

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro.

IESS-HCAM-GG-2020-0333-O, suscrito por Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, Subrogante del Instituto de Seguridad Social, con relación a la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-106 y la compra de medicamentos.

Señor Doctor

Miguel Angel Moreira Garcia

**Gerente General - Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, Subrogante
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**

En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. IESS-HCAM-GG-2020-0333-O, de 05 de agosto de 2020, recibido por este Servicio Nacional la misma fecha, a través del cual el Dr. Miguel Ángel Moreira García, en calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, Subrogante del Instituto de Seguridad Social, informó a este Servicio que:

“(...) por disposiciones internas del IESS, el Hospital previo a adquirir un fármaco debe contar con la autorización de la Dirección del Seguro General de Salud, tal cual lo realizó en la emergencia que culminó el 15 de junio; y de igual manera en esta que culminará a mediados de agosto; en tal virtud, están plenamente definidos cuales son los medicamentos que se deben adquirir por emergencia, de los cuales tres están catalogados, mismos que los detallo a continuación: Enoxoparina, Líquido parenteral (80 mg); Midazolam, Líquido parenteral 5mg/mL/3mL; y Propofol, Líquido parenteral 20mg/mL/50mL/3mL (1000mg/50ml).

En este sentido, es importante señalar que las compras por emergencia de conformidad a lo que prescribe el segundo inciso del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública[3], no deben estar contempladas en el PAC; entonces, si existe la disposición del SERCOP que aquellos bienes que estén catalogados y se requieran para solventar la emergencia, deben adquirirse a través de orden de compra, para lo cual es indispensable la certificación del PAC, se entiende que en este caso hay la salvedad, más aun cuando los tres medicamentos que singularizo en el párrafo precedente han sido identificados y autorizados por el Director del Seguro General de Salud del IESS mediante Memorando No. IESS-DSGSIF-2020-5531-M, sean adquirirlos por emergencia. (...)”.

Y consulta: “(...) 1. *¿Cómo actúo si el proveedor al amparo de lo que estipula el*

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

Convenio Marco, me expresa que el medicamento me entrega dentro de los treinta días que tiene para cumplir; incluso, me puede solicitar acuerdo complementario, cuando el medicamento lo requiero de manera inmediata?

2. ¿Para realizar la adquisición de los fármacos antes singularizadas a través del catálogo, aprobados como emergentes y que no están planificados, estoy exonerado de no adjuntar al expediente del proceso de compra la certificación PAC, en cumplimiento de lo que prescribe el segundo inciso del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?"

Sobre el particular, me permito señalar que, de conformidad con el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, debidamente publicada en el Portal Institucional del SERCOP, su solicitud o pedido de asesoramiento requiere que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo antes señalado, los mismos que a continuación se detallan:

"1.- Oficio dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública por la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado, al que se adjuntará obligatoriamente el criterio o pronunciamiento escrito del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica institucional, sobre la materia objeto del asesoramiento;

2.- El Criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica deberá instrumentarse por separado al de la solicitud de asesoramiento, y contendrá la relación clara y completa de los antecedentes de hecho y de derecho que permitan al Servicio Nacional de Contratación Pública formar su criterio sobre el caso materia del asesoramiento;

3.- Documentación relacionada con el pedido de asesoramiento, sin perjuicio de la facultad del Servicio Nacional de Contratación Pública de solicitar documentos adicionales a la entidad, en caso de considerarlo pertinente;

4.- La indicación del domicilio para la notificación respectiva; y,

5.- Firma de la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado".

Cabe señalar que, el requisito establecido en el número 2 del artículo antes citado hace relación al criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesores inherente al departamento legal de la Institución, el mismo que deberá versar sobre el tema o requerimiento de asesoría jurídica efectuado a este Servicio.

No obstante, a fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se procederá a absolver su consulta, de conformidad con lo detallado a continuación:



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

I. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad al principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, que 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 -SERCOP, 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 conexas 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.

Conforme 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.

De la revisión de su solicitud de asesoría la misma versa sobre casos específicos y no sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública, por lo que la misma, implica juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante, no siendo competencia del SERCOP pronunciarse al respecto; sin perjuicio de aquello, este Servicio Nacional, dentro de sus competencias señala lo siguiente:

Con relación a su primera interrogante, me permito enfatizar que el artículo 46 de la



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

Ley Orgánica[2] del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé como una **obligación** de las entidades contratantes, consultar el catálogo electrónico antes de establecer un procedimiento de contratación, puesto que en caso de no encontrarse el bien o servicio requerido dentro del catálogo electrónico, se podrá efectuar otro procedimiento de selección de conformidad con lo establecido con la Ley y su Reglamento General.

Esta apreciación se efectuada, en razón que el <<catálogo electrónico>>, es una tienda virtual, a través del cual los proveedores que cumplen con ciertos parámetros dentro de un procedimiento de selección, suscriben un **Convenio Marco** con el SERCOP. En este sentido, todas las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación que requieran adquirir medicamentos que consten catalogados en el Repertorio de Medicamentos que administra el Servicio Nacional de Contratación Pública, deberán realizar dicha adquisición empleando de manera obligatoria el Catálogo Electrónico.

Cabe indicar que, el SERCOP al ser el administrador del catálogo electrónico en particular del “Repertorio de Medicamentos”, llevó a cabo de forma conjunta con la Red Pública Integral de Salud, el procedimiento de Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos -SICM, a través de la cual se suscribió Convenios Marco con los proveedores ganadores, con la finalidad que estos proveedores oferten medicamentos a las entidades contratantes para que estas puedan adquirirla de forma directa a través del catálogo electrónico.

El Convenio Marco, constituye un contrato a través del cual los proveedores del estado que cumplieron con todo el procedimiento de la SICM, resultaron adjudicados y suscribieron dicho documento de forma libre y voluntaria, concedores de las diversas cláusulas que se incorpora al Convenio Marco, así como la normativa que ampara dichos documentos.

Si bien, el SERCOP, suscribe Convenios Marco con aquellos proveedores que deseen catalogarse, y los mismos cumplen con las condiciones requeridas en la ficha técnica y en el pliego del procedimiento, esta es el fin único y primordial de este Convenio Marco, la catalogación del proveedor.

Por otra parte, las entidades contratante, llevan a cabo un procedimiento de contratación a través del catálogo electrónico, generando así **su orden de compra**, la cual se constituye en un contrato administrativo, tanto así que la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, en su artículo. 218, en su parte pertinente establece que: “(...) **A las órdenes de compra se le aplicarán las mismas disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, relacionado a contratos en lo que fuese aplicable.** (...)” (El énfasis me corresponde)

La orden de compra al ser el documento contractual a través del cual las partes de común

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

acuerdo se obligan hacer o no algo, este documento adquiere las condiciones de un contrato dentro del procedimiento de contratación a través de catálogo electrónico. En este sentido, es responsabilidad de cada entidad contratante a través de su administrador de contrato efectuar la revisión de las órdenes de compra que correspondan y efectuar todas las acciones necesarias que permitan garantizar la ejecución plena del contrato y la aplicación efectiva de las normas contractuales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 y 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y de conformidad a sus necesidades institucionales.

Adicional, dentro de etapa de ejecución de la orden de compra, existe la posibilidad de celebrarse acuerdos complementarios, los mismos que deberán ser analizados por el administrador del contrato, el cual en cumplimiento con lo previsto en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP y artículo 121 de su Reglamento General, debe velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del instrumento contractual; así como, el adoptar todas las acciones que sean necesarias **para evitar retrasos injustificados en el cumplimiento del contrato**, suspender o terminar el contrato, y las demás que hubieren lugar; bajo lo cual, resulta preponderante enfatizar que la situación en la que se encuentra el Estado, se puede adecuar a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, al tenor de lo determinado en el artículo 30 del Código Civil, por lo cual corresponde analizar al administrador de un contrato público las acciones a tomar en la ejecución del mismo, con el interés de obtener la eficacia contractual.[3], debido a que este administrador al ser designado por la entidad se entiende que posee pleno conocimiento de las normas aplicables a la contratación que supervisa[4] para un adecuado control.

No está por demás efectuar la siguiente aclaración, sí bien el SERCOP, en uso de sus facultades legales es el encargado de llevar a cabo los procesos de catalogación y suscripción de Convenios Marco, con los oferentes proveedores del estado para la catalogación de bienes y servicios normalizados, es imperioso establecer que, este Servicio no tiene ningún tipo de injerencia con relación a la emisión y ejecución de las órdenes de compra que sean efectuadas por las entidades contratantes detalladas en el artículo 1 de la LOSNCP, pues como se ha establecido con antelación, cada entidad contratante es la responsable de llevar a cabo cada procedimiento de contratación pública.

Con relación a su segunda interrogante, me permito esclarecer que el Plan Anual de Contrataciones -PAC-, es el documento a través del cual las entidades contratantes detalladas en el artículo 1 de la LOSNCP, de forma obligatoria deben elaborar con todos sus objetivos y necesidades institucionales, con el presupuesto correspondiente y de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, el mismo que están asociados al Plan Nacional de Desarrollo y al presupuesto del Estado.

El PAC, es elaborado, aprobado y publicado por cada entidad contratante el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

durante ese año, en función a sus respectivas metas institucionales; salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado.

Es así que, la disposición normativa contenida en el artículo 22 de la LOSNCP, se encuentra claramente vinculada al artículo 4 de la precitada Ley, en especial con los principios de **transparencia y publicidad en la contratación pública**, puesto que como se ha señalado, el PAC, es el documento a través de las cuales entidades contratantes plasman las contrataciones que se van a efectuar durante el año (exceptuando ínfima cuantía y los procedimientos de emergencia), el mismo que es publicado y que es de conocimiento general no solo para los proveedores del estado sino de manera generalizada a la ciudadanía. Adicional una de las particularidades del PAC es que tiene la carácter de mutable, puesto que se puede efectuar las reformas que estime necesarias la entidad contrate, pero estas deben afianzar los principios de la compra pública, por lo que deberán ser publicados en el Portal Institucional.

Por lo tanto, y con conforme lo determinado en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, es de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, así como de los servidores que intervengan en un procedimiento de contratación, observar y cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normativa aplicable para el efecto emitida por el SERCOP. **Sin perjuicio de lo expuesto, dentro de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-106 no se han efectuado reformas con relación a las disposiciones legales que contempla la elaboración, publicación o contenido al Plan Anual de Contrataciones.**

II. CONCLUSIÓN:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, regula los procedimientos de contratación pública a los que deberán acogerse las entidades contratantes previstas y detalladas en el artículo 1 de la precitada Ley, para adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con base a sus necesidades institucionales y conforme se desprende de su requerimiento, por Ley antes de efectuar una contratación, deberá consultar el catálogo electrónico, conforme consta en el artículo 46 de la LOSNCP, circunstancia que también se encuentra contemplado para el caso de compra de medicamentos que se encuentren catalogados conforme consta en el artículo 361.8 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Sin perjuicio de lo expuesto, la máxima autoridad podrá mediante resolución debidamente motivada establecer la inconveniencia de la provisión de los bienes y

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

servicios catalogados por razones de **orden técnico o de oportunidad en su provisión o cualquier otra circunstancia** que impida atender o superar la situación de emergencia; resolución que la remitirá al SERCOP, el mismo día de su expedición, para la supervisión respectiva, conforme lo prevé el artículo 361.8 de la Codificación Ibídem, artículo agregado por artículo 7 de Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública No. 106, publicada en Registro Oficial Suplemento Nro. 832 de 29 de julio de 2020.

Es decir que, la entidad contratante en caso de efectuar la compra de medicamentos a través del catálogo electrónico deberá cumplir con todas las disposiciones normativas que corresponde a este tipo de procedimientos como es la constancia en el Plan Anual de Contratación; y, salvo responsabilidad de la máxima autoridad y de conformidad al acto administrativo motivado que establezca el inconveniente de orden técnico, de oportunidad u otra circunstancia de técnica que impida efectuar la compra a través de catálogo electrónico, la entidad deberá comunicar al SERCOP, de así considerarlo oportuno.

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 el Director 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] Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)”*



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0396-OF

Quito, D.M., 07 de agosto de 2020

[3] *“El procedimiento Licitatorio no es ajeno al requerimiento de un adecuado y oportuno control y al cumplimiento irrestricto de la legalidad licitatoria, cumplidos los cuales derivará en un contrato eficaz (...) Así se considera que de poco sirve saber que los objetivos no se han cumplido cuando ya ha pasado el tiempo de poder cumplirlos; el control de la eficacia que es preciso desarrollar en un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principios de organización, dirección, planificación y control en el procedimiento licitatorio. (...)”.* Robert Dromi, Licitación Pública, Segunda edición., (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995), 499.

[4] Norma de Control Interno No. 408-17, emitida por la Contraloría General del Estado.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-2109-EXT

tg/mf