



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. PETRO-PGG-2020-0395-O, Gerente General de la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, con relación al alcance del artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Señor Máster
Pablo Antonio Flores Cueva
Gerente General
PETROECUADOR
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. PETRO-PGG-2020-0395-O, y 08678-ASC-AJC-2020 de 25 de mayo de 2020, recibido por este Servicio Nacional, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con oficio Nro. PETRO-PGG-2020-0395-O, de 25 de mayo de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual el señor Pablo Antonio Flores Cueva, en calidad de Gerente General de la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, consultó:

“(...) 1. Alcance del plazo de la declaratoria de emergencia contemplado en el artículo 361.1 de la R.E.-SERCOP-2016-0000072, reformada con Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0104 y Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0105, de 06 de abril de 2020, con la finalidad de determinar si en las declaraciones de emergencia realizadas por la EP PETROECUADOR y, que no tiene relación con el Estado de Emergencia Sanitaria decretado en el Ecuador o, Estado de Excepción dispuesto por el Presidente de la República, se debe considerar el plazo de 60 días.

1. El plazo de 60 días hace referencia al tiempo de la Declaratoria de Emergencia o, a la vigencia de los instrumentos legales que se celebren para superar dicha emergencia, incluyendo o no su ejecución. (...)”

Al documento en referencia, adjunta el memorando Nro. 00606-ASC-AJC-2020, de 20 de mayo de 2020, suscrito por el Dr. Marco Prado Jiménez, en su calidad de Procurador de la EP PETROECUADOR, a través del cual emite criterio jurídico en los siguientes términos:

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

“(…) CRITERIO JURÍDICO:

De la base constitucional y legal señalada, se desprende que las reformas realizadas por el SERCOP, que han sido motivadas en base a fundamentos de hecho respecto al Estado de Emergencia Sanitaria decretado en el Ecuador, tienen relación directa a las contrataciones de emergencia declaradas para superar el caso de fuerza mayor o caso fortuito, presentado por la emergencia sanitaria que vienen afrontando el Ecuador, mas no a las emergencias que puedan ser declaradas por aspectos diferentes a la emergencia por medidas sanitarias y que requieren ser calificadas por las entidades públicas sujetas al ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como es el caso de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, debidamente facultada en el artículo 57 de la mencionada Ley, norma de orden jerárquico superior a la Resolución Nro. R.E.-SERCOP2016-0000072, para contratar de manera directa y bajo responsabilidad de su máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar una determinada situación de emergencia, sin establecer un plazo máximo de duración en el proceso de emergencia.

Cabe señalar que, en la motivación de los distintos actos administrativos, se deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos, en observancia de lo dispuesto en el artículo 76), literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 100 del Código Orgánico Administrativo.

En razón de lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría que el plazo contemplado en el artículo 361.1 de la Resolución no es aplicable a las emergencias declaradas por casos de fuerza mayor o caso fortuito que no se encuentren relacionados con el Estado de Emergencia Sanitaria decretado en el Ecuador.

Siendo requisitos indispensables únicamente, que la declaración de emergencia sea concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, en concordancia con lo previsto en el numeral 31, del artículo 6 de la LOSNCP.

En este sentido, al existir varias interpretaciones respecto a la aplicación de las reformas realizadas por el SERCOP, existe la necesidad de contar con el pronunciamiento del Órgano Rector de la Contratación Pública SERCOP, respecto al alcance de lo dispuesto en el artículo 361.1 plazo de la declaratoria de emergencia. (...).”

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, establecen que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los 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, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública, sólo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades, brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexa promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

Resulta indispensable destacar que, en virtud de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNC-/, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

En este orden de ideas, y con relación a su requerimiento me permito enfatizar que, **la atribución reglada [1] en el numeral 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública**, es decir, que es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación publicar el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- enlista a las entidades contratantes que deben cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexa emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNC; en este orden, la pertinencia de aplicar alguno de los procedimientos de contratación pública previstos en la ley ibídem, es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante, así como de los funcionarios que interviene en cada una de las etapas del procedimiento de contratación como son las de preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF**Quito, D.M., 16 de junio de 2020**

Actualmente, el Servicio Nacional de Contratación Pública, comprometido con garantizar el normal funcionamiento y control del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la pandemia que agobia al país, emitió instrucciones sobre el procedimiento de emergencia, a través de las siguientes resoluciones:

1. Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Registro Oficial Suplemento 461, de 23 de marzo de 2020; y,
2. Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0105, publicada en Registro Oficial Suplemento 490 de 09 de abril de 2020.

Así mismo, con el objetivo asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP, y por tanto garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCNCP y su Reglamento de aplicación, emitió las siguientes circulares y oficio:

SERCOP-SERCOP-2020-0005-C	12 de marzo de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0012-C	16 de marzo de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0013-C	17 de marzo de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0014-C	26 de marzo de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0015-C	07 de abril de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0016-C	09 de abril de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0017-C	20 de abril de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0257-OF	28 de abril de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0018-C	20 de mayo de 2020
SERCOP-SERCOP-2020-0019-C	09 de junio de 2020

Documentos mediante las cuales, se establecen recomendaciones a los responsables de compras públicas de las entidades con respecto a las contrataciones en situación de emergencia, que se pueden visualizar en el link:

<https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/recomendaciones-y-disposiciones-por-la-emergencia-sanitaria/>.

Las Resoluciones Externas Nos. RE-SERCOP-2020-0104 y RE-SERCOP-2020-0105, reformaron a la resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, específicamente el Título VII “DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES”, con el objetivo de transparentar los procedimientos de contratación que se ejecuten dentro del margen de la situación de emergencia.

Se debe considerar que, para atender una situación de emergencia conforme los requisitos que estece el número 31[2] del artículo 6 de la LOSNCNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante de forma previa deberá emitir una resolución motivada (Art. 76 de la

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

Constitución de la República del Ecuador), a través de la cual declare la emergencia, con la finalidad de justificar las contrataciones que se efectúen durante la emergencia declarada con antelación.

La declaratoria de emergencia, es el primer requisito que debe constar publicado en el Portal de Compras Públicas, a través del cual la entidad contratante declara de forma expresa que existe la imposibilidad de llevar a cabo los procedimientos de contratación comunes para superar la situación de emergencia, apreciando con claridad que, en virtud de la naturaleza de la situación de emergencia (concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva), las contrataciones que se efectúen dentro de este periodo deben de cumplir con los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En tal sentido y con relación a sus interrogantes, el plazo de declaratoria de emergencia que contempla el artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, agregado por el artículo 2 de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0104, y reformado por el artículo 1 de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0105, no podrá ser mayor a sesenta (60) días, salvo que esté vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, relacionado a la situación de emergencia; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeditado a lo decretado por el Presidente, en lo que fuera aplicable.

De igual forma, en una emergencia, no se podrá adquirir bienes, contratar servicios o consultorías, ni tampoco contratar obras, cuyo **plazo de ejecución contractual se extienda más allá del tiempo previsto para la emergencia en la declaratoria**. Caso contrario, este tipo de contrataciones constituirán la **presunción** de que la contratación no fue necesaria para superar la situación de emergencia. (Art. 362.2 de la Codificación Ibídem), en tal sentido, en la medida de lo posible, se deben ejecutar todas las contrataciones que se hayan realizado, dentro del plazo de la declaratoria de emergencia.

III. CONCLUSIÓN:

En este sentido, el plazo previsto para la declaratoria de emergencia no podrá ser más de 60 días, salvo que esté vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República; así como también, el plazo de ejecución contractual de la contratación de obras, bienes o servicios, incluido los de consultoría, en situaciones de emergencia no podrá extenderse más allá del plazo previsto para la declaratoria de emergencia, en tal sentido, en la medida de lo posible, se deben ejecutar todas las contrataciones que se hayan realizado, dentro del plazo de la declaratoria de emergencia y en el caso excepcional, de que no sea posible la culminación de la ejecución del contrato, dentro del plazo de la declaratoria de emergencia, la entidad contratante, deberá sustentar su actuación de manera motivada y con los justificativos que demuestren la necesidad de la misma y la imposibilidad de haberla finalizado dentro del plazo previsto, esto con el fin de demostrar en una eventual acción de control, que la contratación era necesaria para



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

superar la situación de emergencia.

Este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender su representada con relación a la problemática expuesta, ya que únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo más no vinculante determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución 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] *“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.

[2] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: número 31 del artículo 6 *“Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”*

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0287-OF

Quito, D.M., 16 de junio de 2020

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-1257-EXT

Copia:

Señora Abogada
Tania Gabriela Guerrero Toapanta
Asistente de Asesoría Jurídica

tg/mf