

Quito, D.M., 31 de enero de 2020

procedimiento de contratación previstas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa conexas, para su plena validez y eficacia.

Concomitantemente con lo expuesto, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 19 establece el principio de imparcialidad e independencia con el que los servidores públicos deben actuar evitando resolver por afectos o desafectos que supongan conflicto de intereses o generen actuaciones incompatibles con el interés general, tomando sus resoluciones de manera autónoma.

En el mismo sentido, el artículo 21 del Código ibídem, indica sobre el principio de ética y probidad en el que se determina que los servidores públicos actuarán con rectitud, lealtad y honestidad, promoviendo la misión de servicio, probidad, honradez, integridad, imparcialidad, buena fe, confianza mutua, solidaridad, transparencia, dedicación al trabajo, en el marco de los más altos estándares profesionales; el respeto a las personas, la diligencia y la primacía del interés general, sobre el particular.

Por lo expuesto, el artículo 42 del COA aborda el ámbito material de aplicación del referido cuerpo legal de conformidad a las competencias atribuidas legalmente según lo prescrito en el artículo 65 ibídem, pudiendo ser transferida por casos de delegación, avocación, suplencia, subrogación, descentralización y desconcentración en los términos previstos en la ley en aplicación del artículo 68 del COA, en concordancia con lo establecido en los artículos 6 número 9; y, 61 de la LOSNCP, pudiendo el funcionario delegado excusarse o ser recusado en aplicación del artículo 86 del COA.

Es trascendental indicar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- en su artículo 60 establece que los contratos celebrados por las entidades contratantes son contratos administrativos; concordante con lo expresado, el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo en el mismo sentido define al contrato administrativo, no obstante en su segundo inciso dispone que: *“Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.”*, por lo que, en síntesis se establece que los contratos en los cuales intervienen instituciones del Estado, se rigen exclusivamente por la LOSNCP, constituyendo el Código Orgánico Administrativo norma supletoria en lo que fuere pertinente.

Es importante señalar que además de dicha normativa especializada en contratación pública, la actividad efectuada en el ejercicio del cargo público por servidores públicos en general, sea en procedimientos de contratación pública o en cualquier otra esfera del derecho público, conlleva implícito las responsabilidades por los actos realizados en el en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, siendo además responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, al amparo de lo previsto en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador; lo que a su vez implica, el cumplimiento de deberes y obligaciones previstos en cuantos cuerpos normativos de diferente jerarquía y ámbito de aplicación existan, como en el caso de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Referente a la consulta planteada es importante indicar que un servidor público no puede excusarse o ser recusado del ejercicio del cargo público y de las funciones que dicho cargo conlleva, sino en ciertas situaciones y para ciertos casos en que la ley ha previsto de manera expresa.

En este orden de ideas, la Segunda Sala de lo Civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 22 de julio de 2002, al referirse a la naturaleza jurídica de la recusación, se pronunció de la siguiente manera:

“La recusación (...) constituye excepción al principio legal de radicación de la competencia, por verse afectada la imparcialidad por haberse producido alguna de las circunstancias previstas en la Ley, correspondiendo promover ese incidente, en forma independiente y por cuerda separada a la parte que la alega, mediante demanda, o, al juez unipersonal o pluripersonal que conoce de una causa, por la



Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0091-OF

Quito, D.M., 31 de enero de 2020

presentación de la excusa fundada en la razón suficiente que implique falta de imparcialidad, en perjuicio de la objetividad e independencia o por la falta del cumplimiento de sus deberes.”

De su parte, la excusa se la puede definir de manera general, como la obligación legal de abstenerse de conocer, tramitar y resolver una controversia o litigio, por considerarse en riesgo la imparcialidad e independencia del resultado esperado.

En la especie, la excusa y recusación constituyen garantías del derecho al debido proceso, cuyo propósito es la preservación y defensa del derecho a ser juzgado por personal imparcial.

En tal virtud, las causales de excusa y recusación previstas en el artículo 86 del COA, estarían dirigidas a precautelar el cumplimiento de principios que rigen el ejercicio de la potestad pública de forma general, tales como el de eficacia, transparencia, juridicidad, buena fe, ética y probidad, **imparcialidad e independencia**; sin embargo, en materia de contratación pública como se ha expuesto previamente la entidad contratante deberá observar que ningún proveedor se encuentre dentro de las inhabilidades generales o particulares previo a la celebración del contrato.

De aquello se advierte que, dada la naturaleza jurídica de los procedimientos de contratación pública, el presupuesto fáctico que integra el **artículo 86 del COA, tendría una aplicación supletoria** en lo que pudiese caber para los procedimientos de contratación pública, siendo lo correcto abordar situaciones como las descritas en su consulta, desde el ámbito de las prohibiciones para los funcionarios públicos, previstas en el ordenamiento jurídico vigente, como en el caso de la Ley Orgánica del Servicio Público[2], situaciones en las cuales los servidores podrán excusarse de hacer o no hacer algo, con el propósito de no incurrir en infracción alguna, tal como en el caso de los **miembros de la comisión técnica**, designados para llevar adelante la fase precontractual de un procedimiento de contratación, los cuales al amparo de lo previsto en el artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, **podrán excusarse de participar en dichas comisiones, en caso de existir conflictos de intereses con los proveedores participantes.**

III.- CRITERIO.-

Con fundamento en el análisis efectuado, y en atención a los términos de su consulta, se puede concluir que las actuaciones de los servidores públicos en general son actuaciones regladas, las cuales deberán observar el ordenamiento jurídico vigente a efectos de no transgredirlo; por lo que, cuando en un procedimiento de contratación se conozcan del cometimiento de infracciones, las mismas deberán ser debidamente informadas a los organismo de control competentes, tales como la Contraloría General del Estado o Fiscalía General del Estado, según corresponda a la naturaleza de la infracción.

Por otro lado, con relación a cuál es el efecto jurídico que dicha actuación provoca dentro del procedimiento de contratación; deberé indicar que la misma estará determinada en función de la fase y/o momento en que ocurra dicha infracción, recordando una vez más que es responsabilidad de cada entidad contratante, el adoptar todas las medidas tendientes a precautelar los intereses públicos y el cumplimiento de los principios que rigen al Sistema Nacional de Contratación Pública, en los términos del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo previsto en el artículo 99 de la LOSNCP.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde al Procurador del Estado al amparo de lo previsto en el artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, determinar el sentido, alcance y correcta aplicación de la norma consultada.



Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0091-OF

Quito, D.M., 31 de enero de 2020

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Establecidas en los artículo 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con lo previsto en los artículos 110 y 111 del Reglamento General de la Ley ibídem.

[2] Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 24: *“Art. 24.- Prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos.- Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente: (...) i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos”*

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Econ. Laura Silvana Vallejo Páez
DIRECTORA GENERAL

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-0411-EXT

Anexos:

- pge0749224001579019387.pdf

Copia:

Señor Abogado
Stalin Santiago Andino González
Coordinador General de Asesoría Jurídica

Señor Doctor
Gustavo Alejandro Araujo Rocha
Subdirector General

Ana María Rosero
PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

dd/jg/mf/sa/ga