



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

Oficio N° 06874

Quito, DM. 28 NCV 2019

Señor Ingeniero
Rafael Dávila Eguez
**PREFECTO DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
PROVINCIAL DE LOJA**
Loja -

Señor Prefecto

Me refiero a su oficio No. 0000544 de 28 de agosto de 2019, ingresado en la Dirección Regional de Loja de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Loja, el 30 de los mismos mes y año, y recibido en este despacho el 4 de septiembre de 2019, mediante el cual formuló las siguientes consultas

1. **Se configuraría una inhabilidad de las previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en un contrato que se encuentra en ejecución, que ha sido suscrito con anterioridad a la posesión de las nuevas autoridades de la entidad, cuando los socios de la contratista tiene (sic) parentesco de consanguinidad, con la segunda autoridad provincial (Viceprefecta).**
2. **De ser positiva su respuesta, se debería dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo.**
3. **Se podría celebrar contratos con personas que mantengan espacios en el medio de comunicación, en el cual los socios tiene (sic) parentesco con la segunda autoridad provincial**

1.- Antecedentes.-

1.1 Sus consultas iniciales fueron formuladas mediante oficio No 0000447 de 11 de julio de 2019, ingresado en la Dirección Regional de Loja de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Loja, el 17 de los mismos mes y año, no obstante, por estar referidas a casos concretos y no a la aplicación general de normas, mediante oficios Nos 00621-LJ y 00660-LJ de 24 de julio y 19 de agosto de 2019, la Dirección Regional de esta Procuraduría solicitó a la entidad de su representación reformular los términos de las mismas, lo que fue atendido con el oficio al que se hizo referencia al inicio del presente

1.2. En forma previa a atender sus consultas, y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos 05868, 05869 y 05870 de 20 de septiembre de 2019, este organismo solicitó los criterios institucionales del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador (en adelante CONGOPE) y del Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE) Con oficios Nos 06057 y 06058 de 3 de octubre del presente año, este organismo insistió en los referidos requerimientos al SERCOP y al CONGOPE.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA
05132 2019
Página 2

1.3 Los requerimientos mencionados en el acápite anterior fueron atendidos por el Secretario General del CNE, mediante oficio No CNE-SG-2019-2793-Of de 27 de septiembre de 2019, recibido en este despacho el 30 de los mismos mes y año; por el Director Ejecutivo del CONGOPE, con oficio No DE-2019-0274-Of de 4 de octubre de 2019, ingresado en esta institución el mismo día; y, por la Directora General del SERCOP, a través de oficio No SERCOP-SERCOP-2019-0861-OF de 14 de octubre de 2019, ingresado en este despacho el mismo día

1.4 El criterio del procurador síndico del gobierno autónomo que usted representa, contenido en el memorando No GPL-PS2019-333-M de 28 de agosto de 2019, cita los artículos 225, 226, 252 y 288 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE), 1, 2 numeral 3, 22, 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante LOSNCP) y 88 y 89 numeral 2 de su Reglamento General³ (en adelante RLOSNCP), 43 y 51 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante COOTAD); y, 90 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia⁵ (en adelante LOE) y concluye

En relación al primer pronunciamiento solicitado, señalo que el Gobierno Provincial de Loja, contrató con anterioridad a la posesión de las nuevas autoridades de la entidad, un proceso de comunicación social, bajo régimen especial, a fin de difundir las actividades institucionales, con un medio de comunicación del cual los socios tienen parentesco de consanguinidad con la nueva autoridad posesionada (segunda autoridad provincial), contrato que se encuentra en ejecución, ante lo cual considero no existe inhabilidad ninguna, dado que su suscripción se dio antes del inicio de elecciones en la institución de la autoridad señalada

En cuanto al segundo aspecto del cual solicitan criterio legal, puesto que la entidad se proyecta contratar el servicio de publicidad institucional bajo régimen especial, con radiodifusores que tienen contratos de espacios con medios de comunicación en los cuales sus socios tienen parentesco con la segunda autoridad provincial, la Procuraduría Sindica considera que, no se configuran inhabilidades para contratar, en razón de que la máxima autoridad suscribe contratos con los radiodifusores que de manera personal contratan transmisiones en medios de comunicación masiva, y con ello la entidad provincial no crea ninguna relación contractual con el medio de comunicación ni con sus socios

1.5 El criterio del CNE, contenido en el memorando No. CNE-DNAJ-2019-1 701-M de 27 de septiembre del presente año, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, cita el artículo 166 de la LOE y concluye

Al respecto, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en su artículo 166 establece "() Cuando la resolución de adjudicación de puestos esté en firme, la correspondiente autoridad electoral emitirá las respectivas credenciales, que serán entregadas por el Presidente del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Regional o Provincial Electoral según corresponda. La constancia de

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No 449 de 20 de octubre de 2008

² LOSNCP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 395 de 4 de agosto de 2008

³ RLOSNCP publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 588 de 12 de mayo de 2009

⁴ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 303 de 19 de octubre de 2010

⁵ LOE publicada en el Registro Oficial No 578 de 27 de abril de 2009



la entrega de credenciales se registrará en el libro de actas correspondiente, firmadas por la presidencia, la secretaria y por la o el candidato electo quien estará habilitado para posesionarse en la función correspondiente ()” (Énfasis añadido), de lo que se desprende, que una autoridad de elección popular una vez que recibe credencial por parte de la autoridad electoral, esta habilitado para ejercer la función para la cual fue electo, sin perjuicio de su posesión ante el órgano correspondiente

1.6. De su parte, en el criterio del CONGOPE, constante en el informe No 057-2019-DAJ-2019 de 30 de septiembre de 2019, el Director de Asesoría Jurídica de esa entidad asociativa cita los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, 43 y 329 del COOTAD, y, 86 del Código Orgánico General de Procesos⁶, sobre cuya base concluye

PREGUNTA UNO

De acuerdo a lo consultado por el Gobierno de Loja, se colige que si un contrato al momento de ser suscrito tiene toda la validez procesal y contractual, sin vicio alguno, es una garantía para el ciudadano o ciudadanos contratantes ya sean socios, esto sin perjuicio de existir hechos futuros inciertos o como el caso de nuevas (sic) en la entidad parientes (sic) de contratistas

Por lo expuesto a criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica, no existe argumento para configurar algún tipo de inhabilidad contractual, por cuanto la certeza jurídica deviene de actos perfectamente permitidos en su tiempo

PREGUNTA DOS

No aplica

PREGUNTA TRES

Bajo el principio de libertad de empresa, las personas que trabajen en un medio de comunicación privado, pueden mantener contrato por Régimen Especial de Comunicación con el Gobierno Provincial que los seleccione bajo los criterios técnicos y estudios pertinentes previos, definitivos, oportunos los cuales deben ser realizados por el área vinculada al caso

RECOMENDACIÓN

En general podemos manifestar como recomendación que de existir la participación de una autoridad en alguna gestión administrativa sujeta a un proceso contractual en donde el contratado o socio resultare pariente de ésta autoridad, es recomendable que la misma se excuse de participar en tal gestión ()

1.7 Por otro lado, la Directora General del SERCOP cita los artículos 82, 226, 229 y 288 de la CRE, 62, 63, 64 y 99 de la LOSNCP y 110 y 111 de su Reglamento General, 14 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante COA), y, 43 del COOTAD, sobre cuya base concluye

⁶ Código Orgánico General de Procesos publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 506 de 22 de mayo de 2015
⁷ COA publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 31 de 7 de julio de 2017



En virtud de las consideraciones expuestas, el número 1 del artículo 63 de la LOSNCP como el 111 de su Reglamento General, deben ser aplicados de manera expresa por la entidad contratante, y por ende se debería verificar que los proveedores no estén incurso en esta inhabilidad desde el inicio del procedimiento precontractual hasta la etapa contractual, esto es la suscripción del contrato, consecuentemente, resulta improcedente el realizar la verificación de inhabilidad del proveedor con circunstancias diferentes de las que dieron origen a la celebración del contrato, tal como en el presente caso, en el cual se pretende en la ejecución contractual, revisar la inhabilidad determinada en los artículos citados, con nuevas autoridades que no se encontraban en funciones a la fecha de suscripción del contrato

Así mismo, la prohibición de celebrar el contrato con la entidad contratante dispuesta en el número 2 del artículo 62 de la LOSNCP (inhabilidad general), debe señalar de manera expresa al Viceprefecto, en el caso que nos ocupa, el Viceprefecto, no tiene una inhabilidad general pero si tiene una inhabilidad especial determinada en el número 1 del artículo 63 de la LOSNCP por lo que se debe considerar que, solo si este Viceprefecto subrogara en funciones al Prefecto tendría una inhabilidad general conforme lo determinado en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP antes analizados, y solo durante el tiempo que dure esta subrogación

1.8 Como se observa, los criterios jurídicos de la entidad consultante, del SERCOP y del CONGOPE, coinciden en manifestar que no existe inhabilidad del proveedor cuando, con posterioridad a la celebración del contrato, se verifican circunstancias diferentes, como en el caso en que su suscripción se hubiere producido antes de la posesión de las nuevas autoridades, especificando el SERCOP que, únicamente si el Viceprefecto subrogara en funciones al Prefecto incurriría en inhabilidad mientras dure la subrogación

Por su parte, el criterio del CNE señala que, un dignatario de elección popular, una vez que recibe la credencial por la autoridad electoral, está habilitado para ejercer la función, sin perjuicio de su posesión

2.- Análisis -

Atiendo sus consultas en forma conjunta, por estar relacionadas con las inhabilidades para contratar establecidas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, para lo cual se considera previamente que los artículos 82 y 226 de la CRE establecen el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, que exigen normas previas, claras y públicas, aplicadas por autoridades competentes

Respecto a las prohibiciones previstas para los servidores públicos, la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁸ (en adelante LOSEP) establece

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de

⁸ LOSEP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA
05132 2019
Página 5
06874

hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés,

Del artículo citado se observa que se prohíbe a todo servidor público tramitar o suscribir contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener beneficios para sí, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, haciéndose extensiva a las empresas, sociedades o personas jurídicas en las que estos tengan interés

De otra parte, respecto a las inhabilidades generales para celebrar contratos con las entidades contratantes, el artículo 62 de la LOSNCP incluye, en su numeral 2 a los "() *prefectos y alcaldes, así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores*" En este contexto, el artículo 110 del RGLOSNCPP precisa que "*tratándose de los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco*" (El resaltado me corresponde)

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 63 de la LOSNCP, referido a las inhabilidades especiales que impiden la suscripción de contratos a los servidores de la misma entidad contratante incluye a "*Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción*"

El numeral 2 del artículo 111 del RGLOSNCPP, con relación a las inhabilidades especiales previstas en el artículo 63 de la LOSNCP, expresa

2 Las personas jurídicas con respecto de forma específica a la entidad contratante, en las que sean socios, accionistas o directivos los funcionarios, servidores o dignatarios que están inhabilitados de forma general o especial, o sus cónyuges

Sobre el tema, en pronunciamiento contenido en oficio No 11277 de 3 de enero de 2013, la Procuraduría General del Estado analizó las normas que establecen las inhabilidades para contratar por parte de los servidores públicos, concluyendo lo siguiente:

Del contexto general de las normas relativas a las inhabilidades para contratar con el Estado, que han quedado citadas, se establece que la prohibición de suscribir convenios o contratos con el Estado, está referida a aquellos contratos que celebre la respectiva entidad pública contratante. Así, los **servidores públicos y sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como las personas jurídicas en que éstos tengan participación, están impedidos de suscribir contratos con la entidad en la que el respectivo servidor ejerza sus funciones**, pues de hacerlo incurrirían en dicha prohibición

En igual prohibición se encuentran los **servidores que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren favorecer a su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así**



como las personas jurídicas de derecho privado o sociedad de hecho en las que tengan participación dichos servidores, su conyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aún cuando hubieren renunciado a sus funciones, según el numeral 3 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 de su Reglamento (Lo resaltado me corresponde)

Por otro lado, el COOTAD en el Título VIII "*Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados*", Capítulo IV "*Prohibiciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados*", letra l) del artículo 331, prohíbe a los ejecutivos de los GAD

l) Asignar cargos y contratos a parientes que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aún a través de interpuesta persona o a través de personas jurídicas de conformidad con la ley

Las mismas prohibiciones serán aplicables a quienes ejerzan estas funciones en reemplazo del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 219 de la CRE establece, entre las funciones del CNE, el "*Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los computos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones*" (Lo resaltado me corresponde)

El artículo 16 de la LOSEP precisa que, para desempeñar un puesto público, se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora y que "*El término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán*"

Con relación a los dignatarios de elección popular es importante considerar que la LOE, en la Sección Quinta "*Adjudicación de escaños en elecciones pluripersonales*", regula la proclamación de los candidatos electos por parte de las autoridades electorales, la entrega de credenciales y posesión de autoridades electas

El inciso primero del artículo 165 de la LOE dispone que "*Las autoridades electorales proclamarán electas o electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos*"

El artículo 166 ibidem prevé que, una vez que la resolución de adjudicación de puestos esté en firme, la correspondiente autoridad electoral "*emitirá las respectivas credenciales, que serán entregadas por el Presidente del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Regional o Provincial Electoral según corresponda*", agregando que la constancia de la entrega de credenciales se registrará en el libro de actas correspondiente, firmadas por la presidencia, la secretaría y el candidato electo, "*quien estará habilitado para posesionarse en la función correspondiente*" (Lo resaltado me corresponde)

En este contexto, el artículo 167 de la LOE señala que una vez "*posesionados los candidatos triunfantes en las elecciones, se considerará concluido el proceso electoral, sin que esto afecte la competencia de las autoridades electorales para imponer las sanciones posteriores previstas en esta ley*"



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA

05132-2019

Página 7

06874

Adicionalmente, el inciso final del artículo 9 del Régimen de Transición de la CRE previó que, a fin de que las elecciones locales no sean concurrentes, los periodos de los prefectos y viceprefectos, entre otras autoridades de las entidades del régimen seccional autónomo, concluirían sus periodos el 14 de mayo de 2014 y el 14 de mayo de 2019. En idéntico sentido constan la Disposición Transitoria Primera de la LOE y la Disposición Vigésimo Quinta del COOTAD.

Del análisis de las normas antes señaladas se observa que la entrega de credenciales, habilita a la posesión de la autoridad de elección popular, siendo necesaria su posterior posesión para ejercer las funciones en la respectiva dignidad. Es importante señalar, adicionalmente, que las anteriores autoridades de los gobiernos provinciales estuvieron en funciones hasta el 14 de mayo de 2019, según las Disposiciones Transitoria Primera de la LOES y Vigésimo Quinta del COOTAD.

Sobre la terminación por mutuo acuerdo, materia a la que se refiere su segunda consulta, el artículo 93 de la LOSNCP dispone

Art 93 - Terminación por Mutuo Acuerdo - Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista

Según la norma transcrita, las causas que motivan la terminación por mutuo acuerdo, de un contrato sujeto al ámbito de la LOSNCP, son i) circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o ii) causas de fuerza mayor o caso fortuito que hagan que no sea posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato.

Finalmente, la contratación de productos comunicacionales o servicios de publicidad institucional, a la que alude su tercera consulta, es materia reglada por el RLOSNCP, cuyo artículo 88 la sujeta a régimen especial. En tal contexto, el numeral 2 del artículo 89 del mismo reglamento, se refiere tanto a la contratación de medios de comunicación como a espacios comunicacionales.

Del análisis jurídico efectuado se observa que, de conformidad con los artículos 24, letra j) de la LOSEP, 63 numeral 4 de la LOSNCP y 111 de su Reglamento General, no se pueden celebrar contratos con los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la segunda autoridad provincial o con las personas jurídicas en las que sea socio, accionista o directivo el dignatario que esté inhabilitado de forma general o especial, o su cónyuge.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA
05132 2019
Página 8

3.- Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la habilidad del contratista se debe determinar al momento de la suscripción del contrato. Por tanto, las inhabilidades generales o especiales previstas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, provenientes del parentesco del contratista con las autoridades de la entidad contratante, se configuran si, al tiempo de la suscripción del contrato, las autoridades se encuentran posesionadas del cargo y habilitadas para el ejercicio de sus funciones o dignidades de elección popular, de conformidad con los artículos 165, 166 y 167 de la LOE y 16 de la LOSEP.

Considerando el principio de legalidad que rige en derecho público, respecto de su segunda consulta se concluye que la terminación por mutuo acuerdo de un contrato sujeto al ámbito de la LOSNCP se limita a las causas previstas por su artículo 93, que son distintas a las inhabilidades para contratar, que impiden la celebración del contrato.

En relación a su tercera consulta, y en armonía con lo analizado en la primera, se concluye que las inhabilidades para contratar, establecidas por los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, también son aplicables a los contratos que se celebren en materia de comunicación social, sujetos al régimen especial previsto por el artículo 88 del RGLOSNP. En consecuencia, dichas inhabilidades se producen si el contratista es paciente o socio de la autoridad en funciones al tiempo de celebración del contrato.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos particulares.

Atentamente,

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

CC Ec. Silvana Vallejo Paez
 Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP

 Ab. Pablo Anibal Jurado Moreno
 Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, CONGOPE

 Ing. Diana Atamaint Wamputsar
 Presidenta del Consejo Nacional Electoral, CNE