

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0126-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, oficio Nro. CELEC-EP-2021-1737-OFI, de 20 de octubre de 2021, suscrito por Gerente General CELEC EP, Art. 3 RGLOSNC, Acuerdo Multipartes.

Señor Magíster
Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo
Gerente General de la Empresa Pública Estratégica CELEC EP
CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al Oficio Nro. CELEC-EP-2021-1737-OFI, de 20 de octubre de 2021, mediante el cual el Gerente General de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, consulta a este Servicio: “ [...]¿Es aplicable el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para aquellas contrataciones cubiertas por los Acuerdos Comerciales vigentes en contratación pública? .

Al respecto cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su pedido se encuentra como anexo:

1.1 Con Memorando Nro. CELEC-EP-2021-4545-MEM, de 18 de octubre de 2021, el Director Jurídico de CELEC EP, emitió criterio jurídico relacionado con la consulta efectuada al SERCOP, en el que concluyó: “[...] En virtud de lo expuesto, es criterio de esta Dirección que, las contrataciones previstas en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estos es, para aquellas contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países y que se encuentran cubiertas por los Acuerdos Comerciales, es aplicable únicamente en tanto se trate de una “contratación directa” o “contratación restringida” con proveedor único en virtud de la aplicación subsidiaria de la norma nacional, para otros casos, en los que exista pluralidad de proveedores el método de selección es la Licitación, conforme lo establece la Guía Práctica. “

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, en lo relativo a la contratación pública, las instituciones del Estado se regirán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante -LOSNC-, su Reglamento General, así como, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública en adelante

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0126-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

-SERCOP-

El SERCOP ejercerá solamente las facultades que les son legalmente conferidas, por lo que, al tenor del artículo 10 de la LOSNCP y artículo 6 de su Reglamento General, se han atribuido competencias expresas, dentro de las cuales se encuentra, el 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.

Con respecto a su consulta, hay que considerar dos aspectos, el primero: Para aplicar los Acuerdos Comerciales, las entidades contratantes, deberán verificar

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 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 encuentra 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 VIII 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, y 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 y deberá continuarse con la verificación del punto 4 (Cobertura del bien, servicio, u obra (CPC))

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0126-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

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 una contratación cubierta.

Si la entidad contratante ha cumplido con todos los numerales descritos anteriormente, la contratación se encontraría cubierta, viéndose obligada a la publicación del “AVISO DE CONTRATACIÓN PREVISTA”, para lo cual, solicitará a través de un oficio a este Servicio que se proceda con el particular; en el caso puntual, de la revisión efectuada por este Servicio Nacional a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE), la contratación está cubierta por el Acuerdo Comercial.

Si durante la verificación, la entidad contratante determina que cualquiera de los Acuerdos no cubren la contratación podrá aplicar la contratación pública por medio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexas.

El segundo aspecto a considerar corre a partir de la determinación de que los Acuerdos no son aplicables a la contratación que se desea realizar, en este caso la entidad contratante deberá analizar los estudios realizados previamente por las áreas requirentes (Art. 23 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con el Art. 69 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública); y, determinar en base a las necesidades y características del bien, obra o servicio, cuál es el procedimiento que se aplicará.

Ahora bien, al referirnos al artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tenemos que considerar que es un procedimiento que se realiza únicamente cuando los **bienes o servicios que se contraten se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países.** (Énfasis añadido)

Para realizar este procedimiento las entidades deberán generar de manera previa el procedimiento de producción nacional con el que se descarta la posibilidad de existencia de estos bienes y servicios en el Ecuador. Una vez que se obtenga esta constancia se podrá contratar en el exterior para lo cual se emitirá la resolución motivada por parte de la Máxima Autoridad o su delegado.

Este tipo de procedimiento se realizará bajo exclusiva responsabilidad de la Máxima Autoridad o su delegado y deberá contarse con el correspondiente expediente físico del procedimiento de contratación conforme lo establece el artículo 36 LOSNCP.

No está por demás recalcar que los procesos que se realicen aplicando el artículo 3 del

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0126-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

RGLOSNCOP, se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

III. CONCLUSIÓN:

Este Servicio Nacional a través del entonces Coordinador General de Asesoría Jurídica emitió criterio relacionado con sobre la aplicación del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República del Ecuador, Colombia y Perú.

Dentro de este criterio se señala: “[...]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* [1]; 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 el artículo 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador. [...]” (Énfasis añadido).

En este orden de ideas, este Servicio Nacional ratifica lo indicado en el criterio citado por lo tanto, la entidad deberá descartar o no la aplicación de los Acuerdos Comerciales, cumpliendo los pasos establecidos tanto en las líneas superiores de este documento, como en el URL: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/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 –SOCE, en aplicación del Acuerdo Comercial de las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras a ejecutar.

En el caso de que no apliquen los Acuerdos y se produzcan los preceptos necesarios para que pueda aplicarse el artículo 3 del RGLOSNCOP, sin descartar que para empezar el procedimiento mencionado deberá contar de manera previa con los resultados de la publicación de una verificación de producción nacional en la que se verifica que no existen productores en el Ecuador y continuará el procedimiento tomando en consideración las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

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 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

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0126-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

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] Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 26 y 27, 25 de septiembre de 2018, disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2021-3926-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef