

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro.

CELEC-EP-TMA-2020-0387-OFI, suscrito por la Mgs. María Elena Montesdeoca Saltos, en su calidad de Gerente CELEC EP â TERMOMANABI, (E), con relación al "ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, Y ECUADOR POR OTRA"

Señora Magíster

María Elena Montesdeoca Saltos

Gerente CELEC EP - TERMOMANABI (E)

CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR

En su Despacho

De mi consideración:

En atención al los oficios Nos. CELEC-EP-TMA-2020-0387-OFI y CELEC-EP-TMA-2020-0399-OFI, de 25 de julio y 06 de agosto de 2020, respectivamente, recibido por este Servicio Nacional la misma fecha, 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 No. CELEC-EP-TMA-2020-0387-OFI, de 25 de julio de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual la Mgs. María Elena Montesdeoca Saltos, en su calidad de Gerente CELEC EP – TERMOMANABI, (E), consultó a este Servicio lo siguiente:

“1. ¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, en el caso de calificación de experiencia realizada en territorio extranjero es procedente la no aplicación del artículo 16 de la R.E.-SERCOP-2017-0000078?

2. En caso de ser positiva la respuesta anterior: ¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, a fin de no incurrir en discriminación conforme lo señala el literal b) del artículo 175 y el Principio de la nación más favorecida, la calificación de experiencia realizada en el territorio extranjero aplica también a experiencia ejecutada en territorio de otra parte no signataria del Acuerdo?

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

3. *¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, en el caso de calificación de documentación requerida por en la entidad contratante estos deberán ser analizados en su fondo y tomando en consideración que constituyen documentos extranjeros, que no están obligados a cumplir con la forma establecida en la legislación de contratación pública ecuatoriana, en razón de la adaptación de la legislación local que está implícita en la suscripción de un acuerdo internacional y el Código Bustamante?”*

Al documento, se adjunta el memorando Nro. CELEC-EP-TMA-2020-0923-MEM, de 30 de julio de 2020, suscrito por la Abg. Natalia Elizabeth Chunga Arteaga, en calidad de Subgerente Jurídico - UN TERMOMANABI, dentro del cual en su parte pertinente señala:

“(…) Conforme lo señala claramente la Carta Magna, la Constitución y los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre un ordenamiento orgánico, para el presente caso la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es ya Ley de carácter orgánico, por lo que debe existir una adecuación de la legislación local a los tratados.

Cuando el Estado, en ejercicio de su independencia, suscribe o ratifica un tratado, se autolimita, se somete al ordenamiento internacional. Lo lógico es que ese Estado, por el principio de buena fe o pacta sunt servanda, cumpla lo pactado y no condicione sus compromisos internacionales a determinaciones políticas o jurídicas internas.

(…) Para el caso específico del análisis de experiencia extranjera, la normativa ecuatoriana señala que en el caso de no existir experiencia nacional la contratante deberá motivar técnica y jurídicamente para poder calificar o validar experiencia realizada en el extranjero, sin embargo la oportunidad que nos presenta el Acuerdo amplía el abanico de ofertas, es decir que aunque existiendo experiencia nacional, que puede ser un posible oferente, también pueda ofertar empresas o compañías extranjeras con experiencia fuera del territorio nacional, por lo cual se entendería que para procesos cubiertos por el acuerdo por supremacía constitucional y realidad del mercado, no aplicaría el artículo 16 de la Resolución R.E.-SERCOP-2017-0000078.

Del artículo 175 del Acuerdo donde se señala: “(b) discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra Parte.” se entiende que éste aplica sobre las relaciones comerciales y económicas entre las partes y por otro, entiéndase por otro, una parte no signataria, es decir, que no se deberá discriminar a un proveedor que ofrezca mercancías o servicios de otra Parte, es decir otra parte no firmante o no signataria.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

La discriminación, atenta contra el esquema de libertad de Mercado de la UE y la Can y los demás bilateral de la OMC, porque constituye una violación de la libre prestación de servicios y la consecuente domiciliación secundaria y eventual en el marco de las libertades de Mercado que reconocen estos tratados: libre prestación de servicios, libre circulación de mercancías, libre circulación de capitales y trabajadores. (...)"

Al respecto el Código Bustamante del cual el Ecuador es signatario señala: "Artículo 247. El carácter mercantil de una sociedad colectiva, o comanditaria se determina por la ley a que esté sometido el contrato social, y en su defecto, por la del lugar en que tenga su domicilio comercial. Si esas leyes no distinguieran entre sociedades mercantiles y civiles se aplicará el derecho del país en que la cuestión se someta a juicio.

Artículo 249. Lo relativo a la constitución y manera de funcionar de las sociedades mercantiles y a la responsabilidad de sus órganos, esta sujeto al contrato social, y, en su caso, a la ley que lo rija. (...)"

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución 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 expresamente determinadas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- y artículo 6 de su Reglamento General, esto es brindar asesoramiento a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Estado **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, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

La atribución reglada[1] 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 a la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias, entendiéndose que su competencia se centra sobre la **inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos**

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

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.

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: "*¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, en el caso de calificación de experiencia realizada en territorio extranjero es procedente la no aplicación del artículo 16 de la R.E.-SERCOP-2017-0000078?*"

La naturaleza jurídica del "ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS POR SU PARTE, Y COLOMBIA, EL PERÚ Y ECUADOR, POR OTRA", conlleva a determinar el orden jerárquico de aplicación de las normas, tal como lo establece el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, dentro del cual se establece que los tratados y convenios internacionales están sobre las Leyes Orgánicas, por su naturaleza jurídica per se.

Cabe recordar además que, de conformidad con lo establecido en la Constitución Ibídem, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Dictamen No. 009-16-DTI-CC, Caso Nro. 0015-16-TI, señaló entre otras cosas:

"(...) 2. Declarar que las disposiciones contenidas en "El Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador", suscrito en Bruselas el 11 de noviembre de 2016 y en el "Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados de Colombia y Perú, por otra", suscrito en Bruselas el 26 de junio de 2012, son compatibles con la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia de lo cual la Corte Constitucional expide dictamen favorable del mismo (...)"

El "Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra", fue publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 780, de 24 de noviembre de 2016 y su Protocolo de Adhesión publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 900, de 12 de diciembre de 2016, y que entró en vigencia el 01 de enero de 2017; por lo que, las entidades contratantes se encuentran

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

obligadas a dar cumplimiento al Acuerdo Comercial, cabe destacar que el referido Acuerdo Comercial goza de jerarquía normativa sobre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por tanto, si bien el artículo 16 de la Resolución R.E.-SERCOP-2017-0000078 incluye un literal en el número 4.1.1. de las Condiciones Particulares del Pliego de los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica; Menor Cuantía Bienes, Servicios y Obras; Cotizaciones de Bienes, Servicios y Obras; Licitación de Bienes, Servicios Y Obras; y el número 4.1.3 de las Condiciones Particulares del Pliego de los procedimientos de Consultoría por Contratación Directa, Lista Corta y Concurso Público, que forman parte integrante de los pliegos versión "SERCOP 2.0" de 6 de febrero del 2017, mediante el cual, se conmina a las entidades contratantes verificar que la experiencia presentada por el oferente será acreditable y aceptada, siempre que se haya ejecutado legalmente dentro del límite de cualquier jurisdicción ecuatoriana, en aplicación del artículo 175 del Acuerdo, la entidad contratante observará en el análisis de la experiencia extranjera que la misma se haya obtenido en uno de los territorios parte de la UE que hayan suscrito el acuerdo comercial para ser acreditable y aceptada, de no ser así, observará inexorablemente lo establecido en el artículo 16 Resolución R.E.-SERCOP-2017-0000078.

Refiriéndome a la consulta número dos que refiere a: ***"2. En caso de ser positiva la respuesta anterior: ¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, a fin de no incurrir en discriminación conforme lo señala el literal b) del artículo 175 y el Principio de la nación más favorecida, la calificación de experiencia realizada en el territorio extranjero aplica también a experiencia ejecutada en territorio de otra parte no signataria del Acuerdo?"***

El "Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra", estipula como un principio general dentro de su artículo 175 que en lo respectivo al principio de la nación más favorecida que cada país Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la Parte UE, y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

Es decir que, el principio de nación más favorecida no aplica para una nación que no ha suscrito el "Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra", entendiéndose de esta forma que la no discriminación deberá ser para las naciones parte del Acuerdo Comercial, reconociéndose como proveedores calificados a cualquier proveedor nacional o de otra Parte que cumpla

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

con las condiciones de participación en una contratación pública determinada, a menos que la entidad contratante señale, en su aviso de contratación pública prevista, cualquier limitación al número de proveedores a los que se les permitirá presentar una oferta y los criterios para seleccionarlos. (Artículo 179 del Acuerdo Comercial).

Con referencia a su consulta número tres que refiere: "*¿En los procedimientos de contratación cubiertos por el ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA, en el caso de calificación de documentación requerida por en la entidad contratante estos deberán ser analizados en su fondo y tomando en consideración que constituyen documentos extranjeros, que no están obligados a cumplir con la forma establecida en la legislación de contratación pública ecuatoriana, en razón de la adaptación de la legislación local que está implícita en la suscripción de un acuerdo internacional y el Código Bustamante?*"

La entidad contratante deberá determinar las condiciones necesarias de participación que sean esenciales para asegurarse de que el proveedor tiene las capacidades **jurídica, financiera, comercial y técnica** para cumplir con el objeto de la contratación; es así que, cada entidad determinará aquellas condiciones esenciales para participar, inclusive, establecerá qué tipo de documentos son los elementales para justificar aquello, sin que se exijan formalidades que no se encuentren descritas expresamente en el pliego.

En este sentido, la documentación requerida por la entidad contratante deberá ser analizada conforme los similares requeridos en el país, puesto que no tienen la obligatoriedad de ajustarse a las formalidades del Ecuador, por ser documentos extranjeros de un proveedor que sea parte de una de las naciones que han suscrito el Acuerdo Comercial.

III. CONCLUSIÓN:

El "ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR SU PARTE, Y COLOMBIA, EL PERÚ Y ECUADOR, POR OTRA", publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 780, de 24 de noviembre de 2016, y su Protocolo de Adhesión publicado en el Registro Oficial Suplementario No. 900 de 12 de diciembre de 2016, entró en vigencia el 01 de enero de 2017, ante lo cual, este Servicio Nacional, con la finalidad de viabilizar el antes referido acuerdo comercial, publicó en el Portal Institucional una guía práctica que defina los lineamientos para la ejecución de los procedimientos para las contrataciones de bienes, servicio y obras cubiertas por el antes referido acuerdo para conocimiento y aplicación de las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP.

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



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0405-OF

Quito, D.M., 10 de agosto de 2020

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 autorizada 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 legales 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.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Diana Natalia Vargas Campana
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-2041-EXT

Anexos:

- celec-ep-tma-2020-0923-mem.pdf

tg/mf