

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0486-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

Asunto: Absolución de consulta, oficio No. 15467, de 02 de septiembre de 2021, suscrito por la Directora Nacional de Consultoría de la Procuraduría General del Estado, certificación operadores- Máxima Autoridad, Art. numeral 16 del art. 10 LOSNCP

Señora Doctora
Ana María Rosero Rivas
Directora Nacional de Consultoría
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
Correo electrónico: csanchez@pge.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio No. 15467, de 02 de septiembre de 2021, suscrito por la Directora Nacional de Consultoría de la Procuraduría General del Estado, mediante el cual, plantea la siguiente consulta a este Servicio Nacional:

"[...] De conformidad con lo dispuesto en el numeral 16, del artículo 10 (reformado) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ¿Deben certificarse como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública las máximas autoridades de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública? [...]"

Cúmpleme indicar:

I.- ANÁLISIS JURÍDICO:

Las competencias del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, se encuentran expresamente determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [en adelante LOSNCP] y en su Reglamento General de aplicación, que a su vez, y de acuerdo a los principios de la administración pública, deben ser ejercidos de conformidad con el principio de juridicidad previsto en los artículos 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-.

La atribución reglada en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNCP, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual, conforme la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen alguno a la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias; en este sentido, su competencia se centra sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema; así como, garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Respecto a la consulta planteada, es pertinente resaltar, los artículos 5 de la Codificación del Código Civil, que establece: *"La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República. [...] La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro"*; el 6 claramente dispone que: *"La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces"*; el artículo 13 prescribe que: *"La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna"*.

Por otro lado el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en la que se define al servidor público como: *"[...] todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público."*

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0486-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

Partiendo de esta definición se determina que las Máximas Autoridades son servidores públicos en función de que ejercen un cargo o función en la entidad, siendo incluso quienes tienen a su cargo la representación legal, judicial y extrajudicial de la entidad que dirigen.

Por otro lado, el artículo 2 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, se desprende que todos aquellos servidores y funcionarios públicos que sean parte de las entidades contratantes sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tienen la obligación de certificarse sobre todo si estos servidores y funcionarios son los que intervienen en los diferentes procedimientos de contratación pública, en concordancia con el artículo 487 de la citada Codificación al señalar: “[...] los postulantes deberán ser servidores públicos que pertenezcan a las áreas de Contratación Pública o a las áreas que participen en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación, de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Adicionalmente las últimas reformas a la LOSNCP contempladas en el Segundo Suplemento del R.O. No. 392 (Ley Anticorrupción) sustituye el numeral 16 del art. 10 de la dicha Ley determinando: “Certificar a los servidores públicos de las entidades contratantes como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las personas interesadas en ingresar al sector público, a fin de avalar sus conocimientos y habilidades. Todo servidor público que participa en las fases del procedimiento de contratación, deberá estar certificado conforme este numeral.”, razón por la, que este artículo tiene que ser aplicado en todos los procedimientos que requieran suscribir documentación respecto a la fase preparatoria, precontractual y contractual, a partir del 17 de agosto del 2021.

Si analizamos que existe la posibilidad de delegar las atribuciones, en aplicación de lo que señala el artículo 6 número 9 a) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esta delegación no resta la responsabilidad con la que cuenta la máxima autoridad de la entidad contratante esto se encuentra también establecido en el tercer inciso del artículo 99 de la misma Ley Orgánica que indica: “[...] **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.**[...]”.

Esta responsabilidad del delegante ha sido mencionada en la absolución de consulta efectuada por la Municipalidad de Guayaquil (OF. PGE. No.: 04676 de 12-11-2008.), en la cual el Procurador General del Estado indica: “[...] Si la máxima autoridad de la entidad contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRAS PÚBLICAS. [...] **Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante.** [...] Para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna. [...] Es clara la ley, en cuanto a la no exclusión de responsabilidades al delegante, en el orden administrativo de las decisiones y acciones que el delegado ejecute, ya que estas serán siempre en nombre de la autoridad delegante. Cabe citar, para esclarecer el alcance de dicha disposición, que según el vigente Decreto Supremo 532, R. O. 62 de 23 de septiembre de 1963, en su artículo 1, dispone: “...Los Ministros de Estado son personalmente responsables por los actos de la Función Ejecutiva que autoricen con su firma o por medio de delegación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en cada caso, corresponde a los funcionarios y empleados delegados.”. Es decir, si bien el delegante responderá hasta las acciones ejecutadas administrativamente y en el ámbito de sus competencias, este no podrá responder por las infracciones y delitos que ejecute el delegado, ya que estos son de carácter meramente personal, si excedió de las facultades delegadas.”[1]

II. CONCLUSIÓN:

En conclusión, de acuerdo con el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado; y, a las normas legales antes indicadas, podemos determinar que las Máximas Autoridades de las entidades contratantes, al ser servidores públicos de la entidad, así también, al contar con la representación legal, judicial y extrajudicial de la

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2021-0486-OF

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2021

entidad contratante a su cargo, esto sin perjuicio de la delegación de atribuciones a las que tiene facultad en aplicación del numeral 9a del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, adquieren entonces la obligación de certificarse en calidad de operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de que estas autoridades son responsables de los procedimientos de contratación que se realizan en las entidades a su cargo; En otras palabras, todo servidor público (incluido la máxima autoridad) que intervenga en cualquier etapa del procedimiento de contratación pública, sea en la preparatoria, precontractual o contractual, deberán de forma obligatoria certificarse.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Absolución de consultas, Procuraduría General del Estado, **OF. PGE. No.:** 04676 de 12-11-2008, entidad consultante: Municipalidad de Guayaquil.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Sra. María Sara Jijón Calderón, LLM
DIRECTORA GENERAL

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2021-12087-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/js/ag