

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

Asunto: Absolución de consulta, contenida en oficio Nro. 09146, a través del cual la Directora Nacional de Consultoría, de la Procuraduría General del Estado consultó sobre la aplicabilidad del artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Directora Nacional de Consultoría, Contraloría General del Estado
Ana María Rosero Rivas
Correo electrónico: csanchez@pge.gob.ec

De mi consideración:

En atención a los oficios Nros. 09146, de 06 de julio y 9314 de 22 de julio del 2020, suscrito por la Dra. Ana María Rosero Rivas, en su calidad de Directora Nacional de Consultoría, de la Procuraduría General del Estado, a través del cual solicitó el pronunciamiento de este Servicio Nacional; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

Mediante Oficio No. CELEC-EP-2020-0977-OFI de 29 de junio de 2020, el magíster Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo, Gerente General, Subrogante, de la Empresa Pública Estratégica CELEC EP, formuló la siguiente consulta:

“¿Es aplicable el artículo 361.1 Plazo de la declaratoria de emergencia, de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, agregado a continuación del artículo 361 mediante la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0104, de 19 de marzo de 2020, en aquellas situaciones de emergencia definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de las cuales no se ha decretado el estado de excepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República?”

Sobre el particular me permito señalar lo siguiente:

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. El principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

artículo 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 solo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

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 regladas, y conforme lo previsto en el número 17 del artículo anteriormente referido, el SERCOP es competente para: *"(...) 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"*.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, detalla las entidades contratantes que se encuentran obligadas a cumplir y acogerse a los procedimientos de contratación pública para la adquisición de bienes, incluidos el arrendamiento, ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría. Además, las entidades que comprenden el sector público y forman parte de la administración pública constituye un servicio a la colectividad, y que al manejar o administrar recursos públicos, sus actuaciones deberán enmarcarse en virtud de los principios de la Administración Pública determinados en el artículo 4 en concordancia con el artículo 5 de la LOSNCP.

En este orden de ideas, 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 pública el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

Por lo que, con relación a su requerimiento, me permito indicar que este Servicio, considerando la situación de emergencia sanitaria[2] por la cual atraviesa el país, comprometido en garantizar el normal funcionamiento y control del sistema nacional de contratación pública, así como, el cumplimiento de los principios de transparencia, oportunidad, trato justo y concurrencia en la contratación por emergencia, enfocándose en la calidad de gasto público y evitar la discrecionalidad, conforme los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública previstos en los números 1 y 3 del artículo

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF**Quito, D.M., 23 de julio de 2020**

9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emitió las instrucciones respectivas sobre el procedimiento de emergencia, con la emisión de las Resoluciones Externas Nros. RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Registro Oficial Suplemento 461, de 23 de marzo de 2020 y RE-SERCOP-2020-0105, publicada en Registro Oficial Suplemento 490 de 09 de abril de 2020, que introducen reformas a la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional (Capítulo I del Título VII) con el fin de que las contrataciones de emergencia se orienten directamente a satisfacer las urgencias propias de la actual situación de emergencia, con el propósito de garantizar los derechos a la vida, salud e integridad física de la población; derechos que deben ser garantizados por el Estado por encima de cualquier traba burocrática.

Adicionalmente, 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 –LOSNC- 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-2020-0020-C	20 de junio de 2020

Documentos mediante las cuales, se establecieron 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/>.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCNP, las situaciones de emergencia se refieren a aquellas situaciones que provengan de causas de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, que son situaciones que no se pueden prever, en ese sentido, la Codificación del Código Civil, en su artículo 30, define a la fuerza mayor y al caso fortuito como “(...) *el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público (...)*”. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico la fuerza mayor y

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

al caso fortuito como sinónimos, la doctrina hace la siguiente distinción:

Fuerza mayor: “Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito. Aparece como un obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales, que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito, reservado para éste los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero (...) La fuerza mayor se equipara a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la Ley o excusa plenamente del incumplimiento inevitable en que se haya podido incurrir”[3].

Caso fortuito: “(...) se produce con independencia de la voluntad del hombre o influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable o de su acción legal o ilegal de persona distinta del obligado”[4].

En este contexto, la situación de emergencia goza de ciertas características esenciales, esto es, debe ser **concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva**. Respecto a la inmediatez e imprevisibilidad, el autor ecuatoriano señala lo siguiente:

“Es necesario que las declaraciones en situaciones de emergencias sean inmediatas, este requisito en una situación de emergencia opera no solo cuando el hecho sucede de manera rápida, sino que la atención que requiere ese hecho para enfrentar o disminuir sus consecuencias deben guardar celeridad. La contratación pública prevé la contratación emergente con el fin de evitar grandes daños a bienes que pertenecen al Estado y, sobre todo, busca brindar protección rápida a las que hayan sido afectadas por un desastre natural. Debe entenderse como imprevisto al acto que ocurre sin presentar ni dar signos o señales anticipadas que puedan anunciarlo. Por ejemplo, un desastre natural es un fenómeno impredecible, por lo que para poder contratar por situación de emergencia es necesario que esta característica sea parte de la motivación que la entidad contratante presente en el acto normativo correspondiente”.[5]

En esta línea de ideas, si bien es cierto que la inmediatez obliga al Estado a responder de manera ágil y eficiente en procura de satisfacer necesidades básicas y garantizar derechos fundamentales de la población, es menester que la situación de emergencia responda al criterio de imprevisibilidad, de conformidad con lo expresado en párrafos precedentes. Por lo que, si bien es cierto que la definición de emergencia que se encuentra contenida en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, (concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva)[6] es meramente ejemplificativa y no taxativa, no agota todas las posibles situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan existir; por lo que, el legislador ecuatoriano ha previsto la posibilidad que las entidades contratantes ante situaciones de emergencia, puedan adquirir de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se requieran de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

manera estricta para superar la emergencia.

Es así que, para atender una situación de emergencia conforme los requisitos que establece el número 31[7] del artículo 6 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante de forma previa debe emitir una resolución motivada (Art. 76 de la 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 que tendrá que ser publicada de forma inmediata a su emisión en el Portal COMPRASPUBLICAS, siendo esta acción, un requisito previo y habilitante para continuar con las contrataciones de emergencia. De forma excepcional, para los casos en los que las contrataciones sean para atender catástrofes naturales, la entidad contratante podrá publicar la resolución en un término máximo de cinco (5) días posteriores a su emisión.

De igual forma se estableció, 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, que 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 declaratoria 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.

Debiendo efectuar una diferenciación entre el “*Estado de Excepción*”, que es una facultad exclusiva del Presidente de la República prevista en el artículo 164 de la Constitución de la República del Ecuador, para decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural con un plazo de duración hasta de 60 días, pudiendo renovarse hasta por un plazo de 30 días. (Art. 166 de la CRE); de la “*Declaratoria de emergencia*” emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante que constituye un elemento <<sine qua non>> que no procedería la o las contrataciones a través del procedimiento especial de emergencia (artículo 57 de la LOSNCP), que se caracterizan por responder a situaciones de emergencia cuando la misma es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

En este sentido, se colige que, la declaratoria de emergencia y las contrataciones derivadas de esta deben realizarse en situaciones excepcionalísimas, y que la carga de motivación del correspondiente acto administrativo debe reforzarse en estos casos, debiendo la entidad contratante justificar que ante la concurrencia de los escenarios y condiciones en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, no puedan acogerse a los procedimientos del régimen común determinados por la Ley *Ibídem*; por lo que, ante esta circunstancia excepcional, el artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP ha establecido el plazo de la declaratoria de



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

emergencia que no podrá ser mayor a sesenta (60) días en consideración a las características que particularizan a las contrataciones en situación de emergencia.

Este plazo puede variar en caso estar vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, **relacionado a la situación de emergencia** declarada por la entidad contratante; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeditado al estado de excepción decretada por el Presidente, **en lo que fuere aplicable**.

III. PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO:

Con fundamento en el análisis efectuado, y en atención a su consulta, se puede concluir que, el plazo no podrá ser mayor a 60 días previsto para la declaratoria de emergencia emitida por la entidad contratante, difiere del decreto de estado de excepción emitido por el Presidente de la República, mas, si la declaratoria de emergencia emitida por la entidad contratante tiene relación directa con el estado de excepción estará vigente mientras dure este último.

De igual forma, 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**. 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.

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 superar la situación de emergencia.

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.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

[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] En el marco del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163, de 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República del Ecuador, declaró estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional ante el brote del Coronavirus (COVID-19); y, el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por la Ministra de Salud Pública, mediante el cual, se declara el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, con el objetivo de prevenir un contagio masivo de la población provocado por el Coronavirus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud. Adicional, con fecha 15 de mayo de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1052, de 15 de mayo de 2020, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador resolvió renovar el estado de excepción.

Así mismo, con fecha 15 de junio de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1074, el señor Presidente Constitucional del Ecuador resolvió decretar el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por la presencia del COVID-19 en el Ecuador y por la emergencia económica sobreviviente a la emergencia sanitaria que atraviesa el Estado ecuatoriano.

[3] Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.), 143-144.

[4] *Ibíd.*, 108-109.

[5] Holger Paul Córdova Vinuesa, *Corrupción e Impunidad en la Contratación Pública Tomo I*, (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 302-302.

[6] Real Academia Española. “Diccionario de la Real Academia de Lengua Española”, accedido el 21 de julio de 2020. <https://dle.rae.es/concreto?m=form>

Concreta: *“Preciso, determinado, sin vaguedad.”*

Inmediata: *“Que sucede enseguida, sin tardanza.”*

Imprevista: *“No previsto.”*

Probada *“Acreditado como verdad en los autos”*

Objetiva *“Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce.”*

[7] 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”*



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0351-OF

Quito, D.M., 23 de julio de 2020

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-5898-EXT

Copia:

Señora Doctora
Myrian Jeanneth Figueroa Moreno
Directora de Asesoría Jurídica

tg/mf