

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0075-OF

Quito, D.M., 06 de julio de 2021

Asunto: Absolución de consulta respecto a aplicación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea al INEN conforme el Anexo XIX "Sección D", Subsección 1 del Acuerdo Comercial ibídem.

Señora Magíster
Valeria Nathali Alcarraz Calderon
Coordinadora General Administrativa Financiera
INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS
Valeria_Alcarraz@inec.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio No. INEC-CGAF-2021-0092-O de 31 de marzo de 2021, suscrito por la Coordinadora General Administrativa Financiera Encargada del Instituto Nacional de Estadística y Censos, mediante el cual solicita a este Servicio Nacional, el pronunciamiento sobre:

"[...] Están cubiertos todos los ministerios y sus organismos, instituciones o entidades Administrativas dependientes y adscritos, excepto las Empresas públicas que se encuentran enlistadas en la subsección 3.", y este superíndice hace referencia a la página 3 del mismo anexo a los Ministerios Sectoriales: por lo que solicito se sirva disponer a quien corresponda nos emita un criterio jurídico, si el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, debe aplicar o no en sus procesos de Contratación, lo establecido en el Acuerdo Multipartes, puesto que este superíndice hace referencia a los Ministerios Sectoriales. [...]"

Al respecto, cúpleme indicar:

I. Antecedentes.-

Junto a su pedido, ha llegado como anexo, el siguiente memorando, que es el antecedente, a nuestra respuesta:

Mediante memorando No. INEC-DIJU-2021-0101-M de 09 de marzo de 2021, la abogada María Eugenia Morales Cortez, Directora de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Estadística y Censos, emitió su criterio jurídico, en el que se determinó lo siguiente:

"[...] En el Anexo XIV Sección D Ecuador, Subsección 1 referente a Entidades de Nivel Central de Gobierno se estipula que es aplicable para las entidades del nivel central de gobierno, a las que se hace referencia en esta subsección en relación a la contratación de mercancías, servicios y servicios de construcción listadas abajo, cuando el valor de la contratación se ha estimado, de conformidad con el artículo 173, párrafos 6 a 8, del presente Acuerdo, el título VI, estableciendo montos para cada objeto de contratación sean estos Mercancías, Servicios y, Servicios de Construcción indicando que esto aplica para las entidades del Gobierno Central, tales como la Presidencia y la Vicepresidencia de la República. [...] Finalmente, en concordancia con lo prestablecido (sic) en el Art. 40 de la Ley de Modernización el Instituto Nacional de Estadística y Censos al ser una institución Adscrita a la Presidencia de la República mediante Decreto Ejecutivo vigente, se encuentra amparado en la cobertura y aplicación del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros. [...] CONCLUSIONES: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 45 del Código Orgánico Administrativo, el mismo que incluye dentro de la Administración Pública Central a la Presidencia de la República, y demás dependencias establecidas, e incluye en su numeral 3 a las entidades adscritas o dependientes, siendo el INEC una institución Adscrita a la Presidencia de la República mediante Decreto Ejecutivo Nro.732 de 13 de mayo del 2019, situación que ratifica la cobertura y aplicación del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros (...)"

II. Análisis.-

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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0075-OF

Quito, D.M., 06 de julio de 2021

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 [en adelante LOSNCP] y artículo 6 de su Reglamento General, esto es brindar asesoramiento a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública [en adelante SNCP], 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.

El “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte y Colombia, Perú y Ecuador, por otra”^[1], en adelante denominado Acuerdo Comercial y su Protocolo de Adhesión^[2] entraron en vigencia el 1 de enero de 2017. Con la suscripción del Acuerdo Comercial se ratifica el compromiso de las partes de cumplir con los estándares internacionales y lineamientos multilaterales de la Organización Mundial del Comercio –OMC, de los tratados internacionales sobre derechos humanos; y, de los postulados de la Constitución de la República del Ecuador, que en los numerales 9 y 12 del artículo 416, reconoce al derecho internacional como norma de conducta y del fomento de un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados.

En este contexto, al estar el Acuerdo Comercial incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano, su cumplimiento es obligatorio, en las diferentes materias previstas, como la descrita en el Título VI, correspondiente a la Contratación Pública, bajo el principio de derecho internacional de *pacta sunt servanda*^[3]; y, solo en lo no contemplado en este instrumento internacional, se deberá cumplir con la normativa legal vigente en el Ecuador, respetando las reglas jurídicas antes citadas, que engloban los principios de derecho internacional comercial, debido a su primacía por sobre la normativa interna o por cualquier acto del poder público, de conformidad con los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por lo tanto, las entidades contratantes están obligadas a aplicar integralmente las disposiciones del instrumento bilateral determinadas en el Título VI[4] correspondiente a la Contratación Pública; es responsabilidad de la entidad contratante (incluido el INEN) revisar el contenido del Acuerdo Comercial y sus Anexos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 299 del Acuerdo Comercial y artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en su calidad de ente rector de la Contratación Pública y en ejercicio de su facultad normativa prevista en el número 9 del artículo 10 de la LOSNCP, y artículo 7 número 4 y Disposición General Cuarta de su Reglamento General a la LOSNCP, ha desarrollado la “Guía Práctica para la aplicación del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra” constante en el URL:

https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2018/08/folleto_guiapractica_unioneuropea1.pdf, para las entidades contratantes y proveedores, que contribuye a la verificación de cobertura, la definición del procedimiento y uso del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador [en adelante SOCE], en aplicación del Acuerdo Comercial de las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras a ejecutar.

Las entidades contratantes se encuentran obligadas a dar cumplimiento al Acuerdo Comercial, respetando los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, como son: trato justo, transparencia y publicidad; y con el fin de dar cumplimiento al mismo debe observar lo siguiente:

1. Revisar la cobertura de la Entidad, es decir, confirmar que la entidad contratante se halle dentro de las entidades cubiertas por el Acuerdo consultando para ello el Anexo XIX de los Anexos del Protocolo de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0075-OF

Quito, D.M., 06 de julio de 2021

Adhesión del Acuerdo Comercial, de no ser parte deberá continuar con los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si la entidad se halla incluida entonces deberá realizar la verificación del paso 2 (Verificar excepciones).

2. Verificar excepciones: Este punto corresponde a la verificación, que debe realizar la entidad contratante cubierta por el Acuerdo Comercial, referente a las excepciones establecidas en el artículo 173, número 3 del Acuerdo Comercial con su Anexo XII y las aclaraciones que constan en la sección VII del Protocolo de Adhesión con sus respectivos anexos. Si la contratación se considera una excepción, entonces la entidad contratante no aplicará el Acuerdo Comercial y deberá continuar con los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si la contratación no forma parte de las excepciones entonces se deberá continuar con el punto 3 (Comparar el monto planteado vs umbral).

3. Comparar el monto planificado vs Umbral: Cuando la entidad contratante se encuentra cubierta por el Acuerdo Comercial, y la contratación que desea ejecutar (bienes, servicios u obras) no forma parte de las excepciones del Acuerdo Comercial, deberá proceder a verificar si el monto de la contratación se encuentra dentro de los umbrales cubiertos por el Acuerdo Comercial y en los Anexos al Protocolo de Adhesión. Cuando el monto a contratar es inferior al umbral, no estaría cubierto por el Acuerdo Comercial; por lo tanto, no se aplica el Acuerdo Comercial, en su lugar deberán aplicarse la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional. Si el monto de la contratación que se pretende realizar es igual o superior al umbral, la contratación está cubierta deberá continuarse con la verificación del punto 4 (Cobertura del bien, servicios u obras CPC).

4. Cobertura del bien, servicio u obra (CPC): Si la entidad contratante es una entidad cubierta por el Acuerdo Comercial, la contratación que se desea realizar no forma parte de las excepciones del citado Acuerdo Comercial y el monto es igual o superior al umbral establecido, la entidad contratante procederá a realizar la verificación de que los bienes, servicios u obras que desea contratar formen parte de los CPC cubiertos por el Acuerdo Comercial. Si el CPC con el que se desea contratar no se encuentra cubierto termina la verificación. Si el CPC se encuentra cubierto, deberá ejecutarse como una contratación cubierta.

Por otro lado, la entidad contratante al momento de realizar la verificación de si su institución se encuentra o no cubierta por el Acuerdo tiene la obligación de verificar el Anexo XIX de los Anexos del Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial, dentro de los niveles: Central de Gobierno, Sub - Central de Gobierno y otras Entidades Cubierta. Con la consideración de que la nota: "[...] *Están cubiertos todos los ministerios y sus organismos, instituciones o entidades administrativas dependientes y adscritos, excepto las Empresas públicas que se encuentran enlistadas en la subsección 3 [...]*", aplica para los Ministerios Sectoriales.

III. Conclusión.-

La entidad contratante deberá verificar que dentro del Anexo XIX "Sección D", Subsección 1, relativa a "entidades de nivel central del gobierno", conste descrita la institución a su cargo para la correspondiente aplicación del Acuerdo Comercial; considerando además que dentro de las entidades contratantes del Gobierno Central se encuentra como primera, la Presidencia de la República, segunda la Vicepresidencia de la República, y así el resto de entidades enlistadas hasta el punto 29 del mismo, en concordancia, con lo determina el artículo 45 del Código Orgánico Administrativo, al referirse que las entidades adscritas a la Administración Pública Central, forman parte de esta última.

Por consiguiente, la entidad contratante en caso de verificar lo descrito *ut supra* deberá enmarcar sus actuaciones conforme el principio de juridicidad que rige a las instituciones públicas, determinado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, y así proceder en apego de lo dispuesto en el Acuerdo Comercial, instrumento bilateral que goza de supremacía frente a la normativa interna.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0075-OF

Quito, D.M., 06 de julio de 2021

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley Ibídem, su Reglamento General de aplicación, además de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, no es facultad de este Servicio Nacional de Contratación Pública recomendar o emitir disposiciones sobre las acciones y/o decisiones que debe adoptar las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación que llevan a cargo.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizada por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución No. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución No. R.I-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, mismas que se encuentran publicadas en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Ecuador, *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte y Colombia, Perú y Ecuador, por otra*, Registro Oficial Edición Especial Nro. 780, 24 de noviembre de 2016.

[2] Ecuador, *Protocolo de Adhesión*, Registro Oficial Suplemento Nro. 900, 12 de diciembre de 2016.

[3] Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículos 26 y 27, disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

[4] Artículos 172 al 194 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una parte y Colombia, el Perú, por otra.

[5] Excepciones establecidas en el número 3 del artículo 173 del Acuerdo Comercial con su Anexo XII y las aclaraciones establecidas en la Sección VIII del Protocolo de Adhesión, con sus Anexos.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-1030-EXT

Copia:

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

Señorita Abogada
Ariana Nicolh Acosta Gómez
Experta en Asesoría Jurídica

mm/sa/aa/js