



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Octubre 2023

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

La absolución de las consultas jurídicas a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, es competencia del Procurador General del Estado, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 3 y 13 de su Ley Orgánica.

Cada pronunciamiento es el resultado del estudio del equipo de abogados de la Dirección Nacional de Consultoría, que se apoya según la materia con la experticia de los profesionales de las demás direcciones sustantivas y regionales de la PGE, y, finalmente, revisado y, de ser el caso, modificado por el Procurador General del Estado, lo que permite asegurar la rigurosidad jurídica de cada proyecto, mantener la unidad institucional y reforzar el rol preventivo de la absolución de consultas como parte del ciclo de defensa jurídica del Estado.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de las normas por toda la Administración Pública, por lo que la ley ordena que los extractos se publiquen en el Registro Oficial.

Adicionalmente, por iniciativa de la PGE el texto íntegro de cada pronunciamiento consta en el Sistema de Consultas Absueltas, en el portal institucional www.pge.gob.ec que es una herramienta de acceso público.

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de octubre de 2023 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	2-oct-23	INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA	4
2	12-oct-23	EMPRESA NACIONAL MINERA - ENAMI EP CESIÓN DE DERECHOS MINEROS	10
3	27-oct-23	MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS CONTRATOS DE GESTIÓN DELEGADA SUSCRITOS AL AMPARO DE LEGISLACIÓN ANTERIOR	20
4	31-oct-23	EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA PARA LA SEGURIDAD Y CC OTORGAMIENTO Y DEVOLUCIÓN DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN VIGENCIA TECNOLÓGICA	28
5	31-oct-23	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO PROCEDIMIENTO DETERMINACIÓN RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS	38

Oficio No. **03923**

Quito, D.M., **02 OCT 2023**

General de Brigada
Frank Patricio Landázuri Recalde
DIRECTOR GENERAL
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (ISSFA)
Presente.-.

De mi consideración:

Mediante oficio No. ISSFA-DG-2023-0677-OF, de 24 de agosto de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 28 del mismo mes y año, se formuló la siguiente consulta:

“¿Si el recurso de apelación interpuesto por los sujetos interesados -asegurados al régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas-, debe ser conocido y resuelto por el Consejo Directivo -órgano colegiado de nivel superior sin personalidad jurídica- con base al ejercicio de su atribución prevista en el artículo 7, letra n) de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, o en su defecto, debe ser conocido y resuelto por el señor Director General -máxima autoridad y representante legal-, de conformidad a lo previsto en los artículos 42, 55 y 219 del Código Orgánico Administrativo?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica, encargado, del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante, “ISSFA”), contenido en oficio No. ISSFA-DAJ-2023-2183-OF, de 24 de agosto de 2023, refiere como antecedente la necesidad de definir la fase de impugnación de las resoluciones por las cuales se otorgan las prestaciones, *“que será incluida en la actualización del ‘REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA DE CALIFICACIÓN DE PRESTACIONES DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS’.”*

El mencionado informe jurídico citó los artículos 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 7 letra n), 8 letra a), 11 y 17 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas² (en adelante, “LSSFA”); 62 y 90 del Reglamento General a la LSSFA³ (en adelante, “RGLSFA”); 62 del Reglamento para el Funcionamiento de la Junta de Calificación de Prestaciones del Instituto de Seguridad

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

² LSSFA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 199, de 28 de mayo de 1993.

³ RGLSFA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 1007 de 18 de mayo de 2017.

Social de las Fuerzas Armadas⁴ (en adelante, “Reglamento de la Junta”); y, 14, 42, 47, 55 y 219 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“(…) la subordinación de la administración a la ley, bajo la teoría de la vinculación positiva, comporta que ‘la actividad de la administración solo es jurídicamente correcta cuando tiene un concreto y específico fundamento legal’; por tanto, sobre la base de los artículos 219 y 55 del Código Orgánico Administrativo y el principio general de la lógica, se tiene que el máximo órgano colegiado de gobierno del ISSFA - Consejo Directivo, no es competente para conocer y resolver los recursos de apelación, toda vez, que el artículo 47 Ibidem (sic), establece una cuestión fundamental desde el punto de vista procedimental al determinar que la máxima autoridad de una entidad es quien ejerce su representación legal, lo que de suyo permite conocer las posibles vías de impugnación de un acto administrativo. En otras palabras, en aquellas entidades que tienen un órgano colegiado, este no es su máxima autoridad porque no ejerce la representación legal, sino, lo es su director (sic) General.

3. Conclusiones

(…)

3.2. La máxima autoridad del ISSFA, sobre la base de las disposiciones legales específicas y generales aplicables al caso el (sic) mención, es el director (sic) General; por lo tanto, sería la autoridad competente para conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos dentro de la fase de impugnación de aquellos procedimientos administrativos sustanciados por la Junta de Calificación de Prestaciones (El resaltado me corresponde).

3.3 El Consejo Directivo del ISSFA, al ser un órgano colegio propiamente dicho carece de personalidad jurídica; es decir, no es apto para contraer derechos y obligaciones. Por lo que, no tiene competencia para conocer y resolver los recursos de impugnación en vía administrativa conforme lo determina el artículo 55 del Código Orgánico Administrativo, considerando además que el artículo 42 ibídem, establece que para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código (El resaltado me corresponde).

3.4 El principio de juridicidad, también conocido como de legalidad objetiva, se refiere de manera contundente a la aplicación razonada y jerárquica del ordenamiento jurídico; es así, que los preceptos del orden jurídico que estatuyen la competencia del Consejo Directivo del ISSFA para conocer y resolver en vía administrativa los recursos de apelación, subyacen ante aquellos que regulan el ejercicio de la función administrativa de los órganos que conforman el sector público y, que expresamente determinan que la competente para hacerlo es la máxima autoridad por ejercer la representación legal” (El resaltado me corresponde).

⁴ Reglamento de la Junta, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No.215, de 27 de noviembre de 2014.

⁵ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31, de 7 de julio de 2017.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Las normas de la LSSFA que regulan los recursos en sede administrativa; y, *ii)* Las disposiciones del COA en materia de impugnación en sede administrativa.

2.1. Las normas de la LSSFA que regulan los recursos en sede administrativa.-

De conformidad con el artículo 2 de la LSSFA, reformado⁶, el ISSFA tiene como finalidad *"proporcionar la seguridad social al profesional militar, a sus dependientes y derechohabientes, a los aspirantes a oficiales, aspirantes a tropa y conscriptos (...)"*, mediante las prestaciones establecidas por el artículo 17 *ibídem*⁷, reformado. Dichas prestaciones se otorgan por el ISSFA a través de la Junta de Calificación de Prestaciones que, según el artículo 11 de la referida ley, es el órgano de primera instancia administrativa que tiene a su cargo la expedición de los acuerdos para el otorgamiento de las mismas.

En tal contexto, la Junta de Calificación de Prestaciones expide el respectivo acuerdo que otorga o niega la prestación al asegurado, y de dicho acuerdo, según el artículo 90 de la LSSFA, el asegurado puede solicitar la reconsideración al mismo órgano, en el plazo previsto en esa norma, *"y, en última instancia, en igual plazo, ante el Consejo Directivo por vía de apelación (...)"*.

Concordante, la letra n) del artículo 7 de la LSSFA confiere al Consejo Directivo del ISSFA atribución para *"Resolver en última y definitiva instancia, las apelaciones de los asegurados"*. De acuerdo con la letra g) del mismo artículo, ese órgano colegiado tiene, adicionalmente, atribución para *"Expedir resoluciones para optimizar el trámite y otorgamiento de las prestaciones"*.

De lo expuesto se observa que: *i)* la LSSFA establece las prestaciones de seguridad social que benefician al personal militar y aspirantes a oficiales, aspirantes a tropa y conscriptos, sus dependientes y derechohabientes; *ii)* la Junta de Calificación de Prestaciones tiene a su cargo la expedición de los acuerdos para el otorgamiento de las prestaciones establecidas en la LSSFA; y, *iii)* la LSSFA prevé la posibilidad de que los asegurados apelen de la resolución de la Junta de Calificación de Prestaciones, y confiere al Consejo Directivo del ISSFA atribución para resolver dichos recursos en sede administrativa.

⁶ Artículo reformado por el Art. 2 de la Ley s/n, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 867, de 21 de octubre de 2016.

⁷ LSSFA, "Art. 17.- El ISSFA concede a sus afiliados las siguientes prestaciones: a) Seguro de Retiro, Invalidez y Muerte que incluye mortuoria; b) Seguro de Cesantía; c) Seguro de Enfermedad y maternidad; d) (Derogado)e) Seguro de Vida y Accidentes Profesionales; y, f) (Derogado). (...) " Artículo reformado por la Ley s/n, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 867, de 21 de octubre de 2016.

2.1. Las disposiciones del COA que regulan la impugnación en sede administrativa.-

De acuerdo con lo previsto en el artículo 425 de la CRE, el orden jerárquico de aplicación de las normas es 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.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior” (El resaltado me corresponde).

De su parte, el artículo 1 del COA, al referirse a su objeto, señala que dicho código *“regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”* (El resaltado me corresponde).

En este sentido, la impugnación de los actos administrativos es materia expresamente incluida en el ámbito material de aplicación del COA, según el número 5 de su artículo 42, ubicado en el Capítulo Séptimo “Ámbitos De Aplicación” del Título I “Preliminar”, Libro Preliminar “Normas Rectoras”. Adicionalmente, el último inciso del mencionado artículo prescribe que: *“Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”* (El resaltado me corresponde).

Concordante con la disposición citada, el último inciso del artículo 55 del COA, que se refiere a las competencias de los órganos colegiados, establece que: *“En ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación, en vía administrativa”* (el resaltado me corresponde).

Sobre la competencia para resolver los recursos en sede administrativa, los incisos segundo y tercero del artículo 219 del COA disponen:

“(...) Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial. (...)” (El resaltado me corresponde).

Adicionalmente, corresponde considerar que la Disposición Derogatoria Primera del COA derogó todas las disposiciones concernientes a recursos en vía administrativa, y el primer inciso de la Disposición Transitoria Segunda del mismo código previó que *“Los procedimientos que se encuentran en trámite a la fecha de vigencia de este Código,*

continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio (...)”.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 01875 de 6 de diciembre de 2018, esta Procuraduría expuso:

“Del análisis hasta aquí efectuado se observa que la disposición derogatoria primera del COA, expresamente ha derogado las normas que regulaban los recursos en vía administrativa, que según el inciso final del artículo 42 del COA, la impugnación de actos administrativos en vía administrativa se rige únicamente por ese código, y que, el inciso final del artículo 55 del COA que se refiere a los órganos colegiados, expresamente prevé que en ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación en vía administrativa”.

Por su parte, la letra a) del artículo 8 de la LSSFA, reformado, confiere al Director General del ISSFA la atribución de **“Representar legalmente al ISSFA, en todos los actos judiciales, extrajudiciales y contratos en los que intervenga el Instituto”** (El resaltado me corresponde).

Finalmente, se observa que el COA, por su carácter de ley orgánica y por ser posterior, prevalece respecto de la LSSFA y su reglamento general, de conformidad con el número 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁸ (en adelante, “LOGJCC”), que establece las reglas de solución de antinomias y prevé que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*.

Del análisis efectuado se concluye que: *i) el COA regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público; ii) el COA es posterior y fue expedido con rango de ley orgánica, por lo que prevalece respecto de la LSSFA; iii) la impugnación en sede administrativa es materia regulada por el COA; iv) el artículo 219 del COA confiere competencia para el conocimiento y resolución de los recursos administrativos a la máxima autoridad administrativa de la administración; v) la LSSFA atribuye al Director General del ISSFA la representación legal de ese instituto; y, vi) la normativa que el Consejo Directivo del ISSFA expida debe adecuarse a las normas de mayor rango.*

3. Pronunciamiento. -

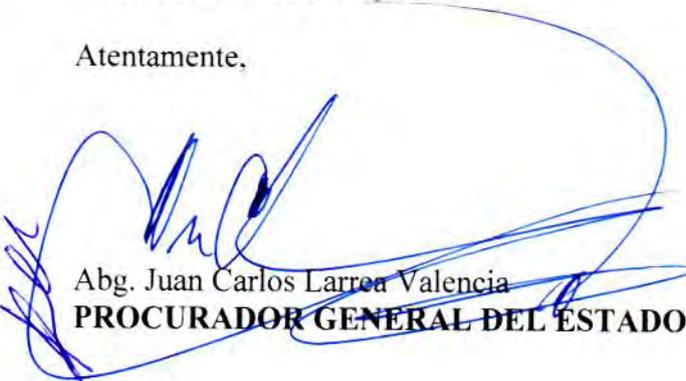
En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 42, inciso final y 55 del COA, la impugnación en vía administrativa se rige únicamente por ese código, que dispone que en ningún caso los órganos colegiados serán competentes para conocer y resolver recursos. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 219 del COA, la competencia para resolver en sede administrativa los recursos de apelación corresponde a la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad,

⁸ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, de 22 de octubre de 2009.

que, en el caso del ISSFA, es su Director General, de acuerdo con la letra a) del artículo 8 de la LSSFA.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. **04055**

Quito, D.M., **12 OCT 2023**

Magíster
Santiago Marcelo Chamorro Hidalgo
GERENTE GENERAL, SUBROGANTE
EMPRESA NACIONAL MINERA - ENAMI EP
Presente.-.

De mi consideración:

Mediante oficio No. ENAMI-ENAMI-2023-0218-OFC, de 29 de mayo de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría al día siguiente, mediante el cual se formuló la siguiente consulta:

“¿Considerando que el artículo 31 de la Ley de Minería, determina que el título minero constituye un título valor; y que, en el artículo 17 de la Ley ibídem, establece que los derechos mineros se entienden como aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización, debe la ENAMI EP, para la cesión de derechos mineros tratarlos como bienes intangibles tomando en cuenta al numeral 3.8 del artículo 3 del Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público; o, debe tratarlos como un título valor al amparo de lo establecido en el artículo 78 del Código de Comercio?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 02361, 02362, 02363 y 02364, de 2 de junio de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables (en adelante, “ARCERNNR”); al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”); a la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”); y, a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, “SCVS”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios No. 02605, 02606 y 02607, de 20 de junio de 2023, se insistió en dichos requerimientos al MEM, a la SCVS y a la ARCERNNR, respectivamente.

1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden: *i*) por la Directora Nacional Jurídica, subrogante, de la CGE mediante oficio No. 0217-DNJ-2023, de 13 de junio de 2023, ingresado en esta Procuraduría al día siguiente; y, *ii*) por la Directora Regional de Mercado de Valores de la SCVS, con oficios No. SCVS-IRQ-DRMV-2023-00047504-O y No. SCVS-IRQ-DRMV-2023-00053880-O, de 21 de junio y 4 de julio de 2023,

respectivamente, ingresados en el correo institucional único de este organismo los mismos días. Por su parte, el MEM y la ARCERNNR, hasta la presente fecha, no han dado respuesta a los requerimientos e insistencias de este organismo.

1.3. El informe jurídico de la Coordinadora Jurídica, encargada, de la Empresa Nacional Minera (en adelante, “ENAMI EP”), contenido en memorando No. ENAMI-CJU-2023-0066-MEM, de 24 de mayo de 2023, citó los artículos 1, 313, 317 y 408 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 17, 18, 30 y 31 de la Ley de Minería² (en adelante, “LM”); 1, 7, 78 y 272 del Código de Comercio³ (en adelante, “CCO”); y, 3 número 3.8, y 58 del Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público⁴ (en adelante, “Reglamento de Bienes del Sector Público”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“3.- ANÁLISIS. -

(...) De conformidad con el artículo 30 de la Ley de Minería, la concesión minera que es considerada como un acto administrativo, le otorga a su titular un derecho personal, mismo que puede ser cedido, en tal razón, la norma permite la transferencia de este derecho (El énfasis me corresponde).

Lo precedente, permite dilucidar que dicho derecho ligado a la constitución de un título valor (Art. 31 de la Ley de Minería) converge en ser un instrumento mercantil que permite la concreción de operaciones comerciales de intercambio, mismo que, está anclado a la valoración económica de las reservas mineras de los proyectos, conforme la recomendación emitida por la Contraloría General del Estado (El énfasis me corresponde).

Correlacionando lo indicado, el artículo 78 del Código de Comercio manifiesta que estos títulos: ‘son documentos que representan el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, permitiendo a su titular o legítimo tenedor ejercitar el derecho mencionado en él. Pueden ser de distinta naturaleza dependiendo del derecho o bien que ellos aluden.’. En ese sentido, se puede dilucidar que la norma citada, hace una diferenciación entre derecho y bien, por lo cual, en observancia a la Ley de Minería, el título minero es el otorgamiento de un derecho personal para gestionar actividades mineras (prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y vender todas las sustancias minerales), lo cual, guarda congruencia con los artículos 1, 313, 317 y 408 de la Constitución de la República, respecto a que este tipo de bienes, no pueden ser vendidos, transferidos o cedidos (El énfasis me corresponde).

Por otra parte, el REGLAMENTO GENERAL SUSTITUTIVO PARA LA ADMINISTRACIÓN, UTILIZACIÓN, MANEJO Y CONTROL DE LOS BIENES E INVENTARIOS DEL SECTOR PÚBLICO (RGSUMCBISP), expedido por la Contraloría General del Estado, el cual es, un cuerpo normativo secundario de aplicación inferior a las leyes enunciadas (ordinarias y orgánicas), define a los bienes

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² LM, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009.

³ CCO, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.

⁴ Reglamento para la Administración de Bienes, expedido mediante Acuerdo 067-CG-2018, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 388 de 14 de diciembre de 2018.

intangibles como un activo no monetario, identificable y sin substancia física cuya constancia está atada a documentos que demuestren su veracidad o que justifiquen su reconocimiento como intangibles (Art. 58 RGSAUMCBISP), en tal virtud, la Ley de Minería determina que el título minero es un derecho personal indiferente al otorgamiento de la propiedad sobre un activo. (El énfasis me corresponde).

Adicionalmente, se podría comprender una diferenciación en dicha norma, entre lo que es un derecho y un bien intangible, al establecerse el procedimiento de registro, conforme se cita:

(...) los bienes pueden estar protegido (sic) por un derecho, en este caso, el de propiedad intelectual; incluyendo, además, que la calificación como intangibles, están sometidos a condicionantes establecidas por el ente rector de las finanzas públicas (El énfasis me corresponde).

4.- CRITERIO. –

Es criterio de esta Coordinación, sobre la base de la normativa citada y análisis efectuado que, para los procesos de cesión de concesiones mineras, la ENAMI EP, debe tratar a los derechos mineros como un título valor de libre transferencia como parte de una operación comercial, misma que deberá cumplir con los requisitos establecidos en la normativa legal y reglamentaria correspondiente” (El énfasis me corresponde).

1.4. De su parte, el criterio jurídico institucional de la CGE, además de las normas referidas por la entidad consultante, citó los artículos 226 de la CRE; y, 1, 26, 32 letra b) y 38 del Reglamento de Bienes del Sector Público; con base en los cuales manifestó lo siguiente:

“De la normativa citada relacionada con los bienes intangibles que regula el Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, se colige que los títulos en los cuales constan las concesiones mineras, motivo de la consulta formulada por el Gerente General, Subrogante de la ENAMI EP a la Procuraduría General de Estado, no se encuentran regulados en el citado Reglamento (El énfasis me corresponde).

No obstante lo manifestado, que no es atribución de este Organismo Técnico de Control el análisis y pronunciamiento sobre títulos valores mineros solicitados en la consulta de la referencia, (...) me permito indicar lo siguiente:

(...)

En relación al CÓDIGO DE COMERCIO, al que se refiere en el texto de la consulta, en las ‘DISPOSICIONES PRELIMINARES’, el artículo 1 señala su ámbito: ‘El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes’.

La Ley de Minería, además de lo establecido en el artículo 31, regula las relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras; con las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas, mixtas, privadas y las de éstas entre sí, respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de

actividades mineras, establece lo que se entiende por derechos mineros y además regula el procedimiento de concesiones mineras” (El énfasis me corresponde).

1.5. Por otro lado, el criterio jurídico de la SCVS, además de las normas referidas por la consultante y la CGE, citó los artículos 213 de la CRE; 2, 10 números 1 y 4, las Disposiciones Décimo Primera y Décimo Cuarta del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, que contienen la Ley de Mercado de Valores⁵ (en adelante, “LMV”); 1 de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros⁶ (en adelante, “CRMFVS”); 1, 2, 3 y 21 de la LM; 12 letras a) y c) del Reglamento General de la Ley de Minería⁷ (en adelante, “RGLM”); 1, 2, 3 y 4 letras a), b) y c) del Instructivo para la Autorización de Cesión y Transferencia de Derechos Mineros y de Cesión en Garantía de Derechos Mineros⁸ (en adelante, “Instructivo de Cesión de Derechos Mineros”); luego de lo cual analizó y concluyó:

“(…) se procede a realizar, dentro del ámbito de competencia de este Organismo de Control, las siguientes consideraciones relacionadas con el tema consultado:

a) El artículo 78 del Código de Comercio redunda en señalar que los títulos valores se asocian a la representación documental de un derecho literal y autónomo incorporado, permitiendo a su titular o legítimo tenedor ejercitar el derecho. El artículo 80 del Código ibidem, como norma general contempla los requisitos esenciales del valor, entre estos: la mención del derecho que en el título se incorpora, con indicación del objeto en que consiste y de su valor (El énfasis corresponde al texto original).

Por estas alusiones, se tiene en cuenta que la legislación comercial, al igual que la doctrina uniforme en la materia comercial ha acogido la naturaleza del valor que preserva la documentalidad y la incorporación del derecho al documento como unidad indisoluble, superando la noción simplista de cosas o bienes, sobreponiéndose los atributos de los valores (El énfasis me corresponde).

b) Acorde al artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores, Libro 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, de modo que se ejemplifican, entre otros las acciones, guardándose que: cualquier limitación a la libre negociación y circulación de valores no establecida por Ley, no surtirá efectos jurídicos y se tendrá por no escrita.

(…)

c) De los artículos 1, 2, 3, 21, 30 y 31 de la Ley de Minería, se tiene en cuenta que el régimen regulatorio de la actividad minera nacional se desarrolla por medio de empresas públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y familiares, de auto gestión o personas naturales, de conformidad con la legislación de la materia.

Este régimen esclarece que la concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal transferible previo

⁵ LMV, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

⁶ CRMFVS, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 26 de junio de 2017.

⁷ RGLM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 de 16 de noviembre de 2009.

⁸ Instructivo de Cesión de Derechos Mineros, publicado en el Registro Oficial No. 893 de 30 de noviembre de 2016.

a la concurrencia (sic) la calificación de la idoneidad del cesionario por parte del Ministerio Sectorial. Para que, luego el título se acompañe de la inscripción de la transferencia del título autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero (El énfasis me corresponde).

(...)

Cabe anotar que el Art. 31 de la ut supra, que hace referencia al otorgamiento de concesiones mineras, determina que el título minero constituirá un título valor, de acuerdo a las regulaciones que para el efecto dicten la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos, siempre y cuando las reservas mineras contenidas en la concesión sean debidamente valorizadas por la Agencia de Regulación y Control Minero. Respecto de lo que hay que destacar que a la presente fecha esta Superintendencia no ha emitido una regulación relacionada con el denominado 'Título minero' (El énfasis corresponde al texto original y lo subrayado me corresponde).

(...)

Particularmente esta normativa redundante en señalar que el titular tiene un derecho personal, transferible, y que no cuenta con una prohibición expresa dentro del ordenamiento jurídico. Este proceso formativo contenido en el instructivo determina que el titular del derecho minero que requiera de una autorización para cesión y transferencia de derechos mineros, deberá presentar ante el Ministerio Sectorial, una solicitud con especiales requisitos, frente a los que ponemos atención: i) determinación exacta del derecho minero motivo de cesión y transferencia ii) nombre o denominación de la concesión minera, área, ubicación y fecha de otorgamiento e inscripción del título minero iii) detalle exacto del porcentaje a ser cedido o transferido iv) determinación e identificación exacta de la persona natural o jurídica a quien se cederá o transferirá el derecho minero, entre otros".

1.6. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la empresa consultante y el criterio jurídico de la SCVS coinciden en señalar que los artículos 30 y 31 de la LM se refieren a la concesión minera como un acto administrativo que otorga a su titular un derecho personal que, para efectos de su cesión, se considera como un título valor. La SCVS reitera que, de acuerdo con el artículo 2 de la LMV, se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores.

Finalmente, tanto la ENAMI EP, como la CGE y la SCVS precisan que, respecto de los títulos en los cuales constan las concesiones mineras, no es aplicable el Reglamento de Bienes del Sector Público.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que se trata su consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Los bienes intangibles definidos en el Reglamento de Bienes del Sector Público y los títulos valores previstos en la LMV y el Código de Comercio; y, ii) El título minero como título valor y la cesión y transferencia de derechos mineros.

2.1. Los bienes intangibles definidos en el Reglamento de Bienes del Sector Público y los títulos valores previstos en la LMV y el Código de Comercio. -

El artículo 211 de la CRE establece que la CGE es un organismo técnico encargado “del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”. De acuerdo con el número 3 del artículo 212 ibídem, la CGE tiene entre sus funciones el “3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones”.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁹ (en adelante, “LOCGE”) en su artículo 3 determina que, para efectos de esa ley, se entienden por recursos públicos “todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan”.

El número 5 del artículo 7 de la LOCGE, en armonía con lo previsto en los artículos 31 número 22 y 95 ibídem, señala que la CGE adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda “Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades”.

En este contexto, la CGE expidió el Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, cuyo objeto y ámbito de aplicación, según su artículo 1, es regular la “administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios de propiedad de las instituciones, entidades y organismos del sector público y empresas públicas”, así como “los bienes de terceros que por cualquier causa se hayan entregado al sector público bajo su custodia, depósito, préstamo de uso u otros semejantes”.

Con relación a los bienes intangibles, el número 3.8 del artículo 3 de dicho Reglamento, citado en su consulta, los define como “un activo no monetario, identificable y sin substancia física”.

El inciso primero del artículo 2 de la LMV establece que se considera valor “al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores”, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores (El énfasis me corresponde).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1 del CCO, dicho código “rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes” (El énfasis me corresponde). En este sentido,

⁹ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.



el inciso primero del sustituido¹⁰ artículo 78 ibídem, ubicado en el Libro III "LOS INSTRUMENTOS DEL COMERCIO: TÍTULOS VALORES Y TÍTULOS DE CRÉDITO", Título I "LOS TÍTULOS VALORES", señala que: "**Los títulos valores, físicos, desmaterializados o electrónicos, son documentos que representan el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, permitiendo a su titular o legítimo tenedor ejercitar el derecho mencionado en él**". Agrega el referido inciso que pueden ser de distinta naturaleza dependiendo del derecho o bien que ellos aluden.

Al respecto, el artículo 80 ibídem contempla los requisitos de los títulos valores, además de "lo dispuesto para cada título valor en particular". Agrega el artículo 102 del CCO que: "**Las normas de este título no se aplican para los títulos valores respecto de los cuales la ley establezca efectos específicos o diferentes**". Finalmente, los artículos 112 y su innumerado agregado a continuación regulan la cesión de los títulos valores.

De lo manifestado se desprende que: *i)* la CGE, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, expidió el Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, que regula la administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios de propiedad de las instituciones, entidades y organismos del sector público, entre ellos, los bienes intangibles definidos como activos no monetarios, identificables y sin características físicas; *ii)* se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores; y, *iii)* los títulos valores son documentos que representan el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, cuya naturaleza depende del derecho o bien al que se refieren y su circulación se remite a la ley.

2.2. El título minero como título valor y la cesión y transferencia de derechos mineros. -

En cuanto al ámbito de aplicación de la LM, su artículo 2 establece que regula las relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras; con las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas, mixtas, privadas y las de estas entre sí, "**respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de actividades mineras**" (El énfasis me corresponde). Así, el artículo 3 ibídem prevé una supletoriedad normativa amplia en materia minera, en cuanto a "**la relación Estado - particulares, y de éstos entre sí**", que incluye, entre otras materias, la "**societaria; civil; procesal civil; de gobiernos autónomos descentralizados; (...)**", en todo lo que corresponda y no esté expresamente regulado en esa ley.

El artículo 31 de la LM, materia de su consulta, en su primer inciso, señala que el otorgamiento excepcional de concesiones mineras, a través de un acto administrativo, podrá hacerlo el Estado "**a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República, esta ley y su reglamento general**".

El inciso segundo del artículo ibídem prevé que: "**sin perder su carácter personal**", el título minero confiere a su titular "**el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar,**

¹⁰ Artículo sustituido por el artículo 45 de la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 245 de 7 de febrero de 2023.

beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión”, y lo hace beneficiario de los réditos económicos que obtenga de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en esa ley y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, precisando que: “el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26” (El énfasis me corresponde).

El tercer inciso del artículo 31 de la LM señala expresamente que: *“El título minero constituirá un título valor de acuerdo a las regulaciones que al efecto dicte la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos”, una vez que las reservas mineras contenidas en la concesión sean debidamente valorizadas por la Agencia de Regulación y Control Minero, actual ARCENNR, “en los términos del respectivo Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras” (El énfasis me corresponde).*

El inciso primero del artículo 16 de la LM señala que: *“El dominio del Estado sobre el subsuelo se ejercerá con independencia del derecho de propiedad sobre los terrenos superficiales que cubren las minas y yacimientos”,* adiciona en el segundo inciso que *“Su exploración y explotación racional se realizará en función de los intereses nacionales, por personas naturales o jurídicas, empresas públicas, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras, otorgándoles derechos mineros, de conformidad con esta ley”, (El énfasis me corresponde).*

El artículo 17 de la LM, materia de su consulta, define a los derechos mineros como *“aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización”.*

Así, el primer inciso del artículo 30 de la LM faculta al Estado para delegar, de manera excepcional, *“la participación en el sector minero a través de las concesiones”.* Agrega que, la concesión minera es *“un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial”;* concluye que, sobre el mismo, *“se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general.” (El énfasis me corresponde).*

Conforme el segundo inciso del citado artículo 30 de la LM, *“La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero”,* actual ARCENNR, *“una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al procedimiento y los requisitos establecidos en el reglamento general de esta ley”* y concluye que: *“Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero” (El énfasis me corresponde).*

Según el artículo 123 de la LM, los contratos entre concesionarios o de estos con terceros, relativos a derechos y actividades mineras, *“se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 125 de la presente ley y además por las normas del derecho privado, en todo cuanto no se opongan a esta” (El énfasis me corresponde).*



El inciso primero del artículo 125 de la LM establece que: **“Los derechos mineros en general son susceptibles de cesión y transferencia”**, previa autorización de la ARCERNNR; agrega que esa transferencia se perfecciona con la inscripción en el Registro Minero, a cargo de esa agencia, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 del RGLM¹¹.

Adicionalmente, el artículo 58 del RGLM contempla los requisitos que contendrá la solicitud de autorización de cesión o transferencia de derechos mineros; autorización que corresponde otorgar al MEM, previo informe favorable de la ARCERNNR. El inciso final del mencionado artículo precisa que: **“Solo podrá celebrarse el contrato de cesión o transferencia de derechos mineros con quienes estuvieren habilitados para el ejercicio de la actividad minera”**¹² (El énfasis me corresponde).

Finalmente, es pertinente considerar que el número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³ (en adelante, “LOGJCC”), prevé que: **“Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal”**. De igual manera, la regla primera del artículo 18 del CC, dispone que **“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”** (El énfasis me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* la concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero y concede al titular un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros; *ii)* el título minero constituye un título valor, en los términos del artículo 31 de la LM; *iii)* los derechos mineros, en general, son susceptibles de cesión y transferencia, previa autorización del MEM, con informe previo de la ARCERNNR; *iv)* solo podrá celebrarse contrato de cesión o transferencia de derechos mineros con quienes estuvieren habilitados para el ejercicio de la actividad minera, mediante escritura pública; y, *v)* cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá estrictamente a su tenor literal.

¹¹ RGLM. **“Art. 12.- Instrumentos sujetos a inscripción en el Registro Minero.- Están sujetos a la inscripción en el Registro Minero, los siguientes documentos: (...) a) Títulos de concesiones mineras, reformas o modificaciones a dichos títulos, tales como división o acumulación de áreas mineras y actas de adjudicación de subastas y remates mineros; (...) c) Contratos de cesión y transferencia de derechos mineros, contratos de participación, de promesa irrevocable de cesión y transferencia de derechos mineros, contratos de cesión en garantía, de asociación, de prenda, contratos de crédito minero, de operación, de garantía, preparatorios, procuraciones de condóminos; contratos de transacción; contratos de negociaciones de títulos valores a los que se refiere el inciso tercero del artículo 31 de la Ley de Minería; y, más actos y formas contractuales que se estimen pertinentes; (...) e) Autorizaciones para cesiones y transferencias de derechos mineros; autorizaciones para el libre aprovechamiento de materiales de construcción para obra pública en áreas no concesionadas y concesionadas; autorizaciones para la instalación y operación de plantas de beneficio, fundición y refinación, en tratándose de minerales metálicos y de procesamiento, para el caso de no metálicos o de materiales de construcción; (...) i) Los demás previstos en la Ley y este Reglamento”**.

¹² RGLM. **“Art. 59.- De la celebración del contrato de cesión o transferencia y de la cesión en garantía de derechos mineros y de su inscripción en el Registro Minero.- Una vez que el titular minero haya obtenido informe favorable de autorización de cesión o transferencia de derechos mineros o haya operado el silencio administrativo positivo, celebrará el respectivo contrato de cesión y transferencia por escritura pública al que deberá agregarse como habilitantes los siguientes documentos: a) Informe favorable de autorización de cesión y transferencia emitido por las instituciones determinadas en el artículo anterior; (...) La escritura de cesión o transferencia de derechos mineros estará sujeta a la inscripción en el Registro y Catastro Minero para su perfeccionamiento en un plazo de treinta días contados a partir de su celebración. La falta de inscripción en el Registro Minero determinará la invalidez de los contratos, caducará el título y la concesión se revertirá al Estado y el área quedará libre”**.

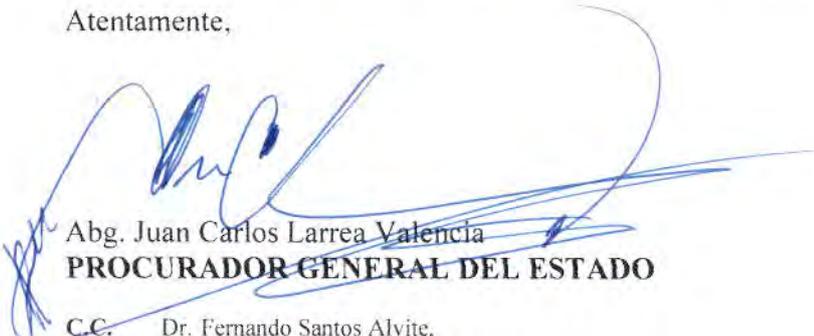
¹³ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 3 número 7 de la LOGJCC y 18 regla primera del Código Civil, el título minero constituye un título valor, en los términos establecidos en los artículos 30 y 31 de la LM; por lo cual, la cesión y transferencia de los derechos mineros debe sujetarse a la normativa especializada que rige esa materia y a las normas del derecho privado que no se opongan a ello, conforme lo disponen los artículos 3 y 123 ibídem.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Fernando Santos Alvite,
Ministro de Energía y Minas

Ing. Carlos Alberto Riofrío González,
Contralor General del Estado, Subrogante

Ing. Marco Giovanni López Narváez,
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros

Cnrl. (SP) Luis Patricio Bonilla Romero
Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables

Oficio N° 04256

Quito, DM, 27 OCT 2023

Ingeniero
César Eduardo Rohon Hervas

MINISTRO
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOB)

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio Nro. MTOB-MTOB-23-922-O, de 6 de octubre de 2023, ingresado en la misma fecha en la Procuraduría General del Estado, se consultó:

“1.- ¿A los contratos de delegación o gestión delegada celebrados al amparo de lo previsto en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, los artículos 41 y 42 letra e) de la Ley de Modernización del Estado y en el Decreto Ejecutivo No. 582, le son aplicables, principal o subsidiariamente, las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”

2.- ¿En los contratos de delegación o gestión delegada celebrados al amparo de lo previsto en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, los artículos 41 y 42 letra e) de la Ley de Modernización del Estado y en el Decreto Ejecutivo No. 582, es legalmente factible pactar la posibilidad de suscribir contratos adicionales para ejecutar obras y servicios adicionales por razones de interés público, conveniencia institucional o causas imprevistas o técnicas?”

3.- ¿En los indicados contratos de delegación o gestión delegada celebrados al amparo de la normativa aplicable al tiempo de su celebración, en los que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, ya se hubiera previsto la posibilidad de suscribir contratos adicionales para ejecutar obras y servicios adicionales por razones de interés público, conveniencia institucional o causas imprevistas o técnicas, ¿ha de entenderse que dicha estipulación es amplia y suficiente y, por tanto, las partes suscriptoras están en la facultad de celebrar tales contratos adicionales siempre que se cumplan los supuestos estipulados para tal efecto?”

I. Antecedentes:

- 1.1. Al oficio de consulta se adjuntó el memorando No. MTOB-CGJ-2023-843-ME, de 6 de octubre de 2023, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Encargada, del MTOB, el cual contiene el informe jurídico correspondiente. Dicho informe concluyó, en forma general, lo siguiente:

“4. CONCLUSIÓN. -

En virtud de todo lo expuesto, en aplicación del principio de seguridad jurídica y el respeto al principio de legalidad, si en un contrato de delegación legalmente celebrado se ha estipulado la factibilidad de suscribir contratos adicionales para ejecutar obras y servicios adicionales por razones de interés público, conveniencia institucional o causas imprevistas o técnicas, debe entenderse que dicha estipulación es amplia, suficiente y cabal a efectos de habilitar la suscripción de tales contratos adicionales, siempre que se cumplan las condiciones habilitantes que las partes hubieran acordado para tales fines. (Lo subrayado me corresponde).

Es decir, si una cláusula contractual supone la posibilidad legal de celebrar contratos adicionales para conseguir que el contrato principal se cumpla integralmente, debe recurrirse necesariamente a dicha cláusula para conseguir tal propósito, pues el principio que subyace a la celebración y ejecución de los contratos es permitir que éstos se ejecuten de manera comprensiva en orden a que se cumpla el aforismo pacta sunt servanda, siempre que se coadyuve al cumplimiento cabal del objeto contractual.

Bajo este contexto, en caso de vacíos o lagunas jurídicas en el ámbito de la suscripción y ejecución de contratos administrativos de delegaciones, debe aplicarse la supletoriedad del Derecho Civil por el principio o axioma de la integración jurídica”.

- 1.2. De lo expuesto se observa que el criterio de la entidad consultante señala que si en un contrato de delegación se ha estipulado la posibilidad de suscribir contratos adicionales para ejecutar obras y servicios adicionales por razones de interés público, conveniencia institucional o causas imprevistas o técnicas, ésta estipulación es amplia, suficiente y cabal a efectos de habilitar la suscripción de tales contratos adicionales.

II. Análisis:

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata las consultas planteadas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Pronunciamientos Previos Sobre la Materia; ii) Los Contratos de Delegación de Obra y Servicios Públicos de conformidad con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, y el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, iii) Disposiciones Generales del Código Civil.

2.1. Pronunciamientos Previos Sobre la Materia:

La Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado respecto del ámbito de aplicación del artículo 1 y la Disposición Derogatoria prevista en el numeral 9 de la Ley

04256

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante, “LOSNCP”), mediante oficios Nos. 06469 y 07888, de 10 de marzo y 16 de junio de 2009, respectivamente. Por otra parte, sobre el principio general de irretroactividad de la ley y la aplicación de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil (en adelante CC), esta Procuraduría General del Estado emitió el pronunciamiento contenido en oficio No. 10209, de 17 de abril de 2017. Es necesario señalar que dichos pronunciamientos conservan vigencia.

Por otra parte, a través del oficio Nro. 09826, de 21 de agosto de 2020, se examinaron, por una parte, los artículos 42, 43 letra c), 44 y 46 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada² (en adelante, “LME”), y 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones³, (en adelante, “COPCI”), relacionados con los contratos de concesión celebrados durante la vigencia de esas normas. Adicionalmente, en este pronunciamiento se ratificó lo dictaminado – a través del oficio No. 10209 de 17 de abril de 2017 – respecto del principio general de irretroactividad de la ley y la aplicación de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil,

Con las consideraciones expuestas, se procede a señalar lo siguiente:

El oficio Nro. 06469, de 10 de marzo de 2009, analizó y concluyó lo siguiente:

*“Del estudio que precede se desprende que el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, definido en su artículo 1, está referido exclusivamente a los contratos cuyo objeto constituya la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios regulados por esa ley, incluidos los de consultoría. En cambio, **los contratos de concesión de obra y servicios públicos, como los del aeropuerto materia de su consulta, son de naturaleza diferente, y se regulan por las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento**”* (el énfasis me corresponde).

*Por tanto, el numeral 9 de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no incluye ni se extiende a **los procedimientos de concesión de servicios públicos regulados por la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento**, por tratarse de una materia distinta a aquella que está sujeta al ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...)*” (el énfasis me corresponde).

El análisis antes expuesto fue ratificado mediante oficio No. 07888, de 16 junio de 2009, mismo que expuso:

¹ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto de 2008.

² LME, publicada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993, derogada por el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

³ COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010, derogado por el artículo 165 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587, de 29 de noviembre de 2021.

*“Queda vigente en este pronunciamiento, el análisis jurídico relacionado con el numeral 9 de la Disposición Derogatoria de **la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que no incluye ni se extiende a los procedimientos de concesión de servicios públicos regulados por la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento**, por tratarse de una materia distinta a aquella que está sujeta al ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica” (el énfasis me corresponde).*

Por otra parte, el oficio No. 10209, de 17 de abril de 2017, estudió y determinó:

*“Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.
(...)”*

Por su parte, el artículo 7 del Código Civil recoge el principio de irretroactividad de la ley y establece las normas a aplicarse en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, en los siguientes términos:

*'Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:
(...)*

18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)'.

*(...) la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017 **y en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.** (el énfasis me corresponde).*

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

'(...) cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez, el determinar qué leyes son retroactivas.' (el énfasis me pertenece)

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

'En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración. (el énfasis me pertenece)

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...)' (el énfasis me pertenece).

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra, en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP." (el énfasis me corresponde).

Finalmente, el oficio No. 09826, de 21 de agosto de 2020, examinó y concluyó lo siguiente:

"(...) ii) la letra c) del artículo 43 de la LME incluía, entre las modalidades de delegación, a la concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso y otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo; iii) de acuerdo con el segundo inciso del artículo 44 de la LME, en los procesos de delegación, los derechos y obligaciones entre las partes se determinaban en los respectivos contratos, cuyas estipulaciones no podían modificarse unilateralmente durante la vigencia de los mismos; iv) de acuerdo con el numeral 2 del artículo 76 del COA, dentro del procedimiento de selección del delegatario, el pliego de bases administrativas, técnicas y económicas, fija los términos contractuales que rigen la relación entre la administración y el gestor (el énfasis me corresponde).

(...)

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 44 segundo inciso y 46 de la LME, aquellos contratos de concesión celebrados conforme a los procedimientos regulados por esta ley, deben observar las condiciones contractuales acordadas entre las partes, sin que puedan ser modificadas unilateralmente durante la vigencia del contrato, por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración, a las que el legislador no hubiere dado efecto retroactivo o inmediato” (el énfasis me corresponde)

2.2. Los Contratos de Delegación de Obra y Servicios Públicos de conformidad con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, y el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, al tenor de lo previsto en su artículo 1, regula la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios regulados por esa ley, incluidos los de consultoría. En cambio, los contratos de delegación de obra y servicios públicos, materia de las consultas realizadas, son de naturaleza diferente, y se regulan por el régimen jurídico aplicable a este tipo de contrataciones, entre la que no se encuentra la LOSNCP.

De conformidad con la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, en “...*todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

El artículo 100 del COPCI, vigente a la suscripción de los contratos materia de las consultas, disponía que, en forma excepcional, debidamente decretada por el Presidente de la República, cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Con base en la disposición legal citada, mediante Decreto Ejecutivo No. 582⁴, de 18 de febrero de 2015, se expidió el Reglamento de Colaboración Público Privada, a través del cual se establecieron las “...*las normas que prevean a la asociación entre la entidad pública y las empresas privadas, como modalidad de delegación excepcional de*

⁴ El Decreto Ejecutivo No. 582 fue sustituido íntegramente por el Decreto Ejecutivo No. 1190 (Registro Oficial No. 3333, de 19 de noviembre de 2022) y éste, a su vez, fue sustituido por el Decreto Ejecutivo No. 788 expedido el 26 de junio de 2023 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 341 del 28 de junio de 2023.

04256

Ministerio de Transporte y Obras Públicas
00002934-2023
Página. 7

cualquier proyecto en las áreas a que se refiere el Artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”.

Por otra parte, el artículo 41 de la LME – aplicable a los contratos materia de las consultas planteadas – determina que:

*“Sin perjuicio del derecho inalienable que el Estado tiene sobre su territorio y de la reserva para la explotación económica de los recursos naturales y de los servicios señalados en el numeral 1 del artículo 46 de la Constitución Política de la República, **el Estado podrá delegar de conformidad con lo que dispone la presente Ley, a la iniciativa privada, el ejercicio de las actividades antes mencionadas.** El Estado deberá cumplir con su obligación constitucional de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos, sin perjuicio de la contribución que en dichas áreas realiza el sector privado de conformidad con la Ley.”*

En el mismo sentido, el artículo 46 ibídem prevé que

*“**Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente.** En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. **Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.**” (el énfasis me pertenece).*

2.3. Disposiciones Generales del Código Civil:

El artículo 1561 del CC determina que todo “(...) contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Este principio del Derecho, usualmente definido como el *pacta sunt servanda*, se traduce en que los contratos legalmente celebrados deben cumplirse al tenor de sus estipulaciones.

En este sentido, el artículo 1562 del mismo Código determina que la ejecución de los contratos debe efectuarse de buena fe obligando no solamente a lo que en ellos se expresa, sino también “(...) a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” y, el artículo 1578 del mismo Código enseña que el “(...) sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”; con lo cual se reafirma el sentido del Derecho de contratos: que estos se ejecuten y se cumplan comprensivamente.

Finalmente, el CC, en sus artículos 1579 y 1580, ratifica la necesidad del cumplimiento y ejecución de los contratos, pues en "(...) los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato"; y las "(...) cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

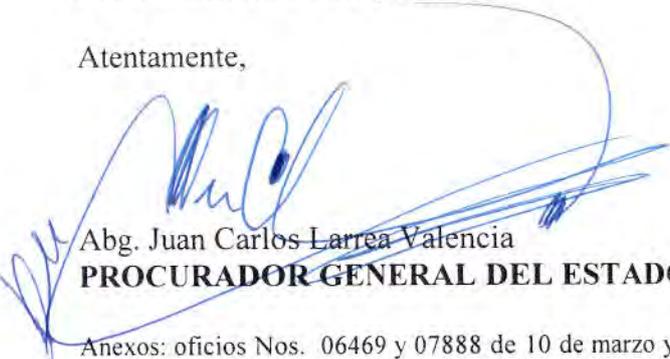
III. Pronunciamientos:

Por lo expuesto, y en atención a los términos de sus consultas, se concluye que las disposiciones de la LOSNCP no son aplicables a los contratos de delegación o gestión delgada celebrados al amparo de lo previsto en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, los artículos 41 y 46 de la Ley de Modernización del Estado y en el Decreto Ejecutivo No. 582, pues estos son de naturaleza distinta que aquellos cuyo propósito sea la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, incluidos los de consultoría. En suma, los contratos de delegación o gestión se rigen por el régimen jurídico aplicable que las partes contratantes hayan estipulado en el respectivo instrumento contractual.

En armonía con lo anterior, en aplicación del derecho a la seguridad jurídica preceptuado en el artículo 82 de la Constitución de la República, con cuyo precepto guarda sintonía el aforismo *pacta sunt servanda*, si en un contrato de delegación legalmente celebrado (al amparo del artículo 100 del COPCI; la LME y el Decreto Ejecutivo No. 582) se ha estipulado la factibilidad de suscribir contratos adicionales para ejecutar obras y servicios adicionales por razones de interés público, conveniencia institucional o causas imprevistas o técnicas, debe entenderse que dicha estipulación es amplia, suficiente y cabal a efectos de habilitar la suscripción de tales contratos adicionales, siempre que se cumplan las condiciones habilitantes que las partes hubieran acordado para tales fines.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Anexos: oficios Nos. 06469 y 07888 de 10 de marzo y 16 de junio de 2009, No. 10209 de 17 de abril de 2017 y 09826 de 21 de agosto de 2020.

Oficio No. 04287

Quito, D.M., 31 OCT 2023

Magíster

Francisco José Mosquera Zabala

GERENTE GENERAL

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA PARA LA SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA (EP EMSEGURIDAD)

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. EMS-GG-2023-0670-O, de 16 de mayo de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“En los contratos de bienes sujetos a vigencia tecnológica, en los cuales se contrata conjuntamente con el bien, los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo durante la vida útil del bien; ¿es posible recibir dos garantías de fiel cumplimiento, una por el 5% del valor de los bienes; y otra por el 5% del valor de los servicios (mano de obra del mantenimiento preventivo); para que la primera sea devuelta cuando se suscriba el acta entrega-recepción parcial por los bienes, y la segunda sea devuelta cuando se suscriba el acta de entrega-recepción definitiva, esto es al vencimiento total del plazo previsto por la vida útil del bien?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes:

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 02207 y No. 02519, de 23 de mayo y 14 de junio de 2023, respectivamente, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante *SERCOP*), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Los requerimientos fueron atendidos por el Director de Asesoría Legal y Patrocinio del *SERCOP* con oficio No. *SERCOP-DALP-2023-0167-OF*, de 12 de junio de 2023, ingresado en este organismo el 14 de los mismos mes y año; y, por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de dicha entidad mediante oficio No. *SERCOP-CGAJ-2023-0041-OF*, de 22 de junio de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente.



- 1.2. El informe jurídico de la Directora Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y Convivencia Ciudadana (en adelante *EP EMSEGURIDAD*), contenido en memorando No. EMS-DJ-2023-0348-M, de 10 de mayo de 2023, citó los artículos 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante *CRE*); 74 y 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante *LOSNC*); 260, 262, 263, 303, 319 y 320 del Reglamento General a la *LOSNC*³ (en adelante *RGLOSNC*); y, 114, 117, 118 y 119 de la derogada Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el *SERCOP*⁴ (en adelante *Codificación de Resoluciones del SERCOP*); con fundamento en los cuales concluyó:

“CONCLUSIONES

En virtud de la base normativa y análisis expuestos, esta Dirección concluye lo siguiente:

- 1. En contratos de bienes sujetos a vigencia tecnológica el plazo de la contratación incluye tanto el plazo de entrega de los bienes, su instalación, puesta en funcionamiento, etc., cuanto la prestación de los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo (el énfasis me corresponde).*
- 2. Conforme a lo previsto en los artículos 73 y 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es posible solicitar al adjudicatario de este tipo de procesos, previo a la firma del contrato, la entrega de dos garantías de fiel cumplimiento: una que respalde el 5% del valor de los bienes -incluyendo su instalación, y otros componentes distintos al mantenimiento preventivo-; y, otra por el 5% del valor del servicio de mantenimiento preventivo, toda vez que la *LOSNC* expresamente permite la combinación de garantías en cualquier forma (el énfasis me corresponde).*
- 3. En el caso previsto en el numeral precedente, la garantía que respalda el 5% del valor de los bienes podría devolverse una vez que se suscriba el acta entrega recepción parcial por los mismos, debiendo el contratista mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento que respalda el 5% del valor del servicio de mantenimiento preventivo hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva, la cual podría firmarse únicamente cuando haya vencido el plazo total del contrato de así estipularse en el contrato (...).” (el énfasis me corresponde).*

¹CRE, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²LOSNC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

³RGLOSNC, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁴Codificación de Resoluciones del *SERCOP*, expedida el 31 de agosto de 2016 y publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018.



- 1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además de las normas invocadas por la entidad consultante, los artículos 82, 227 y 288 de la CRE; 4, 5, 6 numeral 24, 10 numeral 17, 31 numeral 2, 71, 73 y 81 de la LOSNCP; y, 258 del RGLOSNCP; con base en los cuales analizó lo siguiente:

"3. ANÁLISIS JURÍDICO. -

(...) se debe dejar claro que, de acuerdo a lo determinado en el artículo 262 del RGLOSNCP, la combinación a la que refiere tal artículo, es que la entidad podrá aceptar cualquiera de las cinco formas de garantías establecidas en el artículo 73 de la LOSNCP. (El énfasis me corresponde)

El artículo 74 de la LOSNCP establece que, el proveedor deberá rendir previo o al momento de la suscripción del contrato una garantía, que tiene por objeto la seguridad del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales y la misma será equivalente al 5% del valor total del contrato; esto es, sobre un solo monto contractual, ya que a pesar de que el contrato este compuesto por la entrega de bienes y la prestación del servicio de mantenimiento, el objeto y monto contractual es uno solo. (El énfasis me corresponde)

De la misma forma el artículo 77 de la Ley de la materia, señala que las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única, lo que guarda absoluta coherencia con el artículo 263 de su Reglamento General de aplicación, que dispone, que la garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta entrega recepción definitiva o única. Dejando a salvo la parte final del citado artículo '[...] o a lo estipulado en el contrato', lo cual es pertinente para el caso de la garantía de buen uso del anticipo. (El énfasis me corresponde)

4. CRITERIO. -

(...)

La entidad contratante podrá aceptar la presentación de garantías combinadas de las descritas en el artículo 73 de la LOSNCP, considerando que no se podrá interpretar que la garantía de fiel cumplimiento se pueda dividir en dos montos, por cuanto, el objeto y el monto contractual es uno solo; en otras palabras; no es procedente la presentación y una garantía del 5% por el monto de los bienes y otra del 5% sobre el monto de los servicios. (El énfasis me corresponde)

De esta manera, cabe resaltar que la entrega de la garantía de fiel cumplimiento del contrato será calculada sobre el monto total del mismo y la devolución se realizará cuando se haya suscrito el acta entrega recepción definitiva o única" (El énfasis me corresponde).

- 1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP difieren. Para la EP EMSEGURIDAD la garantía de fiel cumplimiento puede dividirse con relación al valor del bien y al valor de los servicios de mantenimiento, razón por la cual, su devolución puede realizarse con la suscripción de las actas de entrega recepción parcial de los bienes y de recepción definitiva de los servicios de mantenimiento, respectivamente.

Por su parte, el SERCOP considera que la garantía de fiel cumplimiento no puede dividirse, por cuanto el objeto y el monto contractual es uno solo, siendo improcedente la presentación de una garantía del 5% por el monto de los bienes y otra del 5% sobre el monto de los servicios.

2. Análisis:

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Contratación de Bienes y Prestación de Servicios en Cumplimiento del Principio de Vigencia Tecnológica; y, *ii)* Garantía de Fiel Cumplimiento y su Devolución.

2.1. Contratación de Bienes y Prestación de Servicios en Cumplimiento del Principio de Vigencia Tecnológica. -

Las compras públicas deben cumplir con criterios que están previstos en el artículo 288 de la CRE, que incluye los de eficiencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, en armonía con lo establecido en el artículo 4 de la LOSNCP, que contempla los principios para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella derivan, que son los de *“legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”* (el énfasis me corresponde).

Así mismo, el artículo 5 de la LOSNCP reitera que los procedimientos y contratos sometidos a dicha ley *“se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”*.

El artículo 49 del RGLOSNCPE establece que: *“Las entidades contratantes deberán contar con un presupuesto referencial apegado a la realidad de mercado, al momento de publicar sus procesos de contratación”*, y el numeral 1 de la norma ibídem determina que: *“Para el caso de adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, y ejecución de obras, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá emitir los parámetros correspondientes”* (el énfasis me corresponde).

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 1515, que contiene las *“Disposiciones de Contratación para la Adquisición y Arrendamiento, de Bienes y la Prestación de Servicios, Relacionadas con el Cumplimiento del Principio de Vigencia Tecnológica”*⁵ (en adelante Decreto No. 1515),

⁵ Decreto No. 1515, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 5 de 31 de mayo de 2013.



en su artículo 1, al referirse a su ámbito de aplicación, incluye a *“Las instituciones de la Administración Pública Central, Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva”*, las cuales deberán *“garantizar y prever en la adquisición, arrendamiento de bienes, el mantenimiento preventivo y correctivo de los mismos, garantías técnicas y su reposición”* (el énfasis me corresponde) con la finalidad de asegurar la disposición y funcionamiento de los bienes que son necesarios para la prestación ininterrumpida de servicios de calidad al ciudadano. Aclara, por tanto, que sus disposiciones se aplicarán por las entidades contratantes para la adquisición y arrendamiento de: i) *“Equipos informáticos”*; ii) *“Equipos de impresión”*; iii) *“Vehículos”*; y, iv) *“Equipos médicos”*.

Adicionalmente, el inciso final del artículo 1 del Decreto No. 1515 señala que: *“La adquisición, arrendamiento así como la prestación de servicios, en los que se contempla la utilización de bienes específicos de entre los señalados, se realizará cumpliendo las normas del presente decreto, con las condiciones establecidas en estas disposiciones”* (el énfasis me corresponde). El artículo 2 ibídem prevé que la vigencia tecnológica *“será de estricto cumplimiento en todos los procedimientos de contratación pública de bienes, arrendamiento así como la prestación de servicios relacionados con el uso de los bienes específicos”*, de los señalados en el artículo precedente, *“a fin de garantizar su utilización con tecnología de punta”*.

El artículo 9 del Decreto No. 1515 agrega que las condiciones específicas de adquisición, arrendamiento de bienes y contratación de servicios con vigencia tecnológica, que no consten en el Catálogo Electrónico, *“serán establecidas por las disposiciones que para el efecto expida la Entidad rectora de la Contratación Pública en el Ecuador, de conformidad con la Ley”* (El énfasis me corresponde).

En este sentido, el SERCOP⁶, como organismo de derecho público que ejerce *“la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública”* (en adelante *SNCP*), de conformidad con el segundo inciso del artículo 10 de la LOSNCP, expidió la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134⁷ que contiene la *“Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-”* (en adelante *Normativa Secundaria del SNCP*).

La Normativa Secundaria del SNCP, al referirse a su objeto y ámbito de aplicación, establece en su artículo 1 que: *“complementa y desarrolla las disposiciones”* establecidas en la LOSNCP y el RGLOSNCP; *“mismas que son de cumplimiento obligatorio para las entidades previstas en el artículo 1”* de la citada ley y los actores del SNCP.

El artículo 76 de la Normativa Secundaria del SNCP, desarrolla el principio de vigencia tecnológica en similares términos a los señalados en el artículo 3 del referido Decreto No. 1515,

⁶ Con resolución No. RE-INCOP-2013-0000085 de 16 de mayo de 2013, el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) emitió las *“Normas para la Aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica en la Adquisición, Arrendamiento y Prestación de Servicios en los que se requiera de equipos informáticos, equipos de impresión, vehículos y equipos médicos”* y con resolución No. RE-INCOP-2013-0000090 de 5 de julio de 2013, se establecieron las *“Disposiciones respecto de la contratación de bienes sujetos a los principios de vigencia tecnológica establecidas en el Decreto Ejecutivo No. 1515 y Resolución INCOP 085-2013”*, posteriormente derogadas por la Codificación de Resoluciones del SERCOP, derogada luego por la Normativa Secundaria del SNCP.

⁷ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA
PARA LA SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA
0001987-2023
Página. 6

y establece que este implica la obligación de que la adquisición y arrendamiento de los bienes muebles, así como la prestación de servicios en los que se contempla el uso de bienes específicos señalados en esa Sección, reúnan las condiciones de calidad necesarias para el cumplimiento efectivo de su finalidad, *“desde el momento de su adquisición y hasta por un tiempo determinado y previsible de vida útil, conforme los lineamientos emitidos por el ente rector de finanzas públicas”*⁸, con la posibilidad de adecuarse, integrarse, repotenciarse y reponerse, según el caso, de acuerdo con los avances científicos y tecnológicos.

El artículo 77 de la Normativa Secundaria del SNCP determina que el principio de vigencia tecnológica en los procedimientos de contratación pública, *“es de uso obligatorio para las entidades contratantes a fin de garantizar la utilización de los mismos con tecnología de punta para la prestación de servicios públicos efectivos y eficientes”* (el énfasis me corresponde). Agrega el artículo 78 ibídem que la aplicación de la vigencia tecnológica *“Se determinará en los documentos preparatorios, precontractuales y el contrato, los términos y condiciones que el proveedor deberá cumplir respecto del mantenimiento preventivo periódico y correctivo del bien, las garantías técnicas y su reposición”*, para asegurar *“el funcionamiento de los bienes para la prestación ininterrumpida del servicio al que se encuentran destinados y su vigencia tecnológica”*, en concordancia con el artículo 4 del Decreto No. 1515.

Para la adquisición de bienes en aplicación del principio de vigencia tecnológica – que no consten en el catálogo electrónico o el catálogo dinámico inclusivo – los numerales 1 y 8 del artículo 79 de la Normativa Secundaria del SNCP prevén que la oferta se presentará considerando individualmente el precio del bien y el de su mantenimiento posterior, y con la obligación de brindar los servicios de mantenimiento a través de talleres autorizados, y el costo del servicio de mantenimiento será individualizado en la misma.

De lo expuesto se desprende que: *i)* los procedimientos contractuales, en aplicación del principio de vigencia tecnológica, deben observar que reúnan las condiciones de calidad necesarias para el cumplimiento efectivo de su finalidad, desde el momento de su adquisición y hasta por un tiempo determinado y previsible de vida útil; y, *ii)* para la adquisición de bienes sujetos a la aplicación del principio de vigencia tecnológica – que no consten en el Catálogo Electrónico o el Catálogo Dinámico Inclusivo –, se contemplará de forma individualizada el precio del bien y el costo del servicio de mantenimiento posterior.

⁸ La *NORMATIVA TÉCNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE LAS FINANZAS PÚBLICAS – SINFIP*, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 381 de 29 de enero de 2021, en su numeral 4.2 4.2 *NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD GUBERNAMENTAL: NTCG II. PROPIEDAD, PLANTA Y EQUIPO (PPE)*; numeral 34, establece la tabla referencial de vida útil de los bienes y en su segundo inciso determina que: *“Esta tabla referencial será revisada periódicamente por el ente rector de la Contabilidad Gubernamental; sin embargo, las entidades podrán identificar la vida útil de los bienes, conforme a las especificaciones técnicas del fabricante al momento de la adquisición y registro del bien, además deberán considerar la operatividad y frecuencia de uso de los bienes”* (El énfasis me corresponde).



2.2. Garantía de Fiel Cumplimiento y su Devolución:

En cuanto a las formas de las garantías, el artículo 73 de la LOSNCP⁹, en sus cinco numerales, detalla las formas de garantías que pueden rendir los contratistas. Los incisos penúltimo y último del citado artículo agregan que: *“Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión”*, y en lo que respecta a las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y pólizas de seguros, señala que: *“no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía”*, y aclara que *“Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita”*.

Respecto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, el inciso primero del artículo 74¹⁰ de la LOSNCP determina que para *“(…) seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, **rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel (...)**”* (el énfasis me corresponde). Añade este inciso que en los contratos de obra y en los contratos integrales por precio fijo, además de las finalidades previamente indicadas, esta garantía se constituye para *“asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales”*, para garantizar reparaciones o cambios de partes de la obra con *“defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor”* (el énfasis me corresponde).

El inciso segundo del referido artículo 74 de la LOSNCP, sobre la contratación de obras o de servicios no normalizados dispone que, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o mayor al 10%, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

⁹ Art. 73.- *Formas de garantías.*- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;
4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,
5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato (...).

¹⁰ Art. 74.- *Garantía de Fiel Cumplimiento.*- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, **rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel.** En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor. ()



El inciso tercero del citado artículo 74 de la LOSNCP señala que “**Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley**” (el énfasis me corresponde).

El inciso antepenúltimo del artículo ibídem establece que “*No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.*”; sin embargo, es menester precisar que en los procedimientos para la adquisición de bienes en aplicación del principio de vigencia tecnológica no solamente se adquiere el bien, sino que también se está contratando conjuntamente el servicio de mantenimiento preventivo periódico y correctivo del bien, por lo que resultaría inaplicable al análisis en cuestión dicho enunciado normativo.

En este orden de ideas, el artículo 77 de la LOSNCP señala que “*En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato*”. (El énfasis me corresponde)

Sobre la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento y su devolución, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 02712, de 28 de junio de 2023, la Procuraduría analizó y concluyó que:

*“De lo expuesto se desprende que: i) la LOSNCP establece los principios, prohibiciones y normas comunes aplicables a las contrataciones sujetas a su ámbito de aplicación; ii) **las garantías respaldan las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, en salvaguarda del interés público, y deben ser devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan**, sin que la entidad contratante pueda demorar su entrega; (...) iv) en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se debe devolver al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta, siempre y cuando en la liquidación no exista un saldo pendiente por multas a favor de la entidad contratante, de conformidad con los artículos 74 inciso final y 94 número 7 de la LOSNCP; v) **en los demás contratos, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá a la firma del acta recepción única o según lo estipulado en el contrato principal**; y, vi) las normas técnicas de contabilidad, tesorería y presupuesto, en el marco de la ejecución de los contratos sujetos a la LOSNCP, deberán ser entendidas de manera integral con esa ley, su reglamento y demás normas aplicables. (El énfasis me corresponde)*

3. Pronunciamiento. -

*En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, por disposición de los artículos 77 de la LOSNCP y 260 y 263 de su Reglamento General, **la garantía de fiel cumplimiento del contrato** prevista en el artículo 74 de la mencionada ley **debe mantenerse vigente hasta la fecha de suscripción, en legal y debida forma, del acta***



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

04287

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA
PARA LA SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA
0001987-2023
Página. 9

de entrega recepción definitiva o única, real o presunta, según el tipo de contratación,
siempre que la misma no necesite ejecutarse, cuando en la liquidación haya un saldo a favor de la entidad contratante. (...) (El énfasis me corresponde)

En armonía con las disposiciones antes citadas, el segundo inciso del artículo 260¹¹ del RGLOSNCPC contempla que las garantías rendidas estarán vigentes **“hasta la fecha de suscripción del acta de entrega recepción definitiva”**. (El énfasis me corresponde)

En este contexto, el primer inciso del artículo 262 del RGLOSNCPC establece que **“Las garantías a que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podrán constituirse por combinación de ellas. La elección de la forma de garantía queda a opción de la entidad contratante, conforme se lo determine en los pliegos.”** (el énfasis me corresponde). Agrega el segundo inciso del artículo ibídem que: **“Todas las garantías, asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación”** (el énfasis me pertenece), no previéndose la posibilidad de partir o dividir la garantía de fiel cumplimiento de acuerdo con los distintos rubros contenidos en el contrato.

El artículo 263 del RGLOSNCPC enfatiza que: **“Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan”** y, en el caso de la garantía original de fiel cumplimiento del contrato, determina que: **“se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única”**. (El énfasis me corresponde)

Finalmente, es pertinente considerar que el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹² (en adelante “LOGJCC”), prevé que: **“Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal”**. De igual manera, la regla primera del artículo 18 del Código Civil¹³ (en adelante “CC”), dispone que: **“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”**. (El énfasis me corresponde)

De lo manifestado se observa que: *i)* la garantía de fiel cumplimiento equivale al 5% del monto del contrato, y tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas y permite la ejecución de las multas impuestas al contratista; *ii)* de conformidad con el artículo 262 del RGLOSNCPC, es posible la combinación de las formas de las garantías en un mismo contrato, sin que exista la posibilidad de partir o dividir la garantía de fiel cumplimiento de acuerdo con los distintos rubros contenidos en el contrato; *iii)* la garantía de fiel cumplimiento del contrato, establecida en el artículo 74 de la LOSNCPC, sin perjuicio de que se combine con otras formas de garantías previstas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 73 ibídem, debe mantenerse vigente hasta la fecha de suscripción, en legal y debida forma, del acta de entrega

¹¹ Artículo reformado por el artículo 40 del Decreto Ejecutivo No. 550, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 138 de 31 de agosto de 2022.

¹² LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹³ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA
PARA LA SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA
0001987-2023
Página. 10

recepción definitiva o única, real o presunta, según el tipo de contratación; y, iv) cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá estrictamente a su tenor literal.

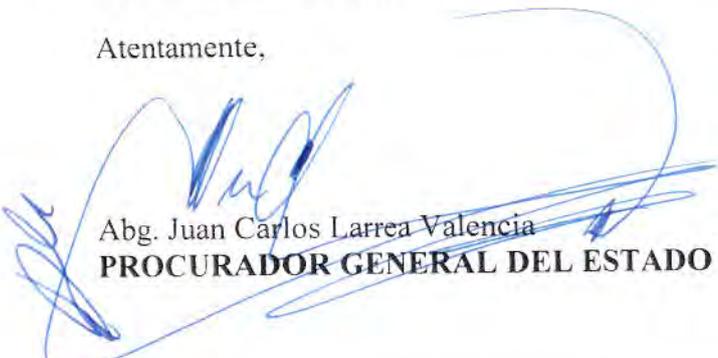
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 3 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 18 regla primera del Código Civil, en aplicación de los artículos 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, 262 y 263 de su Reglamento General, la garantía de fiel cumplimiento establecida en el artículo 74 de la LOSNCP, conforme se determine en los pliegos, puede ser combinada con otras formas de garantías señaladas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 73 ibídem, y debe mantenerse vigente hasta la fecha de suscripción, en legal y debida forma, del acta de entrega recepción definitiva o única, real o presunta, según el tipo de contratación.

Consecuentemente, en los contratos en aplicación del principio de vigencia tecnológica, en los cuales se contrata conjuntamente bienes y la prestación de servicios, la garantía de fiel cumplimiento es única y debe asegurar el cumplimiento total del contrato y las obligaciones contractuales que se deriven del mismo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco,
DIRECTORA GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Oficio No. **04289**

Quito, D.M., **31 OCT 2023**

Ingeniero
Carlos Riofrío González
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. 367-DNJ-2023, de 6 de octubre de 2023, ingresado en esta Procuraduría el 12 del mismo mes y año, se solicitó la reconsideración parcial del pronunciamiento de este organismo constante en oficio No. 03797 de 26 de septiembre 2023, a fin de que se ***"aclare, concretamente en lo que concierne a la absolución de la tercera consulta planteada (...)."*** (El énfasis corresponde al texto original).

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

I. Antecedentes:

De los oficios remitidos y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. 04080, de 16 de octubre de 2023, este organismo requirió a la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE") que remita, en texto independiente, el informe jurídico debidamente fundamentado, de acuerdo con lo previsto por el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹ y el artículo 10 de la Resolución No. 24², que contiene el procedimiento para la atención de consultas por este organismo.

Dicho requerimiento fue atendido por el Director Nacional Jurídico, Subrogante, de ese organismo de control, mediante oficio No. 378 - DNJ-2023, de 17 de octubre de 2023, ingresado a esta Procuraduría al día siguiente, al que se adjuntó el memorando No. 597-DNJ-AGAJ-2023, de 6 de octubre de 2023, suscrito por el Director Nacional Jurídico de la CGE.

- 1.2. La Empresa Municipal de Aseo Santa Rosa (en adelante, "EMAS EP"), mediante oficio No. 079- EMAS-EP-G.G.-2023, de 05 de junio de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría en la misma fecha, formuló cinco consultas, entre ellas, la tercera a la que se refiere el pedido de la CGE, que se planteó en los siguientes términos:

¹ LOPGE, codificación publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

² Resolución No. 24, publicada en el Registro Oficial No. 532, de 17 de julio de 2019.



“3. ¿Los servidores públicos del área financiera de la entidad contratante que se nieguen a gestionar el pago a favor del contratista que ejecutó una obra, bien, servicio o consultoría a favor de la institución (contando con acta de entrega recepción), alegando que no cuentan con el expediente impreso a pesar que este tiene firmas electrónicas, incurren en retención indebida de pagos al que hace referencia el Art. 101 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”

- 1.3. El informe jurídico No. EMASEP-DJL-012-2023-I, de 24 de mayo de 2023, suscrito por la Directora Jurídica y Legal de la EMAS EP, citó, entre otras normas, los artículos 41, 44, 45 número 3 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante, “*LOCGE*”) y, con relación a la tercera consulta, concluyó:

“(…) es que efectivamente, los servidores públicos del área financiera de la entidad contratante que se nieguen a gestionar el pago a favor del contratista que ejecutó una obra, bien, servicio o consultoría a favor de la institución (contando con acta de entrega recepción), alegando que no cuentan con el expediente impreso a pesar que este tiene firmas electrónicas, incurren en retención indebida de pagos al que hace referencia el Art. 101 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

- 1.4. En virtud de que las consultas formuladas por la EMAS EP se referían a la aplicación de normas contenidas en diversos cuerpos normativos, que confieren competencias a diferentes organismos rectores y de control, con el fin de contar con mayores elementos de análisis, la Procuraduría General del Estado solicitó los criterios jurídicos institucionales del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “*SERCOP*”), del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en adelante, “*MINTEL*”) y de la CGE.

Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos por todas las entidades. Así, la Directora Nacional Jurídica, Subrogante de la CGE, remitió el criterio jurídico institucional de ese organismo de control mediante oficio No. 231-DNJ-2023, de 20 de junio de 2023, ingresado físicamente el 22 del mismo mes y año, el cual citó los artículos 211, 212 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante, “*CRE*”); 39, 45, 52, 53, 65, 66, 67 y 88 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante, “*LOCGE*”); los acápites 401-05 y 410-17 de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos⁶ (en adelante, “*Normas de Control Interno*”); el artículo 35 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁷ (en adelante, “*RGLOSNC*”); la Disposición General Tercera de la Ley

³ *LOCGE*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁴ *CRE*, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵ *LOCGE*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁶ *Normas de Control Interno*, expedidas por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No. 004-CG-2023 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

⁷ *RGLOSNC*, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

04289

Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos⁸ (en adelante, “*LOOETA*”); con fundamento en los cuales expuso, en forma general, lo siguiente:

“En cuanto a la facultad de determinación (sic) de responsabilidades, la Contraloría de conformidad con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tiene potestad para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. El fundamento de éstas se encuentra establecido en las disposiciones de los artículos 45, 52, 53 y 65.66 y 67 sobre indicios de responsabilidad penal de la Ley Ibídem. Las competencias asignadas al organismo técnico de control para pronunciarse respecto de los actos administrativos, no puede ser sino una consecuencia del análisis de la legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia de éstos, a través de las auditorías y/o exámenes especiales”.

Adicionalmente, el mencionado criterio jurídico institucional de la CGE acompañó copia de comunicaciones dirigidas por ese organismo de control a otras entidades del sector público⁹, relacionadas con el uso de la firma electrónica; en dichas comunicaciones se citaron los artículos 156 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹⁰ (en adelante, “*COPLAFIP*”); 40 y 163 de su Reglamento General¹¹ (en adelante, “*RGCOPLAFIP*”); 90 y 94 del Código Orgánico Administrativo¹² (en adelante, “*COA*”); y 33 del RGLOSNC, concluyendo que corresponde a la máxima autoridad de la respectiva institución adoptar e implementar “(...) las políticas y procedimientos para la conservación y mantenimiento de archivos físicos, magnéticos o digitales en atención a las disposiciones técnicas y jurídicas vigentes (...)”.¹³

- 1.5. Por su parte, respecto de la tercera consulta formulada por la EMAS EP, el SERCOP concluyó que compete a la CGE determinar si ha configurado la infracción prevista por el artículo 101 de la LOSNCP, así como determinar responsabilidades; y, en similar sentido, el MINTEL precisó que aquello se debe examinar caso por caso y con observancia de las garantías del debido proceso.
- 1.6. El pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 03797, de 26 de septiembre de 2023, consideró los criterios jurídicos institucionales de la entidad consultante, del SERCOP, el MINTEL y la CGE, y concluyó:

“Respecto de su tercera consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, compete a la Contraloría General del Estado, en cada caso y como resultado de las auditorías que practique, observando el debido proceso, establecer si los servidores públicos han incurrido en la infracción de retención indebida de pagos que esa norma establece y determinar, de ser

⁸ *LOOETA*, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 353 de 23 de octubre de 2018.

⁹ Oficios Nos. 074-DNJ-2023 y 211-DNJ-2023 de 8 de marzo y 8 de junio de 2023, dirigidos al Director del Hospital Básico María Lorena Serrano, Ministerio de Salud Pública, Coordinación Zonal 7- SALUD, y al Consejo de la Judicatura, respectivamente.

¹⁰ *COPLAFIP*, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.306, de 22 de octubre de 2010.

¹¹ *RGCOPLAFIP*, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.38, de 26 de noviembre de 2014.

¹² *COA*, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

¹³ Cita corresponde al oficio 074-DNJ-2023 de 8 de marzo de 2023, dirigido al Director del Hospital Básico María Lorena Serrano, Ministerio de Salud Pública, Coordinación Zonal 7- SALUD

procedente, la responsabilidad que corresponda. Efectuada tal determinación, considerando que la destitución es una sanción prevista para faltas graves, según la letra b) del artículo 42 de la LOSEP, se deberá sustanciar previamente el respectivo sumario administrativo según esa ley”.

II. El pedido de reconsideración:

- 2.1. El informe jurídico de la CGE, que sustenta el pedido de ese organismo de control, remitido a solicitud de esta Procuraduría, citó los artículos 211, 212 y 226 de la CRE; 39, 45, 46 y 48 de la LOCGE; y, 101 y la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴ (en adelante, “LOSNCP”); luego de lo cual manifestó:

“3.6 Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría practicados por la Contraloría General del Estado, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora.

(...)

3.8 Toda infracción a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será considerada por la Contraloría General del Estado en los procesos de auditoría respectivos para determinar las responsabilidades administrativas y/o civiles culposas e indicios de responsabilidad penal a que hubiera lugar.

3.9 Por último se infiere que sin perjuicio de las facultades de control, de determinación de responsabilidades y de la imposición de sanciones devenientes del ejercicio de la auditoría gubernamental, que privativamente competen a la Contraloría General del Estado, en el caso de la infracción prevista en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la autoridad nominadora de la entidad contratante a la que pertenezca el servidor o funcionario infractor deberá iniciar el régimen disciplinario respectivo en el plazo de diez (10) días contados a partir de que tuvo conocimiento de este particular, a través de la instauración del correspondiente sumario administrativo en los términos del artículo 42 literal b) de la Ley Orgánica del Servicio Público, debiendo informar al SERCOP sobre los resultados del mismo”.

- 2.2. De lo expuesto se aprecia que la CGE no plantea una reconsideración – en los términos del artículo 13 de la LOPGE – sino un pedido de aclaración respecto de la tercera conclusión constante en el pronunciamiento contenido en oficio No. 03797, de 26 de septiembre de 2023. Para el efecto, cita como argumento nuevo a los expuestos en el criterio jurídico inicial, mediante el cual atendió el traslado realizado por esta Procuraduría con las consultas de la EMAS EP.

¹⁴ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

III. Análisis:

- 3.1. En cuanto se refiere al análisis de la tercera consulta formulada por la EMAS EP, del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 03797, de 26 de septiembre de 2023, se aprecia que examinó las normas que tipifican la infracción administrativa de retención indebida de pagos, contenida en el artículo 101 de la LOSNCP, y las relacionadas con las diversas responsabilidades de los servidores públicos previstas por la CRE y la LOGGE; con fundamento en las cuales concluyó, en lo principal, lo siguiente:
- i) Las infracciones administrativas se rigen por el principio de tipicidad, y las normas que las establecen no admiten interpretación analógica ni extensiva;
 - ii) La determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal es competencia privativa de la CGE, y se rige por los procedimientos previstos en la LOGGE;
 - iii) Compete a la CGE determinar, como resultado de las auditorías que practique, y con observancia de las garantías del debido proceso en cada caso, si los servidores públicos han incurrido en retención indebida de pagos, infracción tipificada por el artículo 101 de la LOSNCP, o han impedido la actividad de control, siendo al efecto aplicables los procedimientos previstos por la LOGGE, así como los recursos y acciones previstos para impugnar las determinaciones efectuadas por ese organismo de control; y,
 - iv) La determinación de responsabilidades por la CGE se podrá realizar *“sin perjuicio del régimen disciplinario respectivo, que es el sumario administrativo, a cargo del Ministerio del Trabajo, por ser la destitución una falta grave según la letra b) del artículo 42 de la LOSEP”*¹⁵.
- 3.2. Respecto de lo expuesto por la CGE al solicitar la aclaración del pronunciamiento de esta Procuraduría, cabe agregar lo siguiente:
- a) De acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por autoridades competentes, considerando para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.
 - b) El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶ (en adelante, “LOGJCC”) establece que, en caso de duda, las normas se interpretarán *“en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución (...)”*.

¹⁵ Lo citado consta en el primer párrafo del acápite 2.2. del pronunciamiento de este organismo.

¹⁶ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009.

- c) Entre los métodos de interpretación constitucional y ordinaria que el mencionado artículo 3 de la LOGJCC establece, constan los de interpretación “sistemática”¹⁷ y “teleológica”¹⁸, a los que se refieren sus numerales 5 y 6, según los cuales se debe considerar el contexto general del texto normativo, y atender a la finalidad de las normas; de tal manera que entre todas las disposiciones exista la debida armonía.
- d) El artículo 48 de la LOCGE es la norma específica que regula la forma y tiempo en que la CGE puede imponer las sanciones administrativas de multa y/o destitución, provenientes de responsabilidad administrativa determinada en virtud de los resultados de los exámenes de auditoría que practique ese organismo de control.
- e) El inciso final del artículo 48 de la LOCGE dispone que: “*Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora*”. Dicha norma se refiere a “*resoluciones ejecutoriadas*” y se encuentra ubicada en la sección 2 “*Responsabilidad Administrativa*” del Capítulo 5 “*Determinación de Responsabilidades*” de la LOCGE.
- f) Adicionalmente, se debe considerar que el artículo 49 de la LOCGE, ubicado en la misma Sección 2, dispone que las decisiones por las que la CGE impusiere sanción de destitución son definitivas en la vía administrativa, pero podrán ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Del análisis jurídico efectuado a lo expuesto por la CGE en su pedido de aclaración, se concluye que: *i)* la sanción de destitución, proveniente de una responsabilidad administrativa determinada por la CGE como consecuencia de los exámenes de auditoría que realice ese organismo de control, se rige por la LOCGE, que es la norma competente en esa materia; y, *ii)* de acuerdo con el tenor del inciso final del artículo 48 de la LOCGE, para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora.

4. Aclaración del Pronunciamiento. -

Analizado su pedido se aclara el pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 03797, de 26 de septiembre 2023, respecto de la tercera consulta, en el sentido de que el procedimiento para imponer la sanción de destitución, proveniente de responsabilidad administrativa determinada en virtud de los exámenes de auditoría practicados por la CGE, se rige por la LOCGE; y, según el tenor del artículo 48 de esa ley, no se requiere la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora del servidor, sin

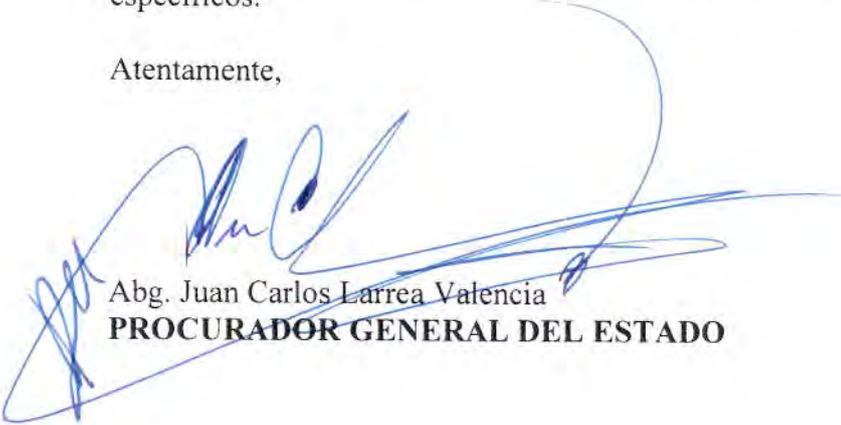
¹⁷ LOGJCC, Art. 3 No. 5. “*Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.

¹⁸ LOGJCC, Art. 3 No. 6. “*Interpretación teleológica. - Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo*”.

perjuicio de que la autoridad nominadora de la entidad contratante, a la que pertenezca el servidor o funcionario, tenga la facultad de iniciar el régimen disciplinario respectivo.

Finalmente, se reitera que el pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de las normas jurídicas infraconstitucionales materia de consulta y, por tanto, no se extiende al análisis de circunstancias específicas o hechos cuya valoración es responsabilidad de las autoridades competentes, a quienes corresponde disponer e implementar las medidas que se estimen oportunas a fin de precautelar los intereses públicos en los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Luis Miguel Porras Sotamba,
Gerente General de la Empresa Municipal de Aseo Santa Rosa EP.

Dra. Vianna Maino Isaías,
Ministra de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información

Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco,
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec