



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Julio 2024

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 julio de 2024 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	3-jul-24	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PERMISO EMERGENTE SERVIDORES PÚBLICOS	4
2	3-jul-24	UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO Y ECONÓMICO EJERCICIO DE COMPETENCIAS	9
3	5-jul-24	MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA TIERRAS RURALES	24
4	10-jul-24	BANCO NACIONAL DE FOMENTO EN LIQUIDACIÓN POTESTAD COACTIVA DE ENTIDADES FINANCIERAS PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN	44
5	10-jul-24	CUERPO DE BOMBEROS DE IBARRA TERMINACIÓN DE CONTRATO	53
6	11-jul-24	CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL PROHIBICIÓN PARA CANDIDATIZARSE DE LOS MIEMBROS DEL CPCCS	63
7	16-jul-24	EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA UCUENCA-EP CONSULTORÍA	70
8	17-jul-24	CUERPO DE BOMBEROS DE RIOBAMBA CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES	87
9	19-jul-24	MUNICIPIO DE GUAYAQUIL NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEUDA PÚBLICA	96
10	19-jul-24	CONSEJO DE DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DETERMINACIÓN DE TIEMPO DE FUNCIONES CON NORMATIVA INTERNA	107
11	31-jul-24	CUERPO DE BOMBEROS DE RIOBAMBA FACULTADES DE CONTROL DEL SERCOP Y REVOCATORIA DE RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN	112
12	31-jul-24	MUNICIPIO DE DAULE NO SUJECCIÓN TRIBUTARIA DE APORTE A LAS SAS	124

Oficio No. 07637

Quito, DM., 3 de Julio de 2024

Señor
Gian Carlo Loffredo Rendón
MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. MDN-MDN-2024-1270-OF, de 07 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 11 del mismo mes y año, se reformularon las consultas contenidas en memorando No. MDN-MDN-2024-0078-ME, de 01 de mayo de 2024, en los siguientes términos:

“¿Los permisos emergentes que se otorguen a los servidores públicos y trabajadores pertenecientes al Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Armadas, para el tratamiento médico y/o rehabilitación inherente a la condición de la persona con discapacidad o que adolece de una enfermedad, son susceptibles de descuento de sus vacaciones?”. (El resaltado pertenece al texto original).

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Adjunto al memorando No. MDN-MDN-2024-0078-ME, de 01 de mayo de 2024, consta que, mediante oficios No. MDN-CAF-2024-0283-OF, No. MDN-CAF-2024-0284-OF y No. MDN-CAF-2024-0285-OF, de 22 de marzo de 2024, el Coordinador General Administrativo Financiero del Ministerio de Defensa Nacional (en adelante, “MIDENA”), solicitó tanto al Director de Normativa del Servicio Público y a la Directora de Grupos de Atención Prioritaria del Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”), y al Secretario Técnico del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (en adelante, “CONADIS”), respectivamente, que remitan su criterio jurídico en relación a la aplicación del artículo 52 de la Ley Orgánica de Discapacidades ¹ (en adelante, “LOD”).

1.2. La Directora de Asesoría Jurídica del CONADIS, con oficio No. CONADIS-AJ-2024-0090-O, de 26 de marzo de 2024, en relación al requerimiento efectuado por el Coordinador

¹ LOD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de septiembre del 2012.

General Administrativo Financiero del MIDENA, se dirigió a la Directora de Grupos de Atención Prioritaria del MDT, a fin de que se efectúe el correspondiente análisis y se remita un informe a ese Consejo.

- 1.3. Por su parte, la Subsecretaria de Normativa del MDT, con oficio No. MDT-SN-2024-0237-O, de 02 de abril de 2024, en respuesta a los oficios No. MDN-CAF-2024-0283-OF y No. MDN-CAF-2024-0284-OF, emitió el siguiente criterio abstentivo:

“(…) cabe indicar que, ‘el permiso emergente’ es una figura reconocida únicamente en la Ley Orgánica de Discapacidades, la cual solamente establece en referencia a este permiso que se lo autorizará conforme a la condición de la persona con discapacidad, sin especificar mayores detalles (el subrayado me corresponde).

“(…) bajo el principio establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, esta cartera de Estado no cuenta con los elementos jurídicos necesarios como para determinar si el permiso en cuestión corresponde a un permiso imputable o no a vacaciones.

Por las consideraciones expuestas, haciendo énfasis en que el ‘permiso emergente’ no es una figura reconocida en la normativa sobre la cual este Ministerio ejerce rectoría (Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General), este Ministerio se abstiene de emitir su pronunciamiento, y sugiere que por la naturaleza de su pedido, lo canalice a la Procuraduría General del Estado que cuenta con criterio vinculante al momento de absolver consultas”.

- 1.4. El informe jurídico No. MDN-JUR-2024-0002-ME, de 02 de enero de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del MIDENA, ratificado con memorando No. MDN-JUR-2024-0140-ME, de 20 de febrero del mismo año, citó los artículos 35 y 47 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante, “CRE”); 52 de la LOD; 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público³ (en adelante, “LOSEP”); y, 60, 63 y 67 de su Reglamento General⁴ (en adelante, “RGLOSEP”), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“En virtud del análisis jurídico que antecede, es criterio de ésta Coordinación General de Asesoría Jurídica que los permisos que para el tratamiento y rehabilitación solicite el personal de servidores y trabajadores públicos de la institución en virtud del derecho establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Discapacidades, concordante con el artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no son susceptibles de ser descontadas de sus vacaciones, siempre que se cumpla con los requisitos requeridos por la normativa invocada; y así garantizar el ejercicio pleno (sic) goce de dicho derecho en

² CRE, publicado en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

³ LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 294 de 6 de octubre de 2010.

⁴ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

cumplimiento a lo establecido en la Constitución de República del Ecuador y normativa de la materia” (el subrayado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* el derecho a solicitar permisos para atención médica previsto en la LOSEP, su Reglamento General y el Código del Trabajo (en adelante, “CT”) y, *ii)* el derecho de las personas con discapacidad a solicitar permisos para su tratamiento y rehabilitación y permisos emergentes inherentes a su condición.

2.1. El derecho a solicitar permisos para atención médica previsto en la LOSEP, su Reglamento General y el CT. -

De acuerdo con lo previsto en el inciso primero del artículo 229 de la CRE, son servidores públicos *“todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*. Agregan los incisos segundo y tercero del artículo *ibidem* que: *“Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables”*; en tanto que: *“Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”*.

Al respecto, el inciso tercero del artículo 33 de la LOSEP establece que los servidores públicos *“tendrán derecho a permiso para atención médica por el tiempo que sea necesario, incluido el tiempo de traslado desde su domicilio o lugar de trabajo, siempre que se justifique tal particular con el certificado médico correspondiente”* (el subrayado me corresponde) otorgado por el médico que efectuó la atención médica. El inciso final del citado artículo precisa que: *“Los permisos previstos en este artículo se considerarán sin cargo a vacaciones ni reducción de las remuneraciones”* (el subrayado me corresponde).

En este contexto, el inciso primero del artículo 60 del RGLOSEP determina que el Jefe o responsable de la unidad puede conceder *“permiso para atención médica debidamente programada, hasta por dos horas en un mismo día, siempre y cuando se haya solicitado con el menos 24 horas de anticipación”, con excepción de los casos de emergencia* (el subrayado me corresponde). Agrega el segundo inciso del artículo *ibidem* que: *“El permiso se justificará con la presentación del certificado médico conferido por el profesional que atendió el caso, en el término de 3 días, lo cual podrá ser verificado por la UATH”* (el subrayado me corresponde).

De igual manera, el artículo 67 del RGLOSEP reitera que por ningún concepto se imputarán a las vacaciones del servidor los permisos señalados en el artículo 60 de esa sección, es decir, los permisos para atención médica.

Por su parte, el número 9 del artículo 42 del Código del Trabajo⁵ (en adelante, “CT”) incluye, entre las obligaciones del empleador, el conceder a los trabajadores el tiempo necesario para ser atendidos por los facultativos de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, precisando que ese permiso, al igual que los otros ahí señalados, “*se concederán sin reducción de las remuneraciones*”.

De las normas antes señaladas se observa que: *i)* los servidores públicos tienen derecho a permisos para atención médica, sin cargo a vacaciones ni reducción de su remuneración; *ii)* el permiso para atención médica debe ser justificado con el certificado médico correspondiente; y, *iii)* el Jefe o responsable de la unidad puede conceder permisos para atención médica debidamente programada, hasta por dos horas en un mismo día, siempre y cuando se haya solicitado con el menos 24 horas de anticipación, con excepción de los casos de emergencia.

2.2. El derecho de las personas con discapacidad a solicitar permisos para su tratamiento y rehabilitación y permisos emergentes inherentes a su condición. -

De conformidad con lo previsto en el número 9 del artículo 11 de la CRE, el más alto deber del Estado consiste en “*respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”. En este sentido, el artículo 35 de la CRE prescribe que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir “*atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado*”; en tanto que el número 2 del artículo 47 *ibídem* reconoce a las personas con discapacidad, entre otros derechos, el de “*La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas*” (el subrayado me corresponde).

Por su parte, el número 7 del artículo 48 de la CRE establece que el Estado adoptará medidas que aseguren la “*garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*”. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 16 de la LOD reitera que el Estado, a través de sus organismos y entidades, reconoce y garantiza a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos establecidos en la CRE, los tratados e instrumentos internacionales y esa ley, “*y su aplicación directa por parte de las o los funcionarios públicos, administrativos o judiciales, de oficio o a petición de parte*”; así como también por parte de las personas naturales y jurídicas privadas (el subrayado me corresponde).

Al respecto, el artículo 1 de la LOD dispone que dicha ley tiene por objeto garantizar “*la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*” (el subrayado me corresponde). En este contexto, el inciso primero del artículo 52 *ibídem*, materia de su consulta, ubicado en el Capítulo II “*DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*”, Sección V “*DEL TRABAJO Y CAPACITACIÓN*”, en cuanto al “*Derecho a permiso, tratamiento y rehabilitación*”, señala lo siguiente:

⁵ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

“Las personas con discapacidad tendrán derecho a gozar de permiso para tratamiento y rehabilitación, de acuerdo a la prescripción médica debidamente certificada, tanto en el sector público como en el privado, de conformidad con la Ley. Además de permisos emergentes, inherentes a la condición de la persona con discapacidad” (el subrayado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* corresponde al Estado garantizar a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos establecidos en la CRE, los tratados e instrumentos internacionales y la ley; *ii)* las personas con discapacidad tienen derecho a su rehabilitación integral y a asistencia permanente; *iii)* el Estado debe adoptar medidas que aseguren la garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; y, *iv)* la LOD tiene por objeto garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y, en este sentido, su artículo 52 dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar de permiso para su tratamiento y rehabilitación, de acuerdo con la prescripción médica debidamente certificada, además de permisos emergentes inherentes a su condición.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público; 60 inciso primero y 67 de su Reglamento General; 42 número 9 del CT; y, 52 de la LOD, los permisos emergentes para tratamiento médico o rehabilitación que se otorguen a los servidores públicos inherentes a la condición de la persona con discapacidad no son susceptibles de ser descontados de sus vacaciones, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos para el efecto.

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,



Firmado electrónicamente por:
RODRIGO IVAN
CONSTANTINE
SAMBRANO

Rodrigo Iván Constantine Sambrano

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

Oficio No. 07638

Quito, D.M., 3 de Julio 2024

Señor

José Julio Neira Hanze

DIRECTOR GENERAL

UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO Y ECONÓMICO - UAFE

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. UAFE-DG.EQ-2024-0003, de 2 de mayo de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 6 de mayo de 2024, se formuló la siguiente consulta:

“¿Conforme a lo dispuesto en los artículos 11, 12 literales f), h) y 15 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y artículo 25 del Reglamento General a la Ley ibídem, que se refieren a que la información considerada como reservada solo puede ser entregada únicamente a la Fiscalía General del Estado, y de manera excepcional al ente encargado de inteligencia; así como también respecto a la información contenida en la Resolución mediante la cual se expidió el índice temático por series documentales de los expedientes clasificados como reservados y secretos de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) excluida del acceso a la información pública; en contraposición de lo dispuesto en los artículos 9 numeral 10, 74 y 75 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que se refieren a la facultad de los Asambleístas para solicitar información a las entidades del sector público entre ellas la Unidad de Análisis Financiero y Económico, es pertinente la entrega de información considerada y clasificada como reservada y secreta por parte de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) a un órgano de la Asamblea Nacional?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. 06572, de 26 de abril de 2024, este organismo solicitó a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (en adelante “UAFE”), se sirva reformular los términos de su consulta inicialmente planteada en oficio No. UAFE-UAFE-2024-0182-O, de 23 de abril de 2024, ingresada en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, así como remitir el informe jurídico debidamente fundamentado por parte del Director Jurídico de la UAFE, respecto de la consulta reformulada. Este requerimiento fue atendido con el oficio al que se hace referencia al inicio del presente.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta planteada, se requirieron los criterios jurídicos institucionales de las siguientes entidades: *i*) Defensoría del Pueblo (en adelante, “DP”) mediante oficio No. 06704, de 07 de mayo de 2024; *ii*) Asamblea Nacional del Ecuador (en adelante, “AN”), mediante oficio No. 06705, de 07 de mayo de 2024, e insistencia contenida en oficio No. 06933, de 23 de mayo de 2024; y, *iii*) Fiscalía General del Estado (en adelante, “FGE”), mediante oficio No. 06706, de 07 de mayo de 2024.
- 1.3. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante las siguientes comunicaciones: *i*) por la DP, con oficio No. DPE-CGTAIP-2024-0016-O de 21 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional único de Procuraduría General del Estado, el mismo día, que incluye como anexos el informe jurídico contenido en el memorando No. DPE-CGAJ-2024-0171-M, de 20 de mayo de 2024, suscrito por el Coordinador General Asesoría Jurídica Encargado de la DP *ii*) por la FGE, con oficio No. FGE-DSP-2024-004467-O, de 17 de mayo de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, que tiene como anexo el informe jurídico contenido en el memorando No. FGE-CGAJ-2024-00468-M, de 15 de mayo de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la FGE. Por su parte, la AN, no remite su criterio jurídico institucional, pese a la insistencia realizada.
- 1.4. El informe jurídico Nro. UAFE-DAJ-2024-003-IJ, de 2 de mayo de 2024, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica de la UAFE, citó los artículos 18, 66 numeral 19, 82, 120 numeral 9, 130, 225 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 11, 12 y 15 de la Ley Orgánica de Prevención Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos² (en adelante, “Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos”); 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención Detección

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

² Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 802 de 21 de julio de 2016.

y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos³ (en adelante, “*Reglamento General a la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos*”); 4, 17 y 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁴ (en adelante, “*LOTAIP*”); 9 numerales 9 y 10, 74 y 75 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁵ (en adelante, “*LOFL*”); 1 de la Resolución No. UAFE-DG-2023-0700⁶, que contiene el “*ÍNDICE TEMÁTICO POR SERIES DOCUMENTALES DE LOS EXPEDIENTES CLASIFICADOS COMO RESERVADOS Y SECRETOS; Y CONSECUENTEMENTE, EXCLUIRLOS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*” (en adelante, “*Índice Temático UAFE*”); y, 65 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante, “*COA*”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III. Criterio Jurídico:

(...)

Al respecto, la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, prevé que la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), deberá cumplir las siguientes funciones: “f) Remitir a la Fiscalía General del Estado el reporte de operaciones inusuales e injustificadas con los sustentos del caso, así como las ampliaciones e información que fueren solicitadas por la Fiscalía. La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) queda prohibida de entregar información reservada bajo su custodia, a terceros con la excepción prevista en el artículo anterior; h) Crear, mantener y actualizar, con carácter reservado, una base de datos con toda la información obtenida en el ejercicio de sus competencias:”

(...)

Como se ha demostrado jurídicamente a lo largo de este análisis, la entrega de información que tiene el carácter de reservada, supone un riesgo a los bienes jurídicos protegidos, que es la seguridad pública y del Estado, así como las funciones centrales de una Unidad de Inteligencia Financiera, UAFE en el Ecuador, que está sujeta a disposiciones legales como la dispuesta en el artículo

³ Reglamento General a la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 966 de 20 de marzo de 2017.

⁴ LOTAIP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 7 de febrero de 2023.

⁵ LOFL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009.

⁶ Índice Temático UAFE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 431 de 7 de noviembre de 2023.

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

65 del Código Orgánico Administrativo, que señala: “La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado.”, por ende, la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), por la naturaleza de sus funciones, no realiza ningún procedimiento distinto a los que la ley le faculta, únicamente ejerce las competencias determinadas en la Ley Orgánica de Prevención Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Por lo expuesto, es criterio de esta Dirección, que al amparo de lo dispuesto en artículos 11, 12 literales f), h) y 15 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y artículo 25 del Reglamento General a la Ley ibídem, así como del índice temático por series documentales de los expedientes clasificados como reservados y secretos de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), que no procede la entrega de información a entidades distintas a las que la Ley ibídem le faculta, es decir únicamente a la Fiscalía General del Estado, y de manera excepcional al ente encargado de inteligencia, esto con el fin de salvaguardar la confidencialidad de la información contenida en las bases de datos; evitar y mitigar los riesgos propios del tratamiento de este tipo de información que tiene el carácter de reservada y de circulación restringida y así garantizar su protección e integridad de acuerdo a las leyes vigentes.”

1.5. Por su parte, el criterio jurídico de FGE citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 195 de la CRE; 9 de la LOTAIP; 4 y 10 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales⁸ (en adelante, “LOPDP”); 180, 581 y 584 del Código Orgánico Integral Penal⁹ (en adelante, “COIP”); y, Sentencia No. 21-23-IN/24¹⁰ dentro del Caso No. 21-23-IN y acumulado, de la Corte Constitucional (en adelante, “CC”), de 25 de abril de 2024, con base en lo que analizó y concluyó:

“2.- Análisis y conclusión. -

(...)

Así mismo, la referida información, al tener que se puesta en conocimiento de la Fiscalía General del Estado a fin de que forme parte de una investigación previa,

⁸ LOPDP, publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 459 de 26 de mayo de 2021.

⁹ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁰ Sentencia No. 21-23-IN/24, publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 367 de 29 de mayo de 2024.

también se cobija de la reserva establecida en el artículo 584 del Código Orgánico Integral Penal relativa a la reserva de las investigaciones fiscales.

En suma, la naturaleza de la normativa en mención, a más de garantizar el manejo de datos personales se remite a investigaciones penales, donde constan elementos de convicción para la configuración de conductas potencialmente criminales, cuyo contenido se encuentra bajo expresa reserva legal y constitucional, cuya divulgación inclusive se determina como delito en el Código Orgánico Integral Penal. Por lo tanto, constituye una excepción constitucionalmente reconocida al ejercicio del derecho al acceso a la información pública invocado como facultad de los Asambleístas en la consulta referida.

En conclusión, si bien los artículos 9 numeral 10, 74 y 75 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa facultan a los legisladores a tener acceso a la información de instituciones públicas, este accionar deberá regirse a su rol fiscalizador en miras del adecuado uso de recursos públicos y control de la eficiente y transparente administración pública, quedando excluida de este derecho, la información previa y expresamente catalogada como reservada, secreta y confidencial por la ley y la Constitución (...)" (El énfasis me corresponde).

1.6. Finalmente, el criterio jurídico de la DP, con respecto a la consulta, además de las normas señaladas por la consultante citó los artículos 91, 126, 424, 425 y 426, de la CRE; 14, 15 y 16 de la LOTAIP; 8 y 21 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹¹ (en adelante, "RGLOTAIP"); 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado¹² (en adelante, "LSPE"); 7 y 28 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado¹³ (en adelante, "RLSPE"); 3 del Código Orgánico Administrativo (en adelante, "COA"); 11 de la LOPDP; 179 y 472 del COIP; y Sentencia No. 4-21-DN/24¹⁴ dentro del Caso No. 4-21-DN, de la CC de 04 de abril de 2024, con fundamento concluyó:

"CRITERIO JURÍDICO:

Considerando la normativa vigente y el principio de jerarquía normativa, la información considerada y clasificada como reservada y secreta por la UAFE no

¹¹ RGLOTAIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 484 de 24 de enero de 2024.

¹² LSPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

¹³ RLSPE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 557 de 14 de mayo de 2024.

¹⁴ Sentencia No. 4-21-DN/24, publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 358 de 15 de mayo de 2024.

puede ser entregada a un órgano de la Asamblea Nacional sin que se vulnere el marco legal aplicable. La normativa específica que regula a la UAFE establece claramente las excepciones para la entrega de dicha información, limitándola a la Fiscalía General del Estado y, de manera excepcional, al ente encargado de inteligencia. Por tanto, conforme a los artículos 11, 12 literales f) y h) y 15 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y el artículo 25 del Reglamento General a la Ley, la entrega de información reservada y secreta a la Asamblea Nacional no es procedente.

Lo señalado se fundamenta en la protección de la información sensible manejada por la UAFE y en la obligación de las entidades públicas de actuar dentro de los límites de sus competencias, asegurando la protección de los derechos y la seguridad jurídica de las personas involucradas, haciendo énfasis en lo establecido en el artículo 425 de la CRE, que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, prevalecerá la norma jerárquica superior, que es la Constitución; y, esta protege los datos sensibles de las personas.

Por lo tanto, en el caso de requerirse información de este tipo, se deberá observar lo establecido en el artículo 66 numeral 19 de la Constitución de la República.”

1.7. De lo expuesto se observa que la entidad consultante y los criterios jurídicos de la FGE y la DP coinciden en señalar que existe protección sobre la información considerada y clasificada como reservada, manejada por la UAFE. Por tanto, dicha información no puede ser entregada a la Asamblea Nacional, incluso dentro de un proceso de fiscalización. Además, la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos permite únicamente la entrega de la información a la FGE y, de forma excepcional, al Centro de Inteligencia Estratégica (en adelante, “CIES”).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos:
i) Pronunciamientos previos sobre el principio de publicidad de la información pública, sus excepciones y los requerimientos de información por la Función Legislativa; y, *ii)* Información Reservada de la Unidad de Análisis Financiero y Económico.

2.1. Pronunciamientos previos sobre el principio de publicidad de la información pública, sus excepciones y los requerimientos de información por la Función Legislativa. -

La clasificación de la información como reservada estuvo inicialmente regulada por la derogada Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vigente desde 2004¹⁵ (en adelante, “LOTAIP 2004”). Esta normativa, en conjunto con la LOFL, fue analizada por este organismo, a fin de establecer la pertinencia de la entrega de información reservada a la AN.

Los análisis se encuentran en los pronunciamientos contenidos en los oficios No. 15565, de 8 de septiembre de 2021, No. 15741, de 22 de septiembre de 2021, No. 20890, de 01 de noviembre de 2022 y su aclaración con oficio No. 00377, de 15 de diciembre de 2022, y 05162, de 09 de enero de 2024.

Con oficio No 15565, de 8 de septiembre de 2021, se examinó la pertinencia de la entrega de la información calificada como reservada por la Superintendencia de Bancos (en adelante, “SB”), a la AN, con base en lo cual concluyó:

“De lo manifestado se observa que: i) el Pleno de la Asamblea Nacional puede requerir de los servidores públicos información confidencial, reservada, secreta y secretísima que sea necesaria para los procesos de fiscalización y control político, la misma que será proporcionada bajo prevención de guardar la reserva prevista en la ley; ii) las Comisiones especializadas permanentes de la Asamblea Nacional, de acuerdo con el ámbito de sus competencias, pueden requerir a los servidores públicos información que consideren necesaria; y iii) los asambleístas, de forma individual, pueden solicitar a los servidores públicos directamente información, incluso reservada, que sea necesaria dentro de los procesos de fiscalización y control político.”

(...) en virtud de la facultad que tienen los Asambleístas, las Comisiones especializadas y el Pleno de la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9, numeral 10, 26, numeral 2, 75, inciso primero, y 110, numeral 3, de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; 3, letra d), de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y 72 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Superintendencia de Bancos puede entregar información sujeta a reserva, siempre que el requerimiento se motive en procesos de fiscalización y control político. En tal caso, la información que se entregue se trasladará con igual protección de sigilo y reserva, so pena de sanción y sin perjuicio de la responsabilidad penal consiguiente, y los solicitantes asumen, a su vez, la responsabilidad inherente de mantenerlos (...)” (el énfasis me corresponde).

¹⁵ LOTAIP 2004, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 337 de 18 de mayo de 2004.

Por su parte, con oficio No. 15741, de 22 de septiembre de 2021, relacionado con la entrega de la información calificada como reservada por la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”) a la AN, se concluyó:

“3. Pronunciamiento. -

En aplicación del principio de coordinación previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, al que estamos sujetos todos los organismos, entidades y servidores del Estado, me permito atender sus consultas en los siguientes términos:

*En virtud de la competencia que tienen los Asambleístas, las Comisiones especializadas y el Pleno de la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9 numeral 10, 26 numeral 2, 75 inciso primero y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; y 3, letra d) de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, **siempre que el requerimiento se motive en procesos de fiscalización y control político**, la Contraloría General del Estado deberá entregar a los Asambleístas que la soliciten, con la obligación de mantener la reserva, la información sobre las resoluciones que hayan causado estado, adoptadas respecto de responsabilidades administrativas y civiles culposas de servidores, ex servidores, personas naturales y jurídicas, por ser actos administrativos que gozan de la presunción de legitimidad, sin perjuicio de su posible impugnación judicial por parte de los sujetos de control. Asimismo, **la Contraloría General del Estado deberá entregar a los Asambleístas que los soliciten, los informes que contengan indicios de responsabilidad penal, trasladándoles la obligación de mantener la reserva, en virtud de la presunción de inocencia**” (el énfasis me corresponde).*

Así, con oficio No. 20890, de 1 de noviembre de 2022, relacionado con la entrega de información calificada como reservada por el Centro de Inteligencia Estratégica (en adelante, “CIES”) a la AN, se concluyó:

“3. Pronunciamiento. -

*En atención a los términos de su consulta se concluye que **los requerimientos de información que los órganos de la Asamblea Nacional hagan a los organismos del sistema nacional de inteligencia respecto de información relacionada con la seguridad pública y del Estado, se deben motivar en procedimientos de fiscalización o control político en curso para los cuales sea necesario acceder a dicha información, según los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Tales requerimientos no están sujetos a***

los procedimientos de desclasificación o reclasificación que establece el Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, norma de jerarquía inferior a la de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, sino al traslado del respectivo nivel de reserva legal al asambleísta u órgano de la Asamblea, acorde a la naturaleza del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado, así como a los estándares y protocolos mínimos de sesión reservada, según el artículo 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado” (el énfasis me corresponde).

A través del oficio No. 00377 se aclara el pronunciamiento contenido en oficio No. 20890 y se reitera la posibilidad de entregar información calificada como reservada a la AN por el CIES, y especifica los mecanismos de entrega y reserva de la información, concluyendo:

“4.- Aclaración del pronunciamiento. -

Por todo lo expuesto se aclara que, corresponde a la autoridad requerida verificar en cada caso la motivación del pedido de información que formulen los órganos de la Asamblea Nacional en forma previa a entregarla, con el traslado del respectivo nivel de reserva y la aplicación del estándar mínimo de sesión reservada, acorde a la naturaleza del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado. Finalmente, se considerará que el Pleno de la Asamblea Nacional, de acuerdo con los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, tiene atribución para requerir a los servidores públicos información necesaria para los procesos de fiscalización y control político, clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima, que debe ser proporcionada bajo prevención de guardar la reserva legal” (el énfasis me corresponde).

Posterior a los referidos pronunciamientos, la Disposición Derogatoria Primera de la LOTAIP derogó la LOTAIP 2004. No obstante, los artículos de la LOFL analizados mantienen su vigencia. En este sentido, es necesario determinar si las disposiciones contenidas en la derogada LOTAIP 2004, que permitían la entrega de la información reservada a la AN, guardan conformidad con la vigente LOTAIP.

El artículo 8 de la LOTAIP enlista los organismos y entidades obligadas a entregar información pública, entre estos, organismos en el literal a) ibídem, se incluyen ***“Los organismos y entidades que conforman el sector público, en los términos de los artículos 225 y 313 de la Constitución de la República del Ecuador, misma en la que se incluyen las empresas públicas”*** (el énfasis me corresponde).

El segundo inciso del artículo 9 de la LOTAIP ubicado en el “*Capítulo II DERECHOS, GARANTÍAS Y SUJETOS OBLIGADOS*”, establece que: “*Los organismos y entidades obligadas, en aras de garantizar la transparencia de su gestión, **deberán atender los pedidos de información, relacionados a la atribución fiscalizadora de la Asamblea Nacional, según el plazo previsto en esta Ley***” (el énfasis me corresponde).

En esta línea de ideas, sobre la desclasificación de la información calificada como reservada, el primer y último inciso del artículo 18 de la LOTAIP, establecen:

“Art. 18.- Desclasificación de la información. - La información considerada como reservada se desclasificará y será pública en los siguientes casos:

(...)

La información clasificada como reservada por los titulares de las entidades y/o que manejen las instituciones del sector público, podrá ser desclasificada en cualquier momento por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría calificada, en sesión reservada, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.” (el énfasis me corresponde).

Bajo la vigente LOTAIP, mediante oficio no. 05162, de 09 de enero de 2024, esta procuraduría se pronunció respecto de la facultad fiscalizadora de los asambleístas y la información de entidades de derecho privado que se encuentra bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con el carácter de reservada, concluyendo de forma similar en relación con los antes citados pronunciamientos:

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 9, numeral 10, 26 numeral 3, 75 inciso primero y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; y, 9 inciso segundo de la actual Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros puede entregar información sujeta a reserva, de o correspondiente a personas jurídicas de derecho privado sujetas a su control, siempre que el requerimiento se encuentre debidamente motivado y únicamente cuando dicho requerimiento se realice dentro o esté relacionado directamente con procesos de fiscalización y control político.

Es decir, debe entregarse la información solicitada cuando el pedido se encuentre debidamente motivado y haga relación a, entre otras situaciones, la necesidad de verificar que la indicada Superintendencia haya ejercido efectivamente o se

encuentre ejerciendo sus facultades de control sobre las entidades sujetas a dicha vigilancia o en el caso de tratarse de información que, por sí misma, implique una afectación o participación directa del Estado o de sus instituciones, de recursos públicos o que de cualquier otra forma implique una incidencia al interés público; o, en general, sobre información que sea necesaria para los procesos de fiscalización y control político y que se relacione directamente con dichos procesos.

En todos los casos, la información que se entregue se trasladará con igual protección de reserva o confidencialidad, so pena de sanción y sin perjuicio de la responsabilidad penal consiguiente, y los solicitantes asumen, a su vez, la responsabilidad inherente de mantenerlos.

De lo manifestado se desprende que: *i)* en uniformidad de criterios, los pronunciamientos previos emitidos por la Procuraduría General del Estado han establecido la posibilidad de entregar información reservada a la AN, siempre que los pedidos de información se motiven en procedimientos de fiscalización o control político; *ii)* la información reservada proporcionada a la AN debe mantener la protección de reserva legal; *iii)* la LOTAIP establece claramente la obligación de los organismos y entidades del sector público de atender los pedidos de información relacionados con la función fiscalizadora de la AN; y, *iv)* la LOTAIP otorga a la AN la facultad de desclasificar información previamente calificada como reservada.

2.2. Información Sobre Operaciones Inusuales en custodia de la Unidad de Análisis Financiero y Económico. -

El artículo 11 de la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, establece que:

“La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), es la entidad técnica responsable de la recopilación de información, realización de reportes, ejecución de las políticas y estrategias nacionales de prevención y erradicación del lavado de activos y financiamiento de delitos. Es una entidad con autonomía operativa, administrativa, financiera y jurisdicción coactiva adscrita al ente rector de las Finanzas Públicas.

La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) solicitará y recibirá, bajo reserva, información sobre operaciones o transacciones económicas inusuales e

injustificadas para procesarlas, analizarlas y de ser el caso remitir un reporte a la Fiscalía General del Estado, con carácter reservado y con los debidos soportes.

*La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), **colaborará con la Fiscalía y los órganos jurisdiccionales competentes**, cuando estos lo requieran, **con toda la información necesaria para la investigación**, procesamiento y juzgamiento de los delitos de lavado de activos y financiamiento de delitos.*

En forma excepcional** y para luchar contra el crimen organizado, la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) **atenderá los requerimientos de información del ente a cargo de Inteligencia, conservando la misma reserva o sigilo que pese sobre ella” (el énfasis me corresponde).

Respecto de las operaciones o transacciones económicas inusuales, injustificadas o sospechosas, el artículo 3 de la referida ley las define como: “(...) *movimientos económicos, realizados por personas naturales o jurídicas, que no guarden correspondencia con el perfil económico y financiero que éstas han mantenido en la entidad reportante y que no puedan sustentarse.*”

Por su parte, los literales f) y h) del artículo 12 ibidem, prevén:

“Art. 12.- *La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) deberá cumplir las siguientes funciones:*

(...)

*f) **Remitir a la Fiscalía General del Estado el reporte de operaciones inusuales e injustificadas con los sustentos del caso, así como las ampliaciones e información que fueren solicitadas por la Fiscalía. La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) queda prohibida de entregar información reservada, bajo su custodia, a terceros con la excepción prevista en el artículo anterior;***

*h) **Crear, mantener y actualizar, con carácter reservado, una base de datos con toda la información obtenida en el ejercicio de sus competencias (...)***” (el énfasis me corresponde).

El primer inciso del artículo 25 del Reglamento General a la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, reitera que:

“Toda la información relacionada con transacciones y operaciones económicas que la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) reciba de los sujetos obligados a reportar, será considerada como reservada, no será divulgada a terceros y será utilizada exclusivamente para los fines determinados en la Ley” (el énfasis me corresponde).

Por otra parte, el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁶ (en adelante, “COFJ”), sobre el principio de publicidad manifiesta que *“Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas”* (el énfasis me corresponde).

Sobre la reserva de la información producida por la FGE en el marco de una investigación previa el artículo 584 del COIP establece que *“Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva (...)”* (el énfasis me corresponde).

En esta línea de ideas, el numeral 1 del artículo 180 del COIP, define como información de circulación restringida a la *“información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa”* y condena la difusión de esta información con una *“pena privativa de libertad de uno a tres años”*, según lo previsto en el primer inciso de la norma ibidem (el énfasis me corresponde).

Al efecto, según el numeral 2 del artículo 581, ubicado en el Título VII “PROCEDIMIENTO ORDINARIO”, Capítulo Primero “FASE DE INVESTIGACIÓN PREVIA”, del COIP, una de las formas en que la FGE conoce una infracción penal es por *“Los informes de supervisión con indicios de responsabilidad penal que efectúan los órganos de control, ya sean estos previos, concurrentes y/o posteriores deberán ser remitidos directa e inmediatamente a la Fiscalía General del Estado”*; esto, sin perjuicio *“de que la o el fiscal inicie la investigación”* acorde al primer inciso de la norma ibidem (el énfasis me corresponde).

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOCJCC”), al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, dispone que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*, por lo tanto cuando

¹⁶ COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

las disposiciones generales y especiales entraren en conflicto u oposición, predomina el principio de especialidad normativa.

Finalmente, es necesario considerar que el artículo 226 de la CRE, establece el deber de las instituciones del sector público de “*coordinar las acciones para el cumplimiento de sus fines*”. La coordinación a su vez forma parte de las acciones a realizar por el principio de colaboración previsto en el artículo 29 del COA, el cual prevé que “*Las administraciones trabajarán de manera coordinada, complementaria y prestándose auxilio mutuo. Acordarán mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos*” (el énfasis me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: i) según los artículos 11 y 12 literal f) de la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, la UAFE tiene la obligación de colaborar con la Fiscalía General del Estado y los órganos jurisdiccionales competentes, entregando información de operaciones inusuales e injustificadas para la investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos de lavado de activos y financiamiento de delitos, y, en casos excepcionales, atender los requerimientos de información del CIES (o entidad que haga sus veces); ii) la información reservada proporcionada por la UAFE a la Fiscalía General del Estado, al órgano jurisdiccional competente o al CIES debe mantener la reserva legal, transfiriendo así el nivel de reserva de la información; iii) la UAFE tiene prohibido entregar a terceros información relacionada con operaciones o transacciones económicas inusuales, injustificadas o sospechosas que se encuentre bajo su custodia; iv) las actuaciones de las instituciones involucradas en una investigación previa se mantienen en reserva, según lo establecido en el artículo 584 del COIP; v) la información producida por la FGE en el marco de una investigación previa es considerada de circulación restringida, y su divulgación está sancionada por el COIP; y, vi) es atribución de la FGE iniciar una investigación preprocesal cuando tiene conocimiento de una presunta infracción penal.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en observancia del numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de acuerdo con los artículos 11 y 12 letra f) de la Ley de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, la UAFE tiene prohibido entregar información relacionada con operaciones o transacciones económicas inusuales, injustificadas o sospechosas, salvo que se trate de requerimientos efectuados por la Fiscalía General del Estado, los órganos jurisdiccionales competentes y/o el ente a cargo de Inteligencia, conservando dicha información la misma reserva o sigilo.

Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que los pronunciamientos citados en el acápite 2.1 de este documento se mantienen inalterados por cuanto los mismos no hacen referencia al tipo de información consultada en el presente caso.

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,



Firmado electrónicamente por:
RODRIGO IVAN
CONSTANTINE
SAMBRANO

Ab. Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Dr. César Marcel Córdova Valverde
Defensor del Pueblo, Encargado
Mgs. Henry Fabián Kronfle Kozhaya
Presidente, Asamblea Nacional del Ecuador
Dra. Lady Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Oficio No. 07660

Quito, D.M., 05 de julio de 2024.

Licenciado
Franklin Danilo Palacios Márquez
MINISTRO
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA (MAG)
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. MAG-MAG-2024-0447-OF, de 1 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formularon las siguientes consultas:

“i) Consulta 1.- ¿Cuenta el MAG con la competencia para resolver peticiones, reclamos y recursos que sean planteados con amparo en los artículos 128, 129 o 130 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, cuando estos involucren o sean propuestos por comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas?”

ii) Consulta 2.- ¿Puede la máxima autoridad administrativa del MAG o su delegado, sea por iniciativa propia o por insinuación de persona interesada, revisar de oficio una adjudicación de tierras rurales donde, se presume, la adjudicación fue otorgada sobre tierras o territorios de una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena; con amparo en la potestad de autotutela de la legalidad prevista en el artículo 132 del Código Orgánico Administrativo?”

iii) Consulta 3.- En caso de conflictos sobre la propiedad de tierras rurales de propiedad comunitaria, de comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas con terceros: ¿Cuál es el órgano judicial competente al que la Autoridad Agraria Nacional debe remitir de oficio el expediente sobre exhibición de títulos, conforme lo prescrito en la Disposición General Décima de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales?”

iv) Consulta 4.- ¿El término ‘comuna’, previsto por la Ley de Organización y Régimen de las Comunas y el término ‘comunidad’, previsto por el Estatuto Jurídico de Comunidades Campesinas, deben ser asimilados como sinónimos e interpretados, siempre, como ‘comuna indígena’ y ‘comunidad indígena’, respectivamente?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

De los oficios remitidos y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios Nos. 6754 y 6755, de 9 de mayo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó los criterios jurídicos institucionales del Secretario de Gestión y Desarrollo de Pueblos y Nacionalidades y del Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas: *i*) por el Director de Asesoría Jurídica de la Secretaría de Gestión y Desarrollo de Pueblos y Nacionalidades, mediante oficio No. SGDPN-SGDPN-2024-0546-O, de 20 de mayo de 2024, recibido al siguiente día; y, *ii*) por el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, mediante oficio No. MIDUVI-MIDUVI-2024-0780-O, de 22 de mayo de 2024, ingresado en la misma fecha al correo institucional único de la Procuraduría, al que se adjuntó el informe jurídico contenido en memorando No. MIDUVI-CGJ-2024-0423-M, de 20 de mayo de 2024, suscrito por el Coordinador General Jurídico de esa cartera de Estado.

1.3. El informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. MAG-CGAJ-2024-0169-M, de 30 de abril de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante, “MAG”), en el cual se citó los artículos 57, 168, 171, 282 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 14 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales²; 7, 32, 36, 54, 55, 59, 74, 79, 80, 85, 87, 100, 114, 115, 117, 126, 127, 130, 132 y las disposiciones derogatorias Primera y Segunda de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales³ (en adelante, “LOTRTA”); 1, 4, 10, 12, 13, 14, 17 de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas⁴ (en adelante, “LORC”); 1, 2, 5, 10, 12 y 14 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas⁵; el Manual de Procedimientos y Trámites Administrativos en Materia de Tierras Rurales establecidos en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales y su Reglamento General⁶ (en adelante, “Manual MAG”); 105, 106, 132 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante, “COA”); 1, 240, 289 y 332 del Código Orgánico General de Procesos⁸ (en adelante, “COGEP”); 345 y Disposición Reformatoria Vigésimo Séptima del Código Orgánico de la Función Judicial⁹ (en adelante, “COFJ”); la Resolución de la Corte Nacional de Justicia sobre la “Competencia para conocer controversias sobre dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc., que se tramitaban en el Ministerio de Agricultura y se iniciaron antes

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 29 de julio de 2008.

² Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, publicado en el Registro Oficial No. 206 de 7 de junio de 1999

³ LOTRTA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 711 de 14 de marzo de 2016.

⁴ LORC, publicada en el Registro Oficial No. 315 de 16 de abril de 2004.

⁵ Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, publicado en el Registro Oficial No. 188, de 7 de octubre de 1976.

⁶ Manual MAG, expedido mediante Acuerdo No. 73 publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 1008, de 26 de abril de 2017.

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

⁸ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹ COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial”¹⁰ (en adelante, “Resolución CNJ”); 7 del Código Civil¹¹; el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Agricultura y Ganadería¹² (en adelante, “ESTATUTO MAG”); y los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado contenidos en oficios Nos. 044, de 10 de febrero de 2015, y 4699, de 16 de febrero de 2016. Sobre dicha base manifestó y concluyó lo siguiente:

Respecto de la primera pregunta:

“31. Es criterio de esta Cartera de Estado que el MAG sí cuenta con la competencia necesaria para atender peticiones, reclamos y recursos que sean planteados con amparo en los artículos 128, 129 o 130 de la LOTRTA, incluso cuando estos involucren o sean propuestos por comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas; por estas -peticiones, reclamos y recursos- corresponder a la esfera administrativa y haber sido previstos por la ley, sin distinción alguna, para todos los administrados. Ahora bien, en caso de aquellas peticiones, reclamos y recursos perseguir pretensiones que desbordan la esfera administrativa y, por ejemplo, buscan un pronunciamiento de la Autoridad Agraria Nacional respecto a controversias sobre propiedad, posesión o demás derechos reales, el MAG no cuenta con la competencia necesaria para atenderlos, correspondiendo su resolución exclusivamente a la esfera judicial -de manera concreta a los jueces de lo civil (COFJ, Art. 240, num. 2)-, conforme el principio de unidad jurisdiccional (Constitución, Art. 168, num. 3; COFJ, Art. 10). Esta incompetencia para pronunciarse sobre temas patrimoniales, sin embargo, no se restringe únicamente a comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, pues abarca a todos los administrados en general.

*32. Ahora bien, en el caso concreto de la oposición a adjudicación prevista en el artículo 129, literal ‘a’ de la LOTRTA, por ser un reclamo similar al otrora (sic) contemplado por el artículo 28 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización -ahora derogada- y, con atención a la vinculatoriedad que los pronunciamientos de la PGE mantienen sobre la administración pública consultante en los términos del artículo 3, literal “f” de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; es criterio de esta Cartera de Estado que el MAG no tiene competencia para resolver dicha oposición cuando esta sea propuesta por comunas o comunidades sujetas al Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, conforme el pronunciamiento de la PGE contenido en el Oficio Nro. 00044 de 10 de febrero de 2015 y Oficio Nro. 04699 de 16 de febrero de 2016; **salvo cambio de criterio por parte de la PGE** al considerar que, como procedimiento administrativo, la oposición no busca pronunciarse sobre la validez de los títulos de dominio puestos en conocimiento de la Autoridad Agraria Nacional -que, por cierto, se presumen válidos mientras no sean declarados nulos en sede judicial- sino que, a partir de ellos, se busca evitar que la administración incurra en el*

¹⁰ Resolución CNJ, publicada en el Registro Oficial No. 62 de 9 de noviembre de 2009.

¹¹ Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹² Estatuto MAG, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No.572 de 4 de octubre de 2018.

error de adjudicar bienes que se presumen como tierras rurales estatales, pero que no lo son ante la existencia de un(a) dueño(a) legítimo. Al respecto atiéndase a los párrafos 28 y 29 de este informe.”.

Respecto de la segunda pregunta:

“33. Es criterio de esta Cartera de Estado que la máxima autoridad administrativa del MAG no puede revisar de oficio una adjudicación de tierras rurales sobre tierras o territorios indígenas, por cuanto: i) la potestad de autotutela de la legalidad prevista en el artículo 132 del COA, permite anular únicamente actos administrativos nulos, siendo estos aquellos inmersos en una o más causales de las taxativamente previstas en el artículo 105 del COA -situación que no se cumple en el caso propuesto- y ii) la resolución de ese tipo de conflictos, una vez el derecho de dominio ha sido transferido, corresponde en forma exclusiva a las autoridades judiciales conforme lo establece el Estatuto Jurídico de Comunidades Campesinas en su artículo 10 y la LOTRTA su artículo 79, artículo 132 y Disposición General Décima. Sin perjuicio de aquello, si se considera que una adjudicación sobre tierras o territorios indígenas es contraria a la Constitución -por ser estos imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles (Constitución, Art. 57, num. 4) y contraria a la ley -por estos no formar parte de las tierras rurales estatales (LOTRTA, Art. 87, Inc. 2do)-, podría considerarse como viable su revisión de oficio con amparo en lo prescrito por el COA en su artículo 105, numeral 1.”.

Respecto de la tercera pregunta:

34. Es criterio de esta Cartera de Estado que, con atención a lo prescrito en el artículo 132 de la LOTRTA y artículo 240, numeral 2 del COFJ, el conocimiento del supuesto de hecho previsto por la Disposición General Décima de la LOTRTA, corresponde a los jueces de lo civil por ser los competentes en controversias respecto al derecho de propiedad y demás derechos reales -derechos patrimoniales-; sin embargo, cuando la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena involucrada haya iniciado un proceso con base en su sistema jurídico propio, esta derivación a la jurisdicción ordinaria civil -al igual que la prevista en por la LOTRTA, Art. 79, Inc. 1ro-, podría implicar la imposición de un pluralismo jurídico en subordinación[27], situación incompatible con el Estado plurinacional (Constitución, Art. 171). A criterio de esta Cartera de Estado, sin embargo, aquellos conflictos sobre competencia entre justicia indígena y justicia ordinaria deben ser resueltos por los propios órganos jurisdiccionales, debiendo la administración limitarse a remitir el proceso al juez competente en los términos de la Disposición General Décima de la LOTRTA.

35. Respecto a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, cabe reflexionar, estos no cuentan con la competencia para resolver ese tipo de controversias pues, aunque son la vía natural para realizar un control de legalidad sobre actos administrativos, cuando una adjudicación ya ha sido

perfeccionada -mediante su inscripción-, el derecho de propiedad también ha sido ya transferido, extrayendo el conflicto de la esfera administrativa para convertirlo en una discusión eminentemente patrimonial. En otras palabras: los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo pueden controlar la legalidad de la adjudicación -como acto administrativo-, pero no tiene competencia para conocer controversias respecto al derecho de propiedad -engendrado a partir de esa adjudicación- por este corresponder al ámbito civil”.

Respecto de la cuarta pregunta:

“36. Es criterio de esta Cartera de Estado que el término ‘comuna’ y ‘comunidad’ constituyen sinónimos conforme se colige de la Introducción -elaborada por la Comisión de Legislación- constante en el Estatuto Jurídico de Comunidades Campesinas, que en lo pertinente establece: ‘Promulgada la Ley de Organización y Régimen de las Comunas en el Registro Oficial No. 558 de 6 de agosto de 1937, se hizo necesario dictar normas complementarias de procedimiento, para hacer efectiva la protección del Estado a favor de las comunas que se organizarán legalmente. Surgió la disyuntiva: dictar una reforma a la mencionada Ley o expedir otra que contenga las normas jurídicas requeridas. Se optó por esta última solución’.

*37. Respecto a la interpretación del término ‘comuna’ como ‘comuna indígena’ y ‘comunidad’ como ‘comunidad indígena’, por el contrario, es criterio de esta Cartera de Estado que aquello constituiría un error por incurrir en una visión esencialista donde toda comuna/comunidad es asimilada como indígena en forma automática, desconociendo sus particulares procesos de autoidentificación y, por tanto, ignorando la posible existencia de comunas/comunidades afrodescendientes, montubias, mestizas o étnicamente diversas. **De manera adicional, cabe destacar, si la ley no ha previsto una diferenciación, no corresponde a sus intérpretes imponer una donde la especie se imponga como género”.***

1.4 Por su parte, la Secretaría de Gestión y Desarrollo de Pueblos y Nacionalidades expuso un criterio abstentivo sobre los temas materia de consulta del MAG, y concluyó en forma general lo siguiente:

*“4.1. La Secretaría de Gestión y Desarrollo de Pueblos y Nacionalidades tiene entre sus competencias la rectoría de la plurinacionalidad e interculturalidad con la finalidad del desarrollo de las comunas, comunidades Pueblos y Nacionalidades mediante la implementación de proyectos productivos, emprendimientos comunitarios, culturales, formativos y sociales, que mejoren la calidad de vida de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades garantizando sus derechos colectivos creando nuevas oportunidades para la economía familiar comunitaria, **es decir netamente el desarrollo de los pueblos y nacionalidades mas no el tema de adjudicación de tierras rurales.**”*

1.5 El informe jurídico del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (en adelante, “MIDUVI”), además de las normas citadas por el MAG, se refirió a los artículos 57 numeral 4, y 226 de la CRE; 44, 45, 49 y 50 del COA; 9, 58, 70, 79, 83, 125 y Disposición General Octava de la LOTRTA; 7 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas; 5, 11, 12 y 18 de la Ley Orgánica de Vivienda de Interés Social¹³ (en adelante, “LOVIS”); 90 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo¹⁴ (en adelante “LOTUGS”); 1, 3, 5, 10, 11 y 14 del Reglamento¹⁵ a la LOTUGS; y el Decreto Ejecutivo No. 880, que contiene la Política Urbana Nacional¹⁶. Sobre dicha base observa que las consultas “*están relacionadas con el ámbito y competencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería (“MAG”) y del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (“MIDUVI”), en lo atinente a la adjudicación de tierras rurales*”, y con relación a cada pregunta concluye lo siguiente:

Respecto de la primera pregunta:

*“En aplicación a las disposiciones legales antes citadas, se determina que la Autoridad Agraria Nacional la ejerce el **Ministerio de Agricultura y Ganadería que tiene la facultad rectora, coordinadora y reguladora en materia de tierras rurales; siendo también de su competencia conocer y resolver en sede administrativa, los reclamos, solicitud y recursos en materia de tierras rurales sometidos a su decisión.** (énfasis añadido)*

Siguiendo esta línea, es criterio de la Coordinación General Jurídica, que es competencia del MAG, también el registro de las comunas y comunidades, por así establecerlo la LORC antes citada y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas.

En cuanto a la esfera judicial, el conocimiento y resolución de estos trámites, no es de competencia del MAG, sino de las unidades jurisdiccionales que por competencia y materia deben resolverlos”.

Con relación a la segunda pregunta:

“Conforme lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, corresponde a las competencias del MAG emitir las políticas públicas en materia de tierras rurales; y, definir los criterios de regularización de la posesión agraria; por lo que corresponde a esa Cartera de Estado, la procedencia o no de revisar de oficio una adjudicación realizada en tierras rurales, lo que estará sujeto al tipo de trámite y origen de la revisión; así por ejemplo de requerir autotutela de actos administrativos no cabría la

¹³ LOVIS, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.29 de 25 de marzo de 2022.

¹⁴ LOTUGS, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 488 de 30 de enero de 2024.

¹⁵ Reglamento a la LOTUGS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 460 de 3 de abril de 2019.

¹⁶ Decreto Ejecutivo No. 808, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 410 de 4 de octubre de 2023.

intervención del ente rector, más cuando corresponden a actuaciones efectuadas en el ámbito de su injerencia”.

Respecto de la tercera pregunta, el MIDUVI considera no tener competencia para pronunciarse y agrega *“Sin perjuicio de lo señalado, atendiendo el ámbito legal de su requerimiento, se considera que el (sic) corresponde a los jueces de lo civil, por el ámbito de su competencia, resolver litigios en materia de derecho reales (o de propiedad)”.*

Con relación a la cuarta pregunta también expresa un criterio abstentivo, en los siguientes términos:

“Conforme consta en la normativa vigente y que ha sido citada a lo largo de este oficio, la Autoridad Agraria Nacional, la ejerce el Ministerio de Agricultura y Ganadería, quien es el ente rector, coordinador y regulador de las políticas públicas en materia de tierras rurales agrarias; además, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades, las comunas y comunidades se registran y dependen del MAG, por lo que no cabe realizar una interpretación de terminología en materias que no son propias del MIDUVI, mas cuando esta no versa sobre la aplicación de normas de jerarquía infraconstitucional sobre cuya aplicación existe duda”.

1.6 De los criterios jurídicos del MAG y el MIDUVI, previamente citados, se aprecia lo siguiente:

i) Respecto de la primera pregunta, coinciden en que, en virtud de que el MAG es la autoridad rectora, coordinadora y reguladora en materia de tierras rurales le compete conocer y resolver en sede administrativa, los reclamos, solicitudes y recursos en esa materia. El MAG agrega que dicha competencia incluye a las peticiones propuestas por comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, como la oposición a una adjudicación, que busca evitar que la administración incurra en el error de adjudicar bienes que se presumen como tierras rurales pero que no lo son por tener dueño. Adicionalmente, el MAG aclara en forma general que tratándose de materias que involucren controversia sobre propiedad, ello compete a los jueces de lo civil conforme al principio de unidad jurisdiccional.

ii) Con relación a la segunda pregunta, el MAG concluye que la revisión de oficio se sustenta en el principio de autotutela de la legalidad y se limita a la revisión de actos administrativos nulos, por lo que no puede revisar de oficio una adjudicación de tierras rurales sobre tierras o territorios indígenas después de que el dominio se ha transferido, mediante su inscripción, pues ello compete a las autoridades judiciales según la LOTRITA; mientras que el MIDUVI, sin referirse a la situación de los territorios ancestrales, concluye en forma general que compete al MAG calificar la procedencia o no de revisar de oficio una adjudicación realizada en tierras rurales, conforme *“al tipo de trámite y origen de la revisión”.*

iii) Respecto de la tercera pregunta, el MAG y el MIDUVI coinciden en que las controversias sobre propiedad competen a los jueces de lo civil; y,

iv) Con relación a la cuarta pregunta el MAG expresa que los términos “*comuna*” y “*comunidad*” son sinónimos y genéricos, pero ello no significa que se deban entender que siempre están referidos a una “*comunidad indígena*”, pues ésta última sería una especie. Por su parte, el MIDUVI se abstuvo de expresar criterio sobre el tema.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas, que se atenderán en forma conjunta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Tierras comunitarias y ancestrales; ii) Competencias que la LOTRTA confiere al MAG; y, iii) Alcance de la potestad de revisión de oficio.*

2.1. Tierras comunitarias y ancestrales.

Con respecto de los deberes del Estado sobre las tierras ancestrales, el numeral 2 del artículo 14 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales dispone que: “*Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las **tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente** y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión*” (énfasis añadido).

El numeral 2 del artículo 84 de la Constitución Política de 1998 y artículo 49 de la Ley de Desarrollo Agrario¹⁷, cuerpo normativo derogado y sustituido por la LOTRTA, reconocieron, en su orden, la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, y la legalización de las tierras “*que se destinen al desarrollo de las poblaciones montubias, indígenas y afroecuatorianas*” mediante adjudicación gratuita a “*las comunidades o etnias que han estado en su posesión ancestral*”.

Por su parte, el artículo 56 de la CRE, ubicado en el Capítulo IV “*Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades*”, se refiere a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así como a los pueblos afroecuatoriano, montubio y a las comunas. El artículo 57 *ibidem*, ubicado en el mismo capítulo, reconoce y garantiza a dichos pueblos y nacionalidades entre otros derechos colectivos los siguientes “4. *Conservar la propiedad imprescriptible de sus **tierras comunitarias**, que serán inalienables, inembargables e indivisibles*”; y “11. *No ser desplazados de sus **tierras ancestrales***” (énfasis añadido).

De igual manera, los artículos 59 y 60 de la CRE, en su orden, reconocen derechos colectivos a los pueblos montubios y facultan a los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios a “*constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura*”, previendo que la ley regule su conformación y reconociendo la propiedad colectiva de la tierra “*como una forma ancestral de organización territorial*” (subrayado añadido).

¹⁷ Ley de Desarrollo Agrario, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 315 de 16 de abril de 2004.

Por otro lado, la letra a) del artículo 7 de la LOTRTA incluye a la plurinacionalidad entre los principios de aplicación de esa ley, y prevé que tal principio implica que *“Se reconocen y garantizan los derechos, valores, tradiciones, formas de producción y prácticas culturales, individuales y colectivas de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubios”* (énfasis añadido).

En el mismo orden de ideas, el artículo 1 de la LOTRTA, al referirse a su ámbito, prevé que dicha ley es de orden público y de jurisdicción nacional, y que sus disposiciones regulan *“las relaciones del Estado con las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, en materia de tierras rurales; y de comunas y comunidades, pueblos y nacionalidades”* (énfasis añadido) en cuanto al reconocimiento y adjudicación a título gratuito de territorios que se encuentran en *“posesión ancestral”* y a la protección y seguridad jurídica de tierras y territorios de su propiedad.

En este contexto, el inciso primero del artículo 3 de la LOTRTA establece que, para efectos de esa ley, se entiende como tierra y territorio en *“posesión y propiedad ancestral”*, *“el espacio físico sobre el cual una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad de origen ancestral, ha generado históricamente una identidad a partir de la construcción social, cultural y espiritual”* (énfasis añadido), desarrollando actividades económicas y sus propias formas de producción. El inciso segundo del citado artículo reitera lo previsto por el numeral 4 del artículo 57 de la CRE y prevé que la propiedad de esas tierras y territorios es *“imprescriptible, inalienable, inembargable e indivisible”*.

El inciso primero del artículo 23 de la LOTRTA insiste que se reconocerá y garantizará a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios *“el derecho a conservar la propiedad comunitaria y a mantener la posesión de sus tierras y territorios ancestrales y comunales que les sean adjudicados a perpetuidad gratuitamente”*, de conformidad con la CRE, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos colectivos. Adicionalmente, el inciso final del mismo artículo determina que el Estado garantiza la seguridad jurídica de las tierras y territorios ancestrales y comunales *“adjudicados a perpetuidad gratuitamente”*, en los cuales *“establecerá políticas públicas para el fortalecimiento y desarrollo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a través de inversiones prioritarias”*.

Con relación a esta materia, en la sentencia No. 20-12-IN/20, de 1 de julio de 2020, la Corte Constitucional ha establecido que:

“105. El derecho a la propiedad territorial de los pueblos, comunidades y nacionalidades se fundamenta en el uso y posesión tradicional o ancestral de las tierras, territorios y recursos necesarios para su subsistencia física y cultural, con independencia del reconocimiento oficial del Estado a través de un título formal de propiedad. Es así que este derecho tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las personas que conforman dichos pueblos o comunidades, y a su vez, una dimensión colectiva, cuyo titular es el pueblo o comunidad correspondiente. El reconocimiento de este derecho, en sus dos dimensiones,

conlleva la obligación del Estado de garantizar procesos efectivos, específicos y regulados de titulación y demarcación de los territorios, así como de proveer la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras (...) (énfasis añadido).

(...)

124. *A juicio de esta Corte, es contrario al derecho colectivo reconocido en el artículo 57 numeral 5 de la Constitución, considerar las tierras y territorios indígenas como tierras de propiedad del Estado, por carecer las comunidades y pueblos de un título formal o no estar registradas bajo dicho título. Esta Corte considera que el derecho a la propiedad de los pueblos y comunidades, para ser efectivo, no puede ni debe estar sujeto a la existencia previa de un título de propiedad, puesto que aquello desconoce el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y recursos (...)* (énfasis añadido).

Luego, en sentencia No. 2145-11/EP/22, la Corte Constitucional nuevamente se refirió al deber del Estado de delimitar los territorios de propiedad comunitaria, mediante el procedimiento administrativo establecido por la LOTRTA, y expuso:

“55. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, ‘la Corte IDH’) ha manifestado que, el Estado tiene el deber de dar ‘certeza geográfica’ a la propiedad comunitaria a través de la demarcación, delimitación y titularización; así, ha expresado que el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas [...] (énfasis añadido)

(...)

59. *Por otro lado, se constata que en la actualidad existe un proceso administrativo, relativo a la tramitación de las solicitudes de delimitación de territorio comunal, mismo que conforme a lo señalado en los artículos 79 y 80 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, se encuentra establecido en el ‘Manual de procedimiento y trámites administrativos en materia de tierras rurales establecidos en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales y su Reglamento General’. (...). En consecuencia, existe un mecanismo administrativo que busca garantizar los derechos colectivos de las comunas, mismo que debe ser observado y aplicado de forma inmediata y sin obstáculos por la autoridad agraria nacional”. (Énfasis añadido).*

Al respecto, se observa que el artículo 79 de la LOTRTA expresamente confiere al Estado, a través de la autoridad agraria nacional o del ente rector de hábitat y vivienda¹⁸, según corresponda, a pedido de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades,

¹⁸ Concordante el artículo 90 de la LOTUGS, citada por el informe jurídico del MIDUVI, confiere al gobierno central a través de esa secretaría de Estado el carácter de rector en materia de hábitat y vivienda.

atribución para delimitar sus territorios y adjudicarlos gratuitamente, previendo adicionalmente, para el caso de divergencias, que *“se respetarán las formas propias de resolución de conflictos. De no lograr un acuerdo las diferencias se resolverán por vías alternativas de solución de conflictos o por la vía judicial de conformidad con la Ley”*. El segundo inciso de la misma norma confiere además a las mencionadas autoridades estatales el deber de establecer los procedimientos para asegurar el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a mantener la posesión de sus territorios, su delimitación y adjudicación gratuita.

En tal contexto, cabe considerar que la posesión, en los términos del artículo 715 del Código Civil, *“es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”* por lo que *“El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”* (énfasis añadido).

Finalmente, mediante sentencia No. 1779-18-EP/21, con relación a la LORC, la Corte Constitucional exhortó a la Asamblea Nacional *“para que adecúe la Ley de Organización y Régimen de las Comunas a las normas y principios constitucionales y a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional”*. En tal virtud, tanto dicha ley como el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, por ser anteriores a la CRE deben adecuarse a ella, así como a las normas que sobre la misma materia constan en la LOTRTA, expedida con posterioridad.

De lo expuesto se observa que: *i)* las tierras de propiedad colectiva de las comunidades, pueblos y nacionalidades están protegidas tanto por la CRE como por el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales; *ii)* la plurinacionalidad es un principio de aplicación de la LOTRTA y, por tanto, esa ley se aplica a la propiedad comunitaria de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, así como a los pueblos afroecuatorianos y montubio; *iii)* las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades tienen derecho a conservar la posesión y propiedad colectiva de las tierras comunitarias, y a que éstas sean delimitadas y adjudicadas gratuitamente, siendo deber del Estado establecer los procedimientos para tal efecto; *iv)* la LOTRTA confiere expresamente competencias al MAG como autoridad agraria nacional y al MIDUVI como rector de hábitat y vivienda, según corresponda, en relación a las tierras de propiedad colectiva de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades; y, *v)* la Corte Constitucional ha establecido que la propiedad territorial de *“las comunidades y nacionalidades”* se fundamenta en el *uso y posesión tradicional o ancestral* de las tierras *“con independencia del reconocimiento oficial del Estado a través de un título formal de propiedad”*; en tal contexto, la Corte Constitucional ha resuelto que es contrario al derecho colectivo considerar las tierras y territorios de propiedad colectiva como tierras de propiedad del Estado, por carecer las comunidades y pueblos de un título formal o no estar registradas bajo dicho título.

2.2. Competencias que la LOTRTA confiere al MAG. -

Del análisis efectuado en el acápite anterior se desprende que el ámbito de la LOTRTA, y las competencias del MAG como autoridad agraria nacional se refieren y ejercen

respecto de dos materias: tierras rurales del Estado, y tierras ancestrales de posesión y propiedad ancestral.

Así, respecto de la delimitación y adjudicación de tierras ancestrales, el artículo 79 de la LOTRTA confiere al Estado, *“a través de la Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda”* en coordinación con las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, atribución para delimitar sus territorios, previendo que *“en caso de divergencias, se respetarán las formas propias de resolución de conflictos. De no lograr un acuerdo las diferencias se resolverán por vías alternativas de solución de conflictos o por la vía judicial de conformidad con la Ley”*.

Mientras que, respecto de la tierra rural de propiedad del Estado, la letra a) del artículo 85 de la LOTRTA, la define como aquella *“Constituida por las tierras de propiedad de las entidades del sector público, incluyendo las tierras rurales que formando parte del territorio nacional, carecen de dueño”* (énfasis añadido), lo que es reiterado por la letra a) del artículo 87 ibidem.

Adicionalmente, el mencionado artículo 87 de la LOTRTA señala que son tierras rurales del Estado aquellas que ingresaron al patrimonio de los extinguidos IERAC e INDA, o de la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria *“y que aún no han sido adjudicadas”*, o aquellas cuya adjudicación se ha revertido o declarado nulo el título de propiedad concedido por el Estado; las expropiadas conforme a esa ley o que pasen a su dominio por sentencia, donación, legado o herencia, entre otros casos. El inciso final del mismo artículo aclara que las tierras de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades *“no son parte del patrimonio de tierras rurales estatales”* (énfasis añadido).

En tal contexto y de acuerdo con el artículo 117 de la LOTRTA, los interesados pueden pedir la actuación de la Autoridad Agraria Nacional, entre otros casos, por existir *“b) Sobreposición de adjudicaciones”*, o ser necesaria la *“e) Presentación de títulos”*, para verificar la competencia de la autoridad administrativa para adjudicar tierras a particulares. Concordante, las letras a) y c) del artículo 129 ibidem prevén que los interesados podrán presentar reclamos como la *“Oposición a la adjudicación u otros actos administrativos previos”* o la reforma del acto administrativo, en forma previa a la adjudicación de tierras del patrimonio del Estado.

Al respecto, se observa que el Manual MAG, según su artículo 1, se refiere a los procedimientos establecidos por la LOTRTA y su reglamento, que incluye entre otros la oposición a la adjudicación, la reversión de la adjudicación, así como la presentación de títulos. Así, respecto de la oposición, el artículo 69 del referido Manual MAG dispone que *“Durante el procedimiento de adjudicación”*, refiriéndose a la adjudicación de tierras rurales estatales, los interesados o quienes se creyeren afectados podrán oponerse a la *petición de adjudicación*, dentro del plazo previsto en esa norma y siempre que se funde *“en el derecho de propiedad amparado por títulos de dominio”*. Concluida la sustanciación, la oposición se debe resolver mediante su aceptación o su archivo, según el caso, que al causar estado implica la negativa de la petición de adjudicación o la continuación del procedimiento de adjudicación, respectivamente.

Así también, se observa que el procedimiento administrativo de presentación de títulos, previsto por el artículo 172 del Manual MAG, está ubicado en el Título V que corresponde al “*Saneamiento*” y tiene por finalidad “*identificar los predios de propiedad rural estatal*” (énfasis añadido), y se puede iniciar de oficio o a petición de parte. Sustanciado el procedimiento, con citación de los interesados o denunciados, debe concluir con una resolución administrativa, según el artículo 182.

Igualmente, en el contexto de “*conflictos sobre propiedad o posesión agraria de tierra rural estatal o adjudicada*”, el artículo 124 de la LOTRTA confiere a la autoridad agraria atribución para solicitar “*a las partes involucradas*” la presentación de títulos “*y el certificado del Registro de la Propiedad con un historial de propiedad de cinco años, con el fin de reconocer su validez y así arbitrar las medidas para su resolución*” en los siguientes términos:

“Art. 124.- Presentación de títulos.- En caso de conflictos sobre la propiedad o posesión agraria de tierra rural estatal o adjudicada; la Autoridad Agraria Provincial de oficio o a petición de parte, dispondrá que en un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que se notifique la admisión a trámite, las partes involucradas, presenten los títulos de propiedad en que se sustenten sus respectivos derechos y el certificado del Registro de la Propiedad con un historial de propiedad de cinco años, con el fin de reconocer su validez y así arbitrar las medidas para su resolución.”

Sin perjuicio de lo anterior, la Autoridad Agraria Provincial requerirá a la autoridad competente la verificación y certificación de la información e instrumentos presentados.

Las decisiones con respecto a la validez de los títulos que se presenten se dictarán mediante acto administrativo.

Se presumirá de derecho que las personas que no den cumplimiento a la disposición de presentación de títulos en el plazo establecido carecen del mismo” (énfasis añadido).

En el mismo sentido, el artículo 125 de la LOTRTA confiere a la autoridad agraria nacional competencia en materia de tierras rurales “*y las demás previstas en esta Ley*”; esto es, las tierras ancestrales o comunitarias respecto de las cuales establece los procedimientos administrativos “*para su delimitación y adjudicación*” según los artículos 80 y 85 letra f) *ibidem*¹⁹. Así, el segundo y tercer incisos del mencionado artículo 125 *ibidem* disponen:

¹⁹ LOTRTA, “*Art. 80.- Procedimiento.- La Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda en conocimiento de la petición de delimitación y adjudicación de territorios en posesión ancestral, verificará técnicamente los fundamentos históricos, antropológicos, socioeconómicos, normativos y culturales que la sustentan.*”

En caso de legalización de tierras comunales o territorios en posesión ancestral en áreas protegidas, patrimonio forestal del Estado o bosques y vegetación protectores públicos, la delimitación y adjudicación la realizará la

“Además tendrá competencia para conocer y resolver, en sede administrativa, todas aquellas peticiones, solicitudes y reclamos que se originen de un acto administrativo relacionado con la transferencia de dominio y otros actos derivados de la aplicación de esta Ley.

En toda petición o reclamo sometido a su conocimiento, la Autoridad Agraria Nacional propiciará la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias. Para el efecto, la Autoridad Agraria Nacional implementará un sistema de mediación, como forma alterativa de solución de conflictos.

Los acuerdos alcanzados sobre la base de mediación y debidamente incorporados en la resolución de la Autoridad Agraria Nacional, causarán estado” (énfasis añadido).

En tal contexto, los artículos 128, 129 y 130 de la LOTRTA, a los que se refiere la consulta, regulan las peticiones, reclamos y recursos que en materia de las tierras sujetas a esa ley pueden formular los interesados en sede administrativa, entre ellos los reclamos de “*Oposición a la adjudicación u otros actos administrativos previos; (...) Declaración sobre la calidad de tierras estatales a aquellas en las que no exista título de propiedad o acto de adjudicación*”²⁰, que la autoridad administrativa tiene competencia para sustanciar con la finalidad de asegurar su competencia antes de resolver sobre la adjudicación de tierras estatales a particulares.

En tal sentido, la Disposición General Décima de la LOTRTA reitera la competencia de la autoridad agraria nacional para requerir, en sede administrativa, la exhibición o presentación de títulos a fin de validar su competencia administrativa, o remitir al órgano judicial aquellos casos en los que se verifique la existencia de controversias sobre la

Autoridad Ambiental Nacional, con el procedimiento que en coordinación se establezca con la Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda.

De existir actividades agropecuarias o forestales en tales tierras y territorios, las autoridades competentes con la participación de las y los beneficiarios de la adjudicación formularán el plan de manejo que establezca las condiciones ambientales y técnicas que deben cumplir estas actividades”.

“Art. 85.- Definición y formas de propiedad.- Para los efectos de esta Ley, la propiedad rural es la titularidad de dominio que da derecho a usar, gozar y disponer, de acuerdo con la Constitución y la Ley, de la tierra que tiene aptitud agrícola, pecuaria, forestal, silvícola o acuícola, de conservación agraria, recreación y ecoturismo.

Son formas de propiedad de la tierra, para los efectos de la presente Ley, las siguientes:

- a) Propiedad estatal. Constituida por las tierras de propiedad de las entidades del sector público, incluyendo las tierras rurales que, formando parte del territorio nacional, carecen de dueño;*
- b) Propiedad privada. La adquirida por los particulares, personas naturales o jurídicas provenientes de adjudicaciones realizadas por el Estado o adquiridas en la forma prevista en la legislación civil;*
- c) Propiedad asociativa. La adquirida para uso y aprovechamiento por las distintas formas de organización social reconocidas legalmente bajo el principio de solidaridad;*
- d) Propiedad cooperativa. La obtenida por las organizaciones del sistema cooperativo nacional, contempladas en el régimen de la economía popular y solidaria;*
- e) Propiedad mixta. La adquirida en copropiedad por el Estado y una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de conformidad con la Ley; y,*
- f) Propiedad comunitaria. La que ha sido adjudicada y titulada en favor de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.***

Las tierras rurales públicas y estatales, deben cumplir exclusivamente el destino que establece la Ley”.

²⁰ LOTRTA, Art. 129 letras a y g.

posesión o propiedad comunitaria de tierras rurales de propiedad comunitaria, según se desprende de su tenor:

*“En caso de **conflictos sobre la propiedad de tierras rurales de propiedad comunitaria**, de comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades con terceros, la Autoridad Agraria Nacional a petición del máximo organismo de dirección comunitaria, **dispondrá la exhibición de títulos a los particulares que pretendan tener derecho sobre una parte de estas tierras, a fin de validar las actuaciones administrativas y de ser el caso, remitir de oficio el expediente sobre la exhibición de títulos, al órgano judicial correspondiente**” (énfasis añadido).*

Por su parte, el conocimiento y resolución de controversias sobre posesión o propiedad de tierras rurales, los títulos de transferencia de dominio de inmuebles, así como su inscripción en los Registros de la Propiedad son competencia de los jueces de lo civil, de conformidad con los artículos 709, 1698 y 1699 del Código Civil, 11 de la Ley de Registro²¹ y 240 del COFJ, entre otros.

En el sentido expuesto, concluyó la Resolución CJN, adoptada en 2009, lo siguiente:

*“Los juicios que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial en el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, sobre **controversias entre comunidades campesinas o entre una comunidad campesina y personas extrañas a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc.**, así como las nuevas demandas que se presentaren, pasarán a conocimiento de las juezas o los jueces civiles de la **correspondiente circunscripción territorial**. Los juicios continuarán sustanciándose en el punto que hubieren quedado, de acuerdo con el procedimiento especial establecido en el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, publicado en el Registro Oficial No. 188, de 7 octubre de 1976, reformado por el Código Orgánico de la Función Judicial, sin que en ningún caso este cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna”.*

De igual manera, la Procuraduría se pronunció en oficio No. 00044, de 10 de febrero de 2015, citado en el informe jurídico de la consultante, y concluyó:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de la unidad jurisdiccional establecida en los artículos 168 numeral 3 de la Constitución de la República y 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al amparo del

²¹ Ley de Registro, publicada en el Registro Oficial No. 150 de 28 de octubre 1966. El artículo 11 dispone: “Art. 11.- Son deberes y atribuciones del Registrador:

a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley, **debiendo negarse a hacerlo en los casos siguientes:** (...)

4.- **Si el título o documento que se trata de inscribir tiene algún vicio o defecto que lo haga nulo;** (...)

De la negativa del Registrador se podrá recurrir al Juez competente, quien luego de examinar la solicitud del interesado y las causas de la negativa, dictará su resolución, la que será notificada al Registrador en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil. Si la resolución ordena la inscripción, no será susceptible de recurso alguno.

Si el Juez negare la inscripción, el interesado podrá interponer el recurso de apelación para ante la Corte Superior correspondiente, de cuya resolución no habrá recurso alguno” (énfasis añadido)

número 27 de la Disposición Derogatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia para conocer y resolver controversias entre comunidades o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras rústicas con aptitud agrícola y servidumbres, corresponde a los jueces y juezas de lo civil que integran la Función Judicial.”

Con oficio No. 4699, de 16 de febrero de 2016, la Procuraduría reiteró lo expuesto en el pronunciamiento previamente transcrito, respecto de la competencia de los jueces de lo civil para conocer controversias que surjan de la oposición sustentada en títulos de dominio.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la LOTRTA confiere competencias a la autoridad agraria nacional de adjudicar tierras rurales de propiedad del Estado, así como de delimitar las tierras rurales de propiedad colectiva. Dichas competencias se ejercen de oficio o a petición de parte; *ii)* los interesados en los procedimientos administrativos a cargo del MAG pueden formular los pedidos, reclamos y recursos previstos en los artículos 128, 129 y 130 de esa ley; *iii)* para verificar su competencia, la autoridad agraria nacional está expresamente autorizada por la LOTRTA para solicitar a los interesados en los respectivos procedimientos administrativos la exhibición o presentación de títulos; o, para identificar controversias sobre posesión o propiedad sobre tierras rurales de propiedad comunitaria con particulares que deban ser remitidas a conocimiento de los órganos judiciales. La exhibición de títulos también puede ser solicitada a pedido de las comunidades, que pueden oponerse a la adjudicación de tierras rurales a particulares; *iv)* la Corte Constitucional ha concluido que es contrario al derecho colectivo considerar las tierras y territorios indígenas como tierras de propiedad del Estado, por carecer las comunidades y pueblos de un título formal o no estar registradas bajo dicho título; y, *v)* de verificarse controversias sobre posesión o propiedad de tierras rurales, sean éstas estatales o comunitarias, la autoridad agraria nacional debe, de oficio, remitir las actuaciones a los jueces de lo civil.

2.3. Alcance de la potestad de revisión de oficio. -

La LOTRTA no contiene disposiciones que autoricen a la autoridad nacional agraria, en las materias sujetas al ámbito de esa ley, a ejercer la potestad de revisión de oficio de sus actos administrativos. La referida potestad está regulada por el artículo 132 del COA, conferida expresamente a la máxima autoridad (sin prever que pueda ser objeto de delegación); y, esta se encuentra circunscrita a casos de nulidad de los actos administrativos por las causales previstas en el artículo 105²² ibídem. Así, el artículo 132 señala:

²² Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Virole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.

*“Art. 132.- Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, **el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia** o por insinuación de persona interesada.*

El trámite aplicable es el procedimiento administrativo.

El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo, produce la caducidad del procedimiento.”

Al respecto, en el Pronunciamiento contenido en el oficio No. 00982, de 5 de octubre de 2018, esta procuraduría examinó que:

“(…) el COA confiere a la revisión de oficio el carácter de potestad de la administración, diferenciándola de los recursos que la persona interesada puede interponer para impugnar los actos administrativos, entre ellos los que tuvieren vicios que provoquen su nulidad.

(…)

*Por lo expuesto, del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código Orgánico Administrativo, **la potestad revisora de oficio la puede ejercer la administración en cualquier momento respecto de los actos administrativos nulos, que como tales, afectan el orden público y que hubieren causado estado en vía administrativa exclusivamente.** (…)*

*(…) es pertinente aclarar que, por el principio de legalidad, **la revisión de oficio como toda potestad pública debe observar los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.** En consecuencia, de acuerdo con el artículo 132 del COA, se puede ejercer cuando objetivamente existan causas de nulidad no convalidables en el acto administrativo y razones de orden público que justifiquen su ejercicio, así como otros límites jurídicamente razonables como, por ejemplo, la cosa juzgada y el principio de igualdad. En tal contexto, la insinuación que para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio pueda efectuar la persona interesada, según la parte final del primer inciso del artículo 132 del COA, no configura un nuevo recurso de impugnación de los actos administrativos que pueda ser interpuesto fuera de los términos legales, **ni constituye un medio para reabrir procedimientos ya resueltos en sede administrativa o que dé lugar a la revisión de actos administrativos firmes**” (énfasis añadido).*

8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

Respecto del momento cuando un acto administrativo causa estado, el artículo 218 del COA señala:

*Art. 218.- Efectos de la no impugnación del acto administrativo. **El acto administrativo causa estado en vía administrativa cuando:***

- 1. Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación.*
- 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho.*
- 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate.*

El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía.

Sobre el acto administrativo, que ha causado estado, cabe únicamente, en vía administrativa, el recurso extraordinario de revisión o en su caso, la revisión de oficio regulados en este Código.

Así, la justificación de la revisión de oficio y el hecho de que no esté sujeta a límites temporales para que proceda se fundamenta en el interés del ordenamiento jurídico de proteger el orden público. En virtud de lo anterior, García de Enterría y Fernández²³ señalan que:

*“(...) En los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto comportamiento que debe adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto, pero no tiene nada que ver con el problema de la invalidez del acto nulo, el cual lo sigue siendo por sí, dada la imposibilidad de convalidación por consentimiento o por cualquier otro medio. Dicho de otro modo, **si no se recurre en plazo el acto nulo, éste producirá sus efectos propios, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior** (...)”*

De lo expuesto a lo largo del presente se concluye que: *i)* las tierras ancestrales de posesión o propiedad comunitaria son inalienables; por lo tanto, no son tierras sin dueño y en consecuencia no son parte del patrimonio de tierras rurales estatales que la autoridad agraria nacional pueda adjudicar a particulares; *ii)* la revisión de oficio es una potestad que compete a la máxima autoridad, se limita a los actos administrativos nulos que hubieren causado estado en vía administrativa; y, *iii)* las controversias cuyo objeto se refiera a la posesión o dominio de tierras rurales en general y entre comunidades y particulares, que se produzcan o detecten durante la sustanciación de los procedimientos administrativos a cargo del MAG, o después de ejecutados los actos administrativos de adjudicación, mediante su inscripción en el registro, compete resolver a los jueces de lo

²³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, pag. 619.

civil, siendo deber de la autoridad administrativa remitir de oficio los respectivos expedientes.

Finalmente, se observa que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁴, cuyo numeral 1 contiene las reglas de solución de antinomias, prevé que “*Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior*”; y sus numerales 4 y 5 se refieren a las interpretaciones evolutiva y sistemática previendo, en su orden, que “*Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales*”, y que “*deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de las preguntas primera y tercera se concluye que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, en los procedimientos administrativos que le corresponde sustanciar en calidad de autoridad agraria nacional, tiene competencia para resolver las peticiones, reclamos y recursos planteados al amparo de los artículos 128, 129 y 130 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, inclusive los propuestos por comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas. En el caso de oposición a la adjudicación a particulares que formulen las comunas, fundamentadas en títulos de dominio o posesión de tierras ancestrales no delimitadas previamente, la autoridad administrativa debe remitir los antecedentes a los jueces de lo civil, de conformidad con la Disposición General Décima de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales y los artículos 709, 1698 y 1699 del Código Civil, 11 de la Ley de Registro y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Respecto de la segunda interrogante se concluye que, al tenor del artículo 105, 132 y 218 del Código Orgánico Administrativo, la revisión de oficio es una potestad de la máxima autoridad de la respectiva entidad que se limita a los actos administrativos nulos que hubieren causado estado; por lo tanto, respecto de una adjudicación efectuada, la revisión de oficio se podrá ejercer siempre que dicho acto administrativo hubiere causado estado en vía administrativa.

Finalmente, respecto de la cuarta cuestión se concluye que, de acuerdo con el principio de plurinacionalidad establecido por la letra a) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, que por ser posterior prevalece respecto de la Ley de Organización Jurídica de las Comunas y del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, los términos comuna y comunidad son genéricos y pueden ser entendidos como sinónimos, mientras que el término comuna indígena constituye una especie.

²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, de 22 de octubre de 2009.

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,



Firmado electrónicamente por:
RODRIGO IVÁN
CONSTANTINE
SAMBRANO

Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Lic. Marco Guatemal
SECRETARIO DE GESTIÓN Y DESARROLLO DE PUEBLOS Y NACIONALIDADES

Arq. Humberto Plaza Arguello
MINISTRO DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA

Oficio No. 07730

Quito, D.M., 10 JUL 2024

Licenciado

Héctor Ubaldo Vergara Riofrío.

LIQUIDADOR

BANCO NACIONAL DE FOMENTO, EN LIQUIDACIÓN

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficios Nos. BNFL-DL-2024-0145-O y BNFL-DL-2024-0146-O, de 22 y 23 de abril de 2024, ingresados el 22 y 23 de abril de 2024, el primero en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado y el segundo ingresado físicamente, se consultó:

“¿Son aplicables al Banco Nacional de Fomento, en Liquidación, entidad financiera pública en liquidación, los incisos 3 y 4 del artículo 32 y la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de las Actividades Turísticas y Fomento del Empleo, que reformaron el artículo 277 del Código Orgánico Administrativo?, considerando que el proceso liquidatorio de esta Entidad, concluye en el año 2029?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

De los oficios remitidos y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 06580 y 06851, de 29 de abril y 15 de mayo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió a la Superintendencia de Bancos que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. Con oficio No. BNFL-DL-2024-0184-O, de 29 de mayo de 2024, ingresado al día siguiente en el correo institucional de la Procuraduría, el liquidador del Banco Nacional de Fomento en Liquidación (en adelante “BNFL”) insistió en la consulta formulada.

1.3. El traslado efectuado por la Procuraduría a la Superintendencia de Bancos fue atendido por la Intendente Nacional Jurídico de ese organismo de control, mediante oficio No. SB-INJ-2024-0041-O, de 4 de junio de 2024, ingresado el mismo día al correo único institucional de esta entidad.

1.4. El informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. BNFL-UPTJ-2024-0299-M, de 17 de abril de 2024, suscrito por la Responsable de Patrocinio y Trámites Judiciales del BNFL, citó antecedentes sobre la resolución de liquidación voluntaria¹ del Banco Nacional de Fomento, su aprobación por la Superintendencia de Bancos y consecuente retiro de los certificados de operatividad.

¹ Liquidación dispuesta mediante Decreto Ejecutivo No. 952 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 718 de 23 de marzo de 2016, y aprobada por la Superintendencia de Bancos mediante Resolución No. SB-2016-324, de 8 de mayo del mismo año por la que, adicionalmente, dispuso el retiro de los certificados de operatividad.

Agregó el informe jurídico, también como antecedente, que *“IV. Mediante Resolución Nro. 569-2020-F de 22 de marzo de 2020, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, facultó a las entidades financieras públicas y privadas la refinanciación, reestructuración y/o novación de las operaciones de crédito, derivadas de las obligaciones crediticias con sus clientes”*. Adicionalmente indica que, sobre dicha resolución, el BNFL efectuó varias consultas a la Superintendencia de Bancos y recibió las correspondientes respuestas, que constan como anexos². Así, en oficio No. SB-DL-2020-0217-O, de 9 de junio de 2020, dicho organismo de control concluyó que:

“[...] el Banco Nacional de Fomento, en Liquidación, no puede aplicar las normas contenidas en la Resolución 569-2020-F, dictada por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en lo concerniente a refinanciar, reestructurar, o novar operaciones propias o compradas a otras entidades financieras, toda vez que las operaciones contenidas en el artículo 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero solo la pueden realizar la banca abierta.”

Respecto del tema materia de la consulta formulada a la Procuraduría, el informe jurídico del BNFL citó los artículos 82, 226, 227 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante, “CRE”), 6, 143, 160, 161, 307, 309, 312, 364 y 365 del Código Orgánico Monetario Financiero⁴ (en adelante, “COMF”); 277 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); 15 de la Ley Orgánica para la Reestructuración de Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores⁶ (en adelante, “LORED”); la Disposición Transitoria Vigésimo Segunda de la Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal⁷ (en adelante, “LOFP”); y la Disposición General Quinta de Ley Orgánica de Fomento de las Actividades Turísticas y Fomento del Empleo⁸ (en adelante, “LOFATFE”). Sobre dicha base manifestó y concluyó lo siguiente:

“III. ANÁLISIS y CONCLUSIÓN

(...)

*Como es de su conocimiento, el Banco Nacional de Fomento es actualmente una institución en proceso de liquidación voluntaria, por razones de intereses público, por tanto, no cuenta con certificados o autorizaciones de operatividad, de manera que **no puede efectuar operaciones financieras de banca abierta, entre estas, novación, refinanciamiento y reestructuración**, en tal sentido se encuentra obligada a gestionar los cobros directamente de las obligaciones contraídas a través de la vía coactiva. (Énfasis añadido)*

² Oficios Nos. BNFL-DL-2020-0137-O, de 24 de marzo de 2020, y BNFL-DL-2020-0182-O, de 30 de abril de 2020; y respuestas contenidas en oficios Nos. SB-DL-2020-0217-O, de 9 de junio de 2020 y SB-DL-2021-0515-O, de 7 de diciembre de 2021.

³ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 29 de julio de 2008.

⁴ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

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

⁶ LORED, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 986, de 18 de abril de 2017.

⁷ LOFP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309, de 21 de agosto de 2018.

⁸ LOFATFE, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309, de 21 de agosto de 2018.

07730

Banco Nacional de Fomento en Liquidación
0004966-2024
Página. 3

El mecanismo de reestructuración y condonación de las deudas fue producto de la aplicación de los cuerpos legales referidos en los numerales II.VI y II.VII, ut supra⁹, que expresamente lo dispusieron por los plazos establecidos en sus respectivas normas.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero, es atribución del Liquidador velar por los intereses de su representada durante el proceso de liquidación, estableciendo entre otros, los mecanismos más idóneos para la recuperación de la cartera adquirida, a fin de asegurar la mejor postura del status financiero de la misma. (énfasis añadido)

Sin perjuicio de aquello, los incisos tercero y cuarto del artículo 32 y la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de las Actividades Turísticas y Fomento del Empleo, reforman el Art. 277 del Código Orgánico Administrativo (COA), proponiendo procedimientos y/o mecanismos para que los deudores obtengan alivios financieros para la solución de sus obligaciones en los siguientes términos:

1.- Las entidades financieras públicas, incluidas las que otorgan créditos hipotecarios, pudieran establecer propios plazos máximos de conformidad con la normativa interna que emitan para el efecto, es decir plazos superiores a los dos años establecidos para el efecto.

2.- Se podrá considerar un periodo de gracia mínimo de 12 meses.

3.- A petición del cliente y, análisis caso por caso, generar un mecanismo extraordinario, específico y simplificado de alivio financiero para la solución de obligaciones a establecimientos con operaciones con procesos coactivos en curso con deudas de hasta un millón de dólares americanos permitiendo acogerse a plazos acorde al flujo financiero de cada negocio.

Facultades que están dirigidas a las instituciones financieras operativas abiertas incluidas aquellas que confieren créditos hipotecarios que pueden reestructurar, refinanciar y renovar las obligaciones de los deudores de sus respectivas entidades, cuyo plazo de duración es indefinido.

En este sentido, la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de las Actividades Turísticas y Fomento del Empleo no confiere facultades expresas y específicas a las instituciones financieras públicas en liquidación para que, por fuera de los parámetros contenidos en la precitada ley puedan negociar con los deudores los planes de alivio financiero. (énfasis añadido)

Pues, es preciso recalcar que Banco Nacional de Fomento, de conformidad con lo previsto en la LEY ORGÁNICA PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS DEUDAS DE LA BANCA PÚBLICA, BANCA CERRADA Y GESTIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL Y RÉGIMEN DE VALORES tiene una vigencia hasta el año 2029 plazo hasta el cual debe ejercer las facultades de cobro asignadas.”

⁹ Los numerales II.VI y II.VII del informe jurídico se refieren a los artículos 15 de la LORED y la Disposición Transitoria Vigésimo Segunda de la LOFP.

1.5. Por su parte, el informe jurídico de la Superintendencia de Bancos, sobre la base de los mismos antecedentes y normas invocadas por el BNFL, manifiesta y concluye:

“Al respecto, BNFL es una entidad en proceso de Liquidación, cuyo plazo para ejercer las facultades de cobro asignadas de conformidad con la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, tiene vigencia hasta el año 2029, a través de su Liquidador designado.

Consecuentemente, por tratarse de una entidad en Liquidación, vendrá a su conocimiento, que no cuenta con certificados de operatividad por lo que no puede efectuar operaciones financieras segregadas a la banca abierta, como son la novación, refinanciamiento y reestructuración, entre otras, los cuales le fueron retirados por esta Superintendencia con Resolución Nro. SB-2016-324 de 08 de mayo de 2016, además, considerando que el mecanismo de reestructuración y condonación de las deudas fue aplicado por BNFL por expreso mandato de la citada Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores; Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y la Modernización de la Gestión Financiera; y, Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, en este sentido, está obligado a gestionar los cobros directamente de las obligaciones contraídas a través de la vía coactiva y facultado tan solo a reestructurar operaciones propias o compradas a otras entidades financieras de conformidad con los cuerpos legales invocados; en consecuencia, las referidas operaciones financieras de acuerdo con el artículo 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero, únicamente, las pueden realizar las entidades autorizadas de la banca abierta, que cuentan con los certificados de operatividad pertinentes.

Bajo este contexto, teniendo como antecedente los criterios emitidos por la Dirección de Liquidaciones de este Organismo de control en los oficios antes descritos, así como, el criterio vertido al Liquidador del BNFL en el mencionado informe: Memorando Nro. BNFL-UPTJ-2024-0299-M por la Unidad de Patrocinio y Trámites Judiciales de la entidad, en función de lo que contempla expresamente el artículo 32 y la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de las Actividades Turísticas y Fomento del Empleo, antes transcritos, cuya aplicabilidad ha sido consultada por dicho Liquidador a la Procuraduría General del Estado y a su vez por ésta última a la Superintendencia de Bancos, se considera que dichas disposiciones, en su orden, al hacer referencia en su contenido a ‘entidades financieras públicas, incluidas las que otorgan créditos hipotecarios’ e ‘Instituciones del Sistema Financiero Nacional Público’, es decir, instituciones operativas abiertas, no le serían aplicables a entidades financieras en Liquidación, como es el caso del BNFL.” (Énfasis añadido)

1.6 De los informes jurídicos previamente citados se observa que difieren. Así, el BNFL considera que la reforma introducida al artículo 277 del COA, por la LOFATFE, no faculta en forma expresa a las instituciones financieras públicas en liquidación para negociar con sus deudores “planes de alivio financiero”.

Por su parte, la Superintendencia de Bancos considera que las facilidades de pago, inclusive en el contexto de procedimientos coactivos, constituirían operaciones financieras que, de acuerdo con el artículo 194 del COMF, pueden realizar únicamente las entidades financieras abiertas.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Régimen jurídico aplicable a las entidades financieras públicas en liquidación; *ii)* Procedimiento coactivo reglado por el COA.

2.1. Régimen jurídico aplicable a las entidades financieras públicas en liquidación. -

De acuerdo con el artículo 309 de la CRE, el “*sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público*”; similar previsión consta en el artículo 160 del COMF.

Adicionalmente, respecto al Sector Financiero Público, el artículo 310 de la CRE establece que:

“tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.” (Énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 161 del COMF señala que el sector financiero público se compone por bancos y corporaciones que, según el artículo 365 *ibidem*, se constituyen como personas jurídicas de derecho público, con autonomía administrativa, financiera y presupuestaria que, respecto a sus actividades y servicios financieros, se rigen por ese código, las regulaciones que emitan la Junta de Política y Regulación Financiera, los organismos de control, sus respectivos directorios y las aplicables a las instituciones financieras, previéndose que “*en lo demás, aplicarán la legislación que rige a las instituciones públicas*”.

Las operaciones activas¹⁰, pasivas, contingentes y servicios que las entidades financieras del sector público y privado pueden realizar constan descritas por el artículo 194 del COMF, cuyo primer inciso las condiciona a “*la autorización que le otorgue el respectivo organismo de control*”. El penúltimo inciso *ibidem* confiere a la Junta de Política y Regulación Financiera competencia para definir las acciones que comprenden las operaciones determinadas en ese artículo.

Por otra parte, las causales de liquidación voluntaria de las entidades del sistema financiero constan en el artículo 301 del COMF, cuyo inciso final, respecto de las entidades del sector financiero público, prevé que “*se liquidarán también por razones de interés público dispuestas por el Presidente de la República*”; similar previsión consta en el artículo 364 *ibidem*, que dispone:

¹⁰ Según esa norma, son operaciones activas, por ejemplo: otorgar préstamos hipotecarios, prendarios, quirografarios y cualquier otra modalidad de préstamos que autorice la Junta; negociar títulos valores, documentos que representen obligación de pago, documentos resultantes de operaciones de comercio exterior; adquirir, conservar y enajenar, por cuenta propia o de terceros, títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas y por el Banco Central del Ecuador, entre otras.

“Art. 364.- Liquidación. El Presidente de la República mediante decreto ejecutivo, por razones de interés público, podrá disponer el cierre de las entidades del sector financiero público. Como consecuencia del cierre dispuesto se procederá a su liquidación voluntaria de acuerdo con las disposiciones de este Código”.

De conformidad con el artículo 307 del COMF, la resolución de liquidación contiene, según los numerales 2, 3 y 5, la revocatoria de las autorizaciones para realizar actividades financieras, el retiro de los permisos de funcionamiento y la designación del liquidador. Por su parte, el numeral 4 de la norma en análisis prevé que el “*El plazo para la liquidación que será de hasta tres (3) años, pudiendo ser prorrogado por dos (2) años, previa solicitud debidamente sustentada por el liquidador y autorizada por el Superintendente*”.

En tal contexto, según el artículo 312 corresponde al liquidador, “*efectuar todas las actividades conducentes a realizar los activos de la entidad financiera en liquidación, con el fin de cancelar los pasivos existentes. Para el efecto, el liquidador ejercerá la jurisdicción coactiva*”. Adicionalmente, según la misma norma, son funciones del liquidador, entre otras, las siguientes:

“7. *Cobrar y percibir el importe de los créditos de la entidad y los saldos adeudados por los accionistas, otorgando los correspondientes recibos o finiquitos;*

(...)

13. *Negociar o rebajar de las deudas malas o dudosas y transigir sobre reclamaciones contra la entidad*”. (Énfasis añadido)

Adicionalmente, de conformidad con el ya mencionado artículo 312 ibidem, el organismo de control puede determinar “*funciones adicionales que deba cumplir el liquidador*”, previendo que, en calidad de representante legal de la entidad financiera en liquidación, el liquidador será el constituyente de un fideicomiso mercantil de administración, al que se transferirán los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieren ser liquidados de acuerdo con lo dispuesto en ese artículo. Según el inciso final del mismo artículo “*El liquidador no podrá realizar nuevas actividades financieras relativas al objeto social de la entidad (...)*” (énfasis añadido).

Respecto del fiduciario, el mismo artículo 312 del COMF prevé que para la banca pública será la Corporación Financiera Nacional B.P.; y, con relación al objeto del fideicomiso dispone que será el de “*enajenar los remanentes y pagar a los acreedores de la entidad en liquidación de acuerdo al orden de prelación establecido en este Código*”; adicionalmente, esa norma también confiere al fiduciario jurisdicción coactiva “*para la recuperación de las obligaciones pendientes de pago*”.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la actividad de las instituciones financieras públicas se orienta al incremento de la productividad y competitividad de los sectores productivos, y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía; *ii)* respecto de sus actividades y servicios financieros, las entidades financieras públicas se rigen por el COMF, las regulaciones que emitan la Junta de Política y Regulación Financiera y la Superintendencia de Bancos como organismo de control, el directorio de la respectiva entidad. En las demás materias, a las entidades financieras públicas se les aplica la legislación que rige para las instituciones públicas, según lo prevé el artículo 365 del COMF; *iii)* según el artículo 312 del COMF, una entidad financiera pública en liquidación no puede realizar “*nuevas actividades*” financieras de banca abierta, previstas por el artículo 194 del COMF; *iv)* vencido el plazo dispuesto para la la

liquidación de la institución financiera corresponderá al liquidador constituir un fideicomiso mercantil; y, vi) tanto el liquidador como el fiduciario de la entidad financiera pública en liquidación cuentan con potestad coactiva para la recuperación de las obligaciones pendientes de pago.

2.2. Procedimiento coactivo reglado por el COA. -

El numeral 9 del artículo 42 del COA, al establecer su ámbito material de aplicación, dispone que se aplica a la ejecución coactiva; y, el último inciso del citado artículo determina que "(...) para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código"; y, respecto de lo anterior, artículo 261 ibidem señala que: "Las entidades del sector público son titulares de la potestad de ejecución coactiva cuando esté previsto en la ley".

En cuanto se refiere al ámbito subjetivo de aplicación del COA, el primer inciso de su artículo 43 incluye "a los órganos y entidades que integran el sector público, de conformidad con la Constitución".

El procedimiento coactivo es un procedimiento administrativo especial que se rige por el Título II "Procedimiento de Ejecución Coactiva" del Libro III "Procedimientos Especiales" del COA, al que las administraciones a las que la ley confiere expresamente dicha potestad pueden recurrir para el cobro de obligaciones patrimoniales.

Al desarrollar el procedimiento coactivo, el artículo 274 del COA, ubicado en la Sección II "Facilidades de Pago" del Capítulo II "Fase preliminar y Facilidades de Pago" prevé que, a partir de la notificación con el requerimiento de pago voluntario, el deudor puede solicitar a la administración acreedora la concesión de facilidades de pago de la obligación. El segundo inciso del mismo artículo establece que "Las facilidades de pago pueden solicitarse hasta antes de la fecha de inicio de la etapa de remate de los bienes embargados", es decir, que tal facultad del deudor se puede ejercer inclusive en la fase de ejecución coactiva.

El artículo 277 del COA, reformado por la LOFATFE, al que se refiere la consulta, también está ubicado en la Sección II, y regula las "facilidades de pago" que el deudor puede solicitar a la entidad pública acreedora en el procedimiento coactivo.

En tal contexto, corresponde considerar que el artículo 275 del COA establece los requisitos que debe cumplir la petición de facilidades de pago, y el artículo 276 ibidem, señala las restricciones que impiden a la administración acreedora otorgar dichas facilidades al deudor. Según el artículo 278 del COA, compete a la entidad acreedora examinar la petición de facilidades de pago presentada por el deudor, y resolver sobre ella, aceptándola o negándola motivadamente, según corresponda.

Por su parte, el artículo 277 del COA, al que se refiere la consulta, faculta la concesión de facilidades de pago e impone al deudor el deber de otorgar una garantía en beneficio de la entidad acreedora, que cubra capital, intereses y multas, permitiendo que el saldo de la obligación no pagada de contado se pueda cancelar en cuotas periódicas, en hasta veinte y cuatro meses de plazo, siendo ésta la previsión general relacionada al plazo máximo para el pago por el deudor a quien se le otorguen facilidades de pago en un procedimiento coactivo.

Mientras que, para el caso de las entidades financieras públicas, los incisos tercero y cuarto del mismo artículo 277 del COA, en el contexto de las facilidades de pago que los deudores pueden

solicitar en los procedimientos coactivos, les facultan a establecer “sus propios plazos máximos” así como periodos de gracia para el pago de la primera cuota por el deudor, y al efecto disponen:

“Las entidades financieras públicas, incluidas las que otorgan créditos hipotecarios, podrán no atender el plazo máximo establecido en el segundo inciso; pudiendo establecer sus propios plazos máximos de conformidad con la normativa interna que emitan para el efecto, la cual deberá considerar al menos estudios técnicos, financieros y de riesgos. Asimismo, podrán establecer periodos de gracia, los cuales consisten en aplazar el pago de la primera cuota sin perjuicio de la generación de los intereses que correspondan.

Las facilidades de pago derivadas de créditos concedidos por desarrollo productivo de los sectores agrícola, pecuario, silvícola, pesquero artesanal y acuícola, podrán considerar un periodo de gracia mínimo de 12 meses” (énfasis añadido).

Conforme se desprende del tenor de la norma transcrita, la facultad de las entidades financieras públicas de establecer plazos máximos para otorgar facilidades de pago, distintos del plazo general de 24 meses previsto en el inciso segundo del artículo 277 del COA, está sujeta a la realización de estudios técnicos, financieros y de riegos, que justifiquen la emisión de normativa interna que permita establecer plazos distintos.

Adicionalmente, si bien el cuarto inciso del artículo 277 del COA alude en su texto a las entidades que otorgan créditos, ello debe entenderse como un ejemplo, pues considerando el contexto normativo se observa que la norma está claramente referida a la materia que regula, que es la concesión de facilidades de pago a los deudores de las entidades financieras públicas, en los procedimientos coactivos, que tienen por finalidad hacer efectivo el cobro de obligaciones preexistentes y vencidas por parte de dichas entidades.

Finalmente, es oportuno considerar que de conformidad con el artículo 1665 del Código Civil¹¹ dispone que “La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación (...).

Del análisis efectuado se desprende que las facilidades de pago, en el contexto del procedimiento coactivo, se limitan al otorgamiento de plazo para efectuar el pago de una obligación preexistente y vencida, de tal manera que el deudor pueda pagarla en cuotas, siendo exigible además que el deudor otorgue en beneficio de la entidad acreedora garantías que aseguren el pago total de la obligación en el plazo otorgado.

Es decir que, en el procedimiento coactivo las facilidades de pago se refieren, únicamente, al plazo que la entidad financiera acreedora está facultada a otorgar al deudor, sin que puedan modificarse de ninguna forma las demás condiciones de la obligación preexistente cuyo cobro se pretende realizar, tanto más si el liquidador de una entidad financiera en liquidación tiene prohibido efectuar “nuevas actividades financieras relativas al objeto social de la entidad”, en los términos del artículo 312 del COMF.

Finalmente, es oportuno considerar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece las reglas de interpretación constitucional y ordinaria, incluye en sus numerales 5 y 6 a la interpretación sistemática y teleológica que, en su orden, consisten en que “Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto

¹¹ Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46, de 24 de junio de 2005.

general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”, y “a partir de los fines que persigue el texto normativo”. (Énfasis añadido)

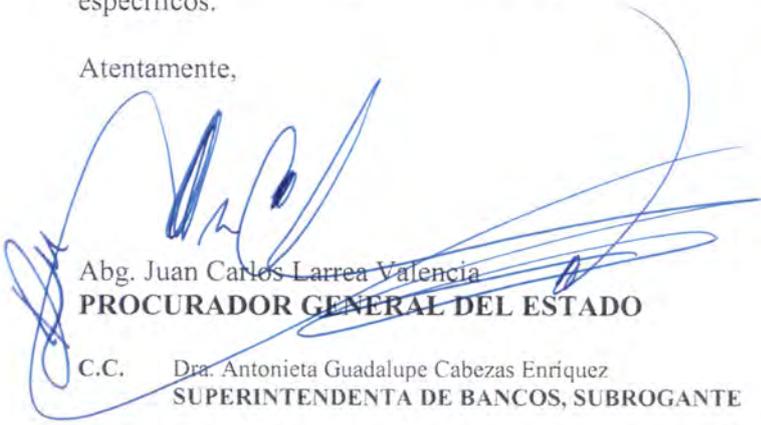
Del análisis efectuado en el presente se desprende que: *i)* el BNFL es una entidad financiera pública sujeta en materia financiera al COMF. En las demás materias, se rige por las normas aplicables a las entidades que integran el sector público; *ii)* el procedimiento coactivo está regulado por el COA, y es aplicable por las entidades públicas a las que la ley confiere coactiva para el cobro de sus créditos, como es el caso de las entidades financieras públicas, incluidas aquellas que se encuentran en liquidación; *iii)* a partir de la declaratoria de liquidación y retiro de certificados de funcionamiento, las entidades financieras públicas en liquidación no pueden realizar nuevas operaciones financieras sujetas al COMF, pero deben efectuar el cobro de su cartera preexistente y al efecto están autorizadas a realizar dicho cobro inclusive mediante coactiva; *iv)* las facilidades de pago, a las que se refiere el artículo 277 reformado del COA se aplican en el contexto del procedimiento coactivo, y por tanto su finalidad es otorgar un plazo para facilitar el cobro de obligaciones preexistentes de las que la entidad sea acreedora. La mera ampliación de plazo no implica novación; por tanto, las facilidades de pago no constituyen nuevas operaciones financieras; y, *v)* los incisos tercero y cuarto del artículo 277 reformado del COA se refieren en forma general a las instituciones financieras públicas, en tanto son titulares de potestad coactiva, sin que el legislador hubiere efectuado distinción alguna que limite o impida su aplicación a alguna especie de éstas, entre ellas las que se encuentren en liquidación.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el procedimiento coactivo se rige por el COA, por lo que los incisos tercero y cuarto del artículo 277 reformado de ese código son aplicables a todas las instituciones financieras públicas sin distinción, y, por tanto, también a aquellas que se encuentran en liquidación, cuyos liquidadores son titulares de potestad coactiva para el cobro de acreencias, según el artículo 312 del COMF, y, en tal contexto, pueden otorgar facilidades de pago a los deudores con la finalidad de obtener el cobro de obligaciones preexistentes.

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. Dra. Antonieta Guadalupe Cabezas Enríquez
SUPERINTENDENTA DE BANCOS, SUBROGANTE

Oficio No. • **07744**

Quito, DM, **10 JUL 2024**

Coronel
Milton Fabian López Torres
COMANDANTE GENERAL
CUERPO DE BOMBEROS DE IBARRA
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. 136-CBI-CG-2024, de 21 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 29 de mayo de 2024, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿De conformidad con el Art. 93 y numeral 7 del Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden las entidades contratantes requerir la terminación de mutuo acuerdo del contrato administrativo sin mediar circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito; y si el contratista no accede proseguir con la terminación unilateral del contrato administrativo que constituye ley para las partes?”

2.- ¿De conformidad con el último inciso del Art. 93 de la LOSNCP, en una terminación de mutuo acuerdo del contrato administrativo, se debe entender que la prohibición de celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista, es exclusivo para el objeto de contratación que se termina de mutuo acuerdo, o es de manera general para futuras contrataciones que tengan que ver con el objeto de contratación relacionado con el código CPC (clasificador central de productos) con el mismo proveedor?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1 El informe jurídico No. 008-AJ-CBI-2024, sin fecha, suscrito por la Asesora Jurídica del Cuerpo de Bomberos de Ibarra (en adelante, “CB de Ibarra”), citó los artículos 82 y 237 de la de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 3, 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante, “LOPGE”); 5, numeral 9.2 del artículo 6, 9, 93, numeral 7 del artículo 94 de la Ley

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

² LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, “LOSNCP”); 1.1 del Reglamento General a la LOSNCP (en adelante, “RGLOSNCP”); 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante, “COA”); 1561 del Código Civil⁵ (en adelante, “CC”); Sentencias de la Corte Constitucional (en adelante, “CC”) No. 002-09-SAN-CC⁶, de 02 de abril de 2009, Sentencia No. 2403-19-EP/22⁷, de 12 de enero de 2022, Sentencia No. 2246-17-EP/22⁸, de 14 de septiembre de 2022, Sentencia No. 2052-17-EP/22, de 11 de mayo de 2022; pronunciamiento contenido en el oficio No. 05160, de 09 de enero de 2024; con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“2.3. Análisis jurídico de cada una de las consultas a formularse al señor Procurador General del Estado.

(...)

Pronunciamiento del Abogado de la institución:

Es importante partir del hecho que el contrato administrativo es ley para las partes, en los términos del Art. 1561 del Código Civil Ecuatoriano: ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’.

Por lo tanto, una vez suscrito y formalizado se debe garantizar la ejecución plena del mismo, siendo esto uno de los objetivos prioritarios del Estado en materia de Contratación Pública, conforme la siguiente norma de la LOSNCP:

(...)

Por su parte, el Art. 5 de la LOSNCP, también corrobora el hecho que debe garantizarse la debida ejecución del contrato: ‘Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a esta 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’.

Por lo tanto, la entidad contratante, no podría por simple voluntad de la máxima autoridad o su delegado requerir al contratista, la terminación de mutuo acuerdo, sin que medie alguna de las siguientes causales, las cuales deben, obligatoriamente estar debidamente justificadas y razonadas:

- *circunstancias imprevistas;*

³ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁵ CC, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶ Sentencia No. 002-09-SAN-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

⁷ Sentencia No. 2403-19-EP/22, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 5 de 17 de febrero de 2022.

⁸ Sentencia No. 2246-17-EP/22, publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 123 de 22 de noviembre de 2022.

07744

CUERPO DE BOMBEROS DE IBARRA
0004912-2024
Página. 3

- *circunstancias técnicas;*
- *circunstancias económicas; y,*
- *causas de fuerza mayor o caso fortuito.*

En caso de no lograr justificar estas causales el requerimiento de la máxima autoridad o su delegado se convierte en el ejercicio del poder arbitrario en los términos del Art. 18 del Código Orgánico Administrativo:

(...)

Al haber norma jurídica clara y previa, es indispensable que la misma sea aplicada literalmente por la máxima autoridad o su delegado, a efectos de respetar el derecho constitucional a la seguridad jurídica y lo previsto en el Art. 22 del Código Orgánico Administrativo:

(...)

Incluso en caso de proceder con una eventual terminación unilateral del contrato administrativo, conforme el numeral 7 del Art. 94 de la LOSNCP, debe entenderse que dicha posibilidad constituye un acto discrecional de la Administración Pública, por consiguiente se deberá aplicar estrictamente lo previsto en el siguiente numeral del Art. 6 de la LOSNCP:

(...)

Por más que exista cambio de autoridades administrativas, de conformidad con el segundo inciso del Art. 22 del Código Orgánico Administrativo, existe la obligación de ser respetuosos con las decisiones tomadas con anterioridad. En este sentido, la doctrina nacional, luego de analizar la jurisprudencia sobre el derecho a la seguridad jurídica en materia de Contratación Pública, y sobre la proposición de terminar de mutuo acuerdo los contratos suscritos que fueron heredados de administraciones anteriores, determina lo siguiente:

2.10. Seguridad jurídica contractual

Esta jurisprudencia es directamente vinculante para todos los casos de Contratación Pública, sobre todo desde la perspectiva que el contrato es ley para las partes, y debe ser respetado por los sujetos de la relación contractual (entidad contratante y contratista). Es decir, no puede terminarse de manera arbitraria por parte de la institución pública.

*Al menos en aquellas instituciones que son de carácter político, como por ejemplo los GADs Municipales, Provinciales y otros similares, cuando se dan cambio de autoridades, en varias ocasiones, se ha visto que al poco tiempo de posesionarse las nuevas autoridades ordenan **arbitrariamente***

que se finalicen todos los contratos que estén en curso y que hayan sido heredados de la administración anterior, vulnerando los derechos inherentes al contratista y atropellando la seguridad jurídica analizada.

(...)

Incluso ya hay un pronunciamiento vinculante del Procurador General del Estado, que en términos similares se determinó lo siguiente: '(...) si se celebra el contrato y existen vicios en las actuaciones previas o en el acto administrativo de adjudicación del contrato, atribuibles a la entidad contratante, esto no autoriza la terminación unilateral del contrato, pero podría generar responsabilidades para los servidores públicos involucrados, cuya determinación corresponde a la Contraloría General del Estado (...)'. (Oficio PGE No. 05160, de fecha 09 de enero de 2024).

En conclusión, las máximas autoridades o sus delegados, previo a requerir formalmente a los contratistas la terminación de mutuo acuerdo, deberán justificar motivada y razonadamente cualquiera de las causales previstas en el Art. 93 de la LOSNCP, so pena de incurrir en una actuación arbitraria conforme el Art. 18 del Código Orgánico Administrativo.

2.3.2. Segunda consulta

(...)

Pronunciamiento del Abogado de la Institución:

Una vez que la entidad contratante y el contrato han terminado por mutuo acuerdo el contrato administrativo, en los términos del Art. 93 de la LOSNCP, surge la inquietud de cómo interpretar y cómo aplicar en la práctica el último inciso del mencionado artículo que dice: 'Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista'.

*Para la interpretación de este inciso del Art. 93 de la LOSNCP, se recurre al método de interpretación **teleológico**, por cuanto debe entenderse el espíritu jurídico de la norma, logrando entender la intención de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, cuando el expedir la LOSNCP el 04 de agosto de 2.008, qué fue lo que realmente quiso regular al momento de redactar esta norma específica, que es materia de análisis.*

Para ello, debe concebirse que un proyecto público no puede quedar inconcluso, si durante la ejecución del proyecto surge alguna causal para terminarlo de mutuo acuerdo, y las partes acceden con las formalidades del caso, la entidad contratante tiene la obligación de culminar la ejecución del objeto de contratación que falta, para ello deberá actualizar los estudios previos y generar una nueva contratación por lo que falta para ejecutar el objeto de contratación.

En este caso específico es cuando cobra valor lo establecido en el último inciso del Art. 93 de la LOSNCP, no tiene lógica jurídica que se vuelva a contratar con el mismo contratista con quien se terminó por mutuo acuerdo, se hubiera continuado con la ejecución del contrato administrativo con el mismo contratista.

Por lo tanto, no puede concebirse la idea que, si a futuro la entidad contratante, requiere volver a contratar el mismo objeto de contratación con el mismo código CPC pero en un proyecto diferente, no se pueda hacerlo con el proveedor que alguna vez se terminó de mutuo acuerdo el mismo objeto de contratación pero en un proyecto diferente.

Con todos estos argumentos, se concluye que el último inciso del Art. 93 de la LOSNCP, debe ser concebido exclusivamente para el objeto de contratación que se terminó por mutuo acuerdo, más no para futuras contrataciones que impliquen la ejecución del mismo objeto de contratación que tenga el mismo código central de productos (CPC)."

1.2 De lo expuesto se observa que, con relación a las consultas formuladas, la consultante manifiesta sobre la primera consulta que, previo a la terminación de mutuo acuerdo de un contrato, se deben justificar las causales previstas en el artículo 93 de la LOSNCP y, en el caso de que el contratista no acceda a terminar de mutuo acuerdo, se podría terminar el contrato unilateralmente. Sobre la segunda consulta concluyó que la limitación para contratar con los contratistas que terminaron un contrato de mutuo acuerdo se refiere exclusivamente al objeto contractual y no al código CPC.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas, estas serán atendidas de manera conjunta.

El artículo 4 de la LOSNCP dispone que para la aplicación de referida ley y de los contratos que de ella deriven *"se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional"* (el énfasis me corresponde).

Según el artículo 5 ibidem, los contratos sometidos a la LOSNCP se interpretarán y ejecutarán conforme los principios arriba mencionados *"tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato"* (el énfasis me corresponde).

En relación con la primera consulta, el numeral 2 del artículo 92 de la LOSNCP permite terminar un contrato *"Por mutuo acuerdo de las partes"*. En este sentido, el primer inciso del artículo 93 ibidem señala que *"Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las"*

obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren” (el énfasis me corresponde).

Por su parte, el tercer inciso del artículo 55 de la LOSNCP establece una limitación para la terminación de mutuo acuerdo en los contratos por obra por contratación integral por precio fijo. Así, en estos contratos la terminación por mutuo acuerdo procederá únicamente por “(...) **causas de fuerza mayor o caso fortuito** aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. **No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas**” (el énfasis me corresponde).

El procedimiento para terminar contratos por mutuo acuerdo se encuentra previsto en el artículo 308 del RGLOSNC, el cual indica que cualquiera de las partes “(...) **podrán solicitar la terminación por mutuo acuerdo, explicando fundamentada y técnicamente las causas para dicha solicitud**” (el énfasis me corresponde). El segundo inciso del referido artículo establece que una vez determinada la causa para terminar el contrato por mutuo acuerdo “el administrador del contrato elaborará el respectivo informe **que será autorizado por la máxima autoridad de la entidad contratante** (...)”, y las partes suscribirán “(...) el documento correspondiente que avale dicha determinación **como un acuerdo de terminación, en el cual manifiesten su voluntad de extinguir la totalidad o parte de las obligaciones contractuales**” (el énfasis me corresponde).

Al efecto, el primer inciso del artículo 309 del RGLOSNC, determina los contenidos del “Acuerdo de terminación por mutuo”, y dispone:

*“Este acuerdo contendrá los antecedentes, las circunstancias o causas que motivan y justifican la terminación, la **liquidación técnica, económica y de plazos**, la determinación de las obligaciones que fueron cumplidas y de las que se finiquitan, estado de ejecución contractual, devolución de garantías, si fuere necesario, indicación expresa que las partes se liberan de cualquier obligación presente y futura que nazca de esa contratación; y, **otras circunstancia que se estime conveniente**”* (el énfasis me corresponde).

En esta línea de ideas, con relación a una consulta planteada por el Ministerio de Salud Pública, sobre el límite de multas y la voluntad administrativa de terminar un contrato por mutuo acuerdo, el Procurador General del Estado, en Pronunciamiento contenido en el oficio No. 02513⁹, concluyó:

*“Del análisis efectuado se observa que, tratándose de contratos incursos en los casos previstos por el artículo 93 de la LOSNCP, **para que opere la terminación por mutuo acuerdo, independientemente de cuál de las partes hubiera iniciado el procedimiento** (a petición del contratista o de oficio por la entidad*

⁹ Oficio No. 02513 de 30 de enero de 2019, publicado en el Registro Oficial No. 436 de 26 de febrero de 2019.

contratante), corresponde a la entidad contratante el impulso así como la calificación de la causa legal que justifique la terminación por mutuo acuerdo

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que las multas por retardo o incumplimiento de obligaciones contractuales, previstas por el artículo 71 de la LOSNCP, tratándose de terminación por mutuo acuerdo, se deben calcular hasta la fecha en que documentadamente se evidencie en el expediente de contratación al que se refiere el artículo 70 de esa ley, la calificación de la existencia y conformidad con la causa de terminación por mutuo acuerdo por parte del órgano competente de la entidad contratante, de entre las establecidas en el artículo 93 de esa ley, en concordancia con lo previsto en el artículo 22 del COA, que establece que los administrados no pueden ser perjudicados por los errores u omisiones de la administración pública” (el énfasis me corresponde).

Por otra parte, cuando la entidad contratante solicita la terminación por mutuo y el contratista no accede a la terminación del contrato, el numeral 7 y el inciso final del artículo 94 de la LOSNCP le permiten a la entidad contratante declarar la terminación unilateral del contrato, bajo las consideraciones que la norma prevé:

“7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato” (el énfasis me corresponde).

Sobre la materia de la segunda consulta, el inciso final del artículo 93 de la LOSNCP establece que una vez que opera la terminación de mutuo “Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista” (el énfasis me corresponde). Así, en similares palabras, el artículo 307 del RGLOSNCNP indica que “La entidad contratante no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista incluso en el caso de terminación parcial de las obligaciones”.

En este sentido, sobre el objeto de contratación, el numeral 2 del artículo 43 del RGLOSNCNP establece que el Plan Anual de Contratación (en adelante, “PAC”) debe

incluir la **“Descripción detallada del objeto de contratación que guarde concordancia con el código del clasificador central de productos, CPC; para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse”** (el énfasis me corresponde). En este sentido, desde la elaboración del PAC el objeto de contratación debe guardar concordancia con el Clasificador Central de Productos (en adelante, “CPC”), con la finalidad de identificar los bienes, servicios u obras a contratarse.

La definición del CPC se encuentra en el numeral 8 de Glosario Anexo a la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134¹⁰ que contiene la **“Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-”** (en adelante, **“Normativa Secundaria del SNCP”**), el cual establece:

“8. Clasificador Central de Productos (CPC).- Clasificación codificada que incluye categorías para todo lo que pueda ser objeto de transacción (nacional o internacional) o que pueda almacenarse y que es el resultado de las actividades económicas realizadas en las industrias. Comprende bienes transportables y no transportables, así como servicios y activos tangibles e intangibles. Esta clasificación guarda consistencia con la generada por la División de Estadísticas de la Organización de las Naciones Unidas, y la Clasificación Nacional Publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)” (el énfasis me corresponde).

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 49 de la Normativa Secundaria del SNCP señala que:

“Las entidades contratantes sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la elaboración y publicación del Plan Anual de Contratación en el portal COMPRASPÚBLICAS, elegirán un código CPC de nueve (9) dígitos para los bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría que programarán contratar en el ejercicio fiscal correspondiente” (el énfasis me corresponde).

Por lo antes expuesto, se puede inferir que existe una relación directa entre el objeto de contratación, la selección del código CPC, y la elaboración del PAC.

Así, el segundo inciso del artículo 48 del RGLOSNCOP, establece:

“La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado.” (el énfasis me corresponde).

¹⁰ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

Al efecto, la Normativa Secundaria del SNCP, en su artículo 52 establece que para la “*Correcta definición del objeto de contratación*”, es necesario que:

“El área requirente, en uso de las herramientas informáticas del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, deberá seleccionar el código del Clasificador Central de Productos -CPC que se relacione al objeto de la contratación, y garantizará que no se excluya arbitrariamente a proveedores por el uso erróneo de un CPC específico o la omisión en el uso de un CPC cuando éste se encuentre oculto dentro de la descripción de las especificaciones técnicas o términos de referencia del procedimiento de contratación.

Cuando un procedimiento de contratación incluya la adquisición de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, simultáneamente, el CPC escogido por la entidad deberá ser aquel que represente el mayor porcentaje del presupuesto referencial, en función del estudio de mercado realizado por la entidad contratante” (el énfasis me corresponde).

De lo cual se desprende: *i)* el artículo 55 y 93 de la LOSNCP señalan que las causales para la terminación de mutuo acuerdo del contrato son únicamente las circunstancias imprevistas técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito (siendo esta última la única causa válida para terminar por mutuo los contratos de obra por contratación integral por precio fijo); *ii)* la terminación por mutuo acuerdo permite concluir las obligaciones contractuales de forma total o parcial; *iii)* el objeto contractual guarda relación directa con el código CPC y el área requirente de la entidad contratante debe seleccionar el código del CPC que se relacione al objeto de la contratación; y, *iv)* la entidad contratante, una vez ejecutada la terminación por mutuo acuerdo, no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 48 de su Reglamento General y 52 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública - SNCP, las entidades contratantes pueden terminar de mutuo acuerdo el contrato administrativo, siempre que medien las circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito establecidas en la ley. En caso de que el contratista no acceda a terminar por mutuo acuerdo el contrato, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato (tomando en consideración las circunstancias previstas en el artículo 93 ibidem).

Respecto de la segunda consulta, el último inciso del artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 307 de su Reglamento prohíben expresamente y exclusivamente la contratación –con el mismo contratista– sobre igual objeto respecto del cual se terminó por mutuo acuerdo un contrato.

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

Oficio No. **07763**

Quito, D.M., **11 JUL 2024**

Máster
Andrés Xavier Fantoni Baldeón
PRESIDENTE
CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CPCCS-CPCCS-2024-0110-OF, de 07 de marzo de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, la Presidenta del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de la época, formuló las siguientes consultas:

“¿Las o los Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social pueden postularse para otro cargo de elección popular diferente, por conclusión de sus funciones en virtud de la renuncia presentada a su cargo, de forma previa a la inscripción de su candidatura de conformidad con el artículo 93 inciso segundo de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia?”

¿Es jurídicamente procedente interpretar que la prohibición establecida en el artículo innumerado cuarto después del artículo 35 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, no es aplicable a los Consejeros y Consejeras que no han concluido el periodo para el cual fueron designados por haber renunciado previamente?”

¿Es jurídicamente procedente interpretar que la prohibición establecida en el artículo innumerado cuarto después del artículo 35 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es aplicable cuando los Consejeros y Consejeras han concluido el periodo para el cual fueron designados?”

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 oficio No. 06010, de 13 de marzo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Consejo Nacional Electoral (en adelante, “CNE”), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta; requerimiento que fue atendido por el Secretario General del CNE con oficio No. CNE-SG-2024-1470-OF, de 28 de marzo de 2024, ingresado en este organismo el 1 de abril de 2024, al que se adjuntó el criterio jurídico de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica del CNE contenido en memorando No. CNE-DNAJ-2024-0493-M, de 27 de marzo de 2024.

1.2. El informe jurídico sin número y sin fecha, adjunto al memorando No. CPCCS-CGAJ-2024-0175-M, de 7 de marzo de 2024, suscritos por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante, “CPCCS”), citó en lo principal, los artículos 1, innumerado cuarto a continuación del artículo 35 (derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana¹ (en adelante, “Ley Reformatoria LOCPCCS”), y 46 de la Ley Orgánica del CPCCS² (en adelante, “LOCPCCS”); 4 y 93, segundo inciso, de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia³ (en adelante, “LOE”); y, 14 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante, “COA”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III ANÁLISIS (sic)

De los antecedentes y base normativa expuesta, se desprende que el artículo 35 (sic) de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (LOCPCCS) establece una prohibición para que los Consejeros de Participación Ciudadana y Control Social, puedan participar en las elecciones siguientes para la legislatura y la presidencia de la República, una vez que concluyan su período; por otro lado, el legislador reguló en el segundo párrafo del artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia (en adelante, Código de la Democracia), la posibilidad de que una autoridad de elección popular, como los Consejeros y Consejeras, puedan postularse para otro cargo de elección popular diferente, estableciendo como único requisito la renuncia previa a la inscripción de su candidatura. (Énfasis añadido).

Es decir, existe una antinomia normativa, por un lado, lo que una norma prohíbe (Art. 4 (sic) innumerado luego del Art. 35 de la LOCPCCS) otra norma permite (segundo inciso del Art. 93 del Código de la Democracia) estableciendo simplemente el requisito de renunciar.

Para el caso que nos ocupa, vemos que al tratarse de normas de igual jerarquía (leyes orgánicas) se puede establecer una interpretación respecto de interpretación por la especialidad o la materia. (...)

En virtud de lo descrito se desprende que el Código de la Democracia es la norma que regula de forma explícita los procedimientos electorales, principalmente los ‘derechos de participación política electoral’ de las personas, siendo por lo tanto esta la norma especial y por la materia que regula las reglas y limitaciones de participación ciudadana en procesos electorales.

En virtud de lo antes mencionado, es jurídicamente procedente señalar que es esta norma que por la especialidad y la materia, respecto al ámbito de procesos de participación

¹ Ley Reformatoria LOCPCCS, publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 584 de 21 de junio de 2024.

² LOCPCCS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de 9 de septiembre de 2009.

³ LOE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 578, de 27 de abril de 2009.

⁴ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

electoral, podría imponerse en caso de conflicto con otra norma, tal como sucede ahora con la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Por otro lado, sin perjuicio de lo anterior, es importante examinar la interpretación legalmente precisa del cuarto inciso (sic) innumerado después del artículo 35 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por cuanto existe ambigüedad del término 'concluyan', planteando dos enfoques: el primero se basa en la definición lingüística del verbo, argumentando que el legislador podría haber utilizado 'cesación' para abarcar todas las formas de finalización del cargo. El segundo enfoque analiza las acepciones del verbo 'concluir' según la Real Academia Española, destacando la diferencia entre la acepción transitiva y la intransitiva.

La discusión se centra en determinar si 'concluir' abarca todas las formas de finalización del cargo o solo la finalización del período establecido. Se considera que la ambigüedad puede llevar a dos interpretaciones: la primera, restrictiva, aplicaría la prohibición en todos los casos de finalización; la segunda interpretación establecería que la prohibición solo aplica al término del período designado.

(...)

IV CONCLUSIÓN

Existe una antinomia entre los artículos 93 segundo inciso del Código de la Democracia y el 35 (sic) de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. En lo que refiere, de forma respectiva, a la posibilidad de que una autoridad de elección popular, como las y los Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, puedan postularse para otro cargo de elección popular diferente, estableciendo como único requisito la renuncia previa a la inscripción de su candidatura; o, que las y los Consejeros del CPCCS una vez que concluya el período para el cual fueron designados no podrán participar como candidatos en la inmediata elección seccional, para assembleístas y/o subsiguiente elección presidencial, a menos que renuncien previamente y no concluyan el período para el cual fueron designados". (Énfasis añadido).

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del CNE, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 219, 226, y 427 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante, "CRE"); 25 de la LOE; y, 3 del Código Civil⁶ (en adelante, "CC"); con base en lo cual analizó y concluyó:

Con relación a la primera consulta:

"Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, (sic) establece los requisitos y prohibiciones para la presentación de candidaturas por parte de una organización política. El artículo 93 de la referida norma, determina que los dignatarios de elección popular que se postulen

⁵ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ CC, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

para un cargo diferente deben necesariamente presentar su renuncia al cargo que desempeñan, antes de inscribir su candidatura.

*En razón de lo manifestado, si un Consejero del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se postula para otro cargo de elección popular, deberá observar las normas antes citadas, por lo tanto, **debe cumplir todos los requisitos establecidos y no encontrarse inmerso en ninguna de las prohibiciones determinadas en la Constitución y la ley, al momento de presentar la inscripción de su candidatura**". (Énfasis añadido).*

Con relación a la segunda y tercera consulta, de manera conjunta, manifiesta:

"Una vez realizado el análisis de la normativa citada, se establece que el Consejo Nacional Electoral, no está facultado para realizar la interpretación de la norma, ya que no forma parte de las competencias de este órgano electoral.

*En tal virtud, en observancia de las disposiciones constitucionales, **el artículo innumerado cuarto siguiente al artículo 35 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, deberá ser aplicado en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República del Ecuador, y que favorezca a la plena vigencia de los derechos**". (Énfasis añadido).*

1.4. De lo expuesto se observa que, con relación a las consultas formuladas, el CPCCS manifiesta que existe una antinomia relacionada con la prohibición para que los consejeros electos puedan participar en los siguientes procesos electorales, prevista en la LOCPCCS; y, la posibilidad que tienen los dignatarios de elección popular para postularse para un cargo diferente, presentando previamente su renuncia según el artículo 93 de la LOE, considerando en su análisis que la LOE prevalece por un criterio de especialidad y materia.

Por su parte, el CNE agrega que los consejeros que se postulen para otro cargo de elección popular deberán cumplir todos los requisitos y no incurrir en las prohibiciones previstas en la CRE y la Ley al momento de presentar sus candidaturas, debiendo considerar, para la interpretación de los artículos consultados, el sentido que más se ajuste a la CRE, y favorezca la plena vigencia de los derechos.

2. Análisis. -

El objeto y ámbito de aplicación de la LOCPCCS (según su artículo 1) es *"la organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de acuerdo con la Constitución de la República y la ley"*. Al respecto, prevé que el CPCCS *"promueve e incentiva el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsa y establece los mecanismos de control social; y la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley"*.

Concordante, el artículo 3 de la LOCPCCS señala que el CPCCS es *"un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa"* que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social.

La LOCPCCS, en el Título III “*PROCESO DE CONFORMACIÓN Y RÉGIMEN DE ELECCIONES DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL*”⁷, en su artículo 19⁸, respecto de la conformación del CPCCS señala que, se integra por siete consejeros principales y siete suplentes, “*elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto, conforme al régimen de elecciones establecido en esta Ley*” quienes “*ejercerán sus funciones durante un periodo de cuatro años*”.

En el mismo título, el artículo innumerado segundo⁹, agregado a continuación del artículo 35 de la LOCPCCS, contempla que el CNE “*reglamentará los aspectos que sean necesarios para la ejecución del régimen electoral contenido en esta Ley, que incluirá entre otros aspectos, plazos, procedimientos y participación de los ecuatorianos en el exterior*”. Así, esa norma prevé que la LOE “*será aplicable en la elección de consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social exclusivamente en aquello que no contravenga las disposiciones de esta Ley y el régimen de elecciones establecido para el efecto*” (énfasis añadido).

El Título IV “*ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL*” de la LOCPCCS, en su artículo 37, establece que “*El Pleno del Consejo se integrará por las siete Consejeras y Consejeros principales, quienes serán sustituidos en caso de ausencia temporal o definitiva por las Consejeras o Consejeros suplentes, legalmente elegidos*”.

En ese orden de ideas, el artículo 46 *ibidem* establece los casos en los que los consejeros del CPCCS cesan en sus funciones, así:

“*Las consejeras y consejeros cesarán en sus funciones por:*

1. Muerte.
2. **Por terminación del periodo para el cual fueron designados.**
3. **Por renuncia;** y,
4. *Por censura y destitución mediante juicio político instaurado por la Asamblea Nacional debido al incumplimiento de sus responsabilidades o por haber incurrido en una o varias de las prohibiciones establecidas en la Constitución y la ley, durante el ejercicio de sus funciones.*
5. *Por revocatoria del mandato*” (énfasis añadido).

Por su parte, el inciso primero del artículo 18 de la LOE establece que la Función Electoral “*garantiza el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía*”. Dicha Función está conformada por el CNE y el Tribunal Contencioso Electoral.

⁷ Nombre del Título III, sustituido por el Art. 1 de la Ley Reformatoria a la LOCPCCS, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 207 de 23 de marzo de 2018.

⁸ Artículo 19 sustituido por el art. 2 de la Ley Reformatoria a la LOCPCCS, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 207 de 23 de marzo de 2018.

⁹ Artículo innumerado agregado por el Art. 12 de la Ley Reformatoria a la LOCPCCS.

Al respecto, el número 23¹⁰ del artículo 25 *ibidem*, establece como una de las funciones del CNE:

“Organizar y conducir la verificación de requisitos con postulación, veeduría e impugnación para definir la lista de las candidatas y candidatos, y organizar las correspondientes elecciones a consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que serán elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto, conforme con las disposiciones de la Ley que regula su organización y funcionamiento y demás disposiciones reglamentarias que se dicten para el efecto” (énfasis añadido).

La LOE, en el Capítulo VII “DEL SUFRAGIO”, en la Sección III “PRESENTACIÓN DE CANDIDATURAS POR PARTE DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS”, concretamente en el primer inciso de su artículo 93, señala que “A toda elección precederá la proclamación y solicitud de inscripción de candidaturas por las organizaciones políticas y su calificación a cargo de la autoridad electoral competente”, y que, para tal efecto, “las candidatas y candidatos deberán reunir los requisitos y no encontrarse comprendidos en las prohibiciones determinadas en la Constitución de la República y en la ley”.

El segundo inciso del referido artículo 93 de la LOE, también materia de sus consultas, establece que:

“Los dignatarios de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan antes de presentar la solicitud de inscripción de su candidatura. Los dignatarios que opten por la reelección inmediata al mismo cargo deberán hacer uso de licencia sin remuneración desde el inicio de la campaña electoral” (énfasis añadido).

Finalmente, el artículo 340 de la LOE prevé, en su inciso primero, que “Durante el ejercicio de sus funciones no podrán afiliarse o adherirse permanentemente a una organización política”, entre otros, los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En este contexto, es importante considerar que el número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹¹ (en adelante, “LOGJCC”), en armonía con el número 1 del artículo 18 del CC, prevén que: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal”. De igual forma, el número 5 del artículo 3 de la LOGJCC añade que las normas jurídicas deben ser entendidas “a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.

De lo manifestado se desprende que: i) la LOCPCCS establece que los consejeros que conforman el CPCCS serán elegidos por sufragio universal, conforme su régimen de elecciones; ii) el segundo artículo innumerado a continuación del 35 de la LOCPCCS, establece que el CNE reglamentará el régimen electoral previsto en esa ley, además permite

¹⁰ Sustituido por la Disposición Reformativa de la Ley Reformativa a la LOCPCCS, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 207 de 23 de marzo de 2018.

¹¹ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

la remisión normativa a la LOE en la elección de los Consejeros del CPCCS, en todo lo que no contravenga la LOCPCCS; *iii*) el artículo innumerado cuarto a continuación del artículo 35 de la LOCPCCS ha sido derogado por la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana; *iv*) se establece como causales de cesación de funciones de los Consejeros del CPCCS el haber incurrido en las prohibiciones establecidas en la Constitución y la Ley así como la renuncia; y, *v*) el segundo inciso del referido artículo 93 de la LOE señala que las autoridades de elección popular que se postulan para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan antes de presentar la solicitud de inscripción de su candidatura.

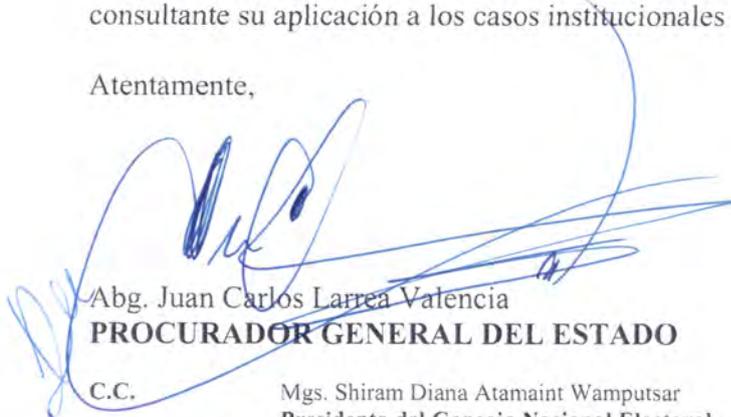
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta, se concluye que, de conformidad con el artículo innumerado segundo agregado después del artículo 35 y el artículo 46 de la LOCPCCS, así como con el artículo 93 de la LOE, Código de la Democracia, cuando un Consejero de Participación Ciudadana y Control Social electo decide postularse como candidato para un cargo distinto al que fue elegido, debe presentar su renuncia a dicho cargo antes de inscribir su nueva candidatura.

En relación a la segunda y tercera consulta, en virtud de que el artículo innumerado cuarto posterior al artículo 35 de la LOCPCCS (el cual motivaba las referidas consultas ha sido derogado por la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, no procede que esta Procuraduría emita un pronunciamiento al respecto.

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.

Mgs. Shiram Diana Atamaint Wamputsar
Presidenta del Consejo Nacional Electoral

Oficio No. **07851**

Quito, D.M., **16 JUL 2024**

Ingeniero
Luis Alfredo Gárate Sanmartín
GERENTE GENERAL
EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA (UCUENCA-EP)
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. EP-UC-GG-2024-0101-O, de 26 de abril de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“1. En los contratos de consultoría, de acuerdo al artículo 155 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Norma 403-08 de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado ¿Es obligación que el consultor o firma consultora justifique la totalidad de sus costos directos e indirectos de la oferta con documentos como facturas, roles de pago de personal, comprobantes de venta o similares?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1.** El informe jurídico contenido en el memorando No. EP-UC-DJ-2024-0095-M, de 26 de abril de 2024, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Pública de la Universidad de Cuenca (en adelante, “*UCUENCA EP*”), citó los artículos, número 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, “*CRE*”); 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante, “*LOSNCP*”) 1561 del Código Civil (en adelante, “*CC*”); 155 del Reglamento General a la LOSNCP² (en adelante, “*RGLOSNCP*”); acápite 403-08 del Acuerdo No. 004-CG-2023, que contiene las “Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos”³ (en adelante, “*Normas de Control Interno*”) y, cláusula 7.2 de las Condiciones Particulares de los Contratos de Consultoría de los Modelos de Pliegos⁴ publicados por el SERCOP; con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

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

² RGLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

³ Normas de Control Interno, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

⁴ PLIEGOS, expedido el 6 de febrero de 2017; https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/consultoria

"Antecedentes:

(...)

El artículo 155 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece cuáles son los costos de un proyecto de consultoría que los consultores o firmas consultoras pueden incorporar en su oferta económica. En esta norma, no se determina la obligatoriedad, ni se asume de manera implícita, que los consultores o firmas consultoras deban presentar y justificar los costos directos e indirectos de su oferta para los pagos contractuales o para la liquidación económica, porque de haberlo pretendido, la Presidencia de la República, desde el año 2009 que se emitió el primer Reglamento de la LOSNCP, lo hubiese establecido expresamente en algún articulado o inciso. (Énfasis añadido).

La Norma 403-08, referente al Control Previo al Pago 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 públicos', no establece como obligación que los contratistas (consultores o firmas consultoras) deban presentar obligatoriamente los justificativos de los costos directos e indirectos, sino únicamente se limita a determinar que los pagos deberán estar justificados y comprobados con los documentos respectivos, esto es, que se haya cumplido con el alcance y objeto del contrato previo el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legalmente exigibles. Sin embargo, esta norma ha sido utilizada por las entidades contratantes y las unidades o direcciones financieras para sustentar sus requerimientos de presentar la totalidad de los costos directos e indirectos, lo cual no prevé la referida norma, existiendo por tanto un conflicto en la interpretación, alcance y aplicación de la Norma 403-08 en contraste con el artículo 155 del RGLOSNCPP y los modelos obligatorios de los contratos de consultoría emitidos por el SERCOP. (el énfasis me corresponde).

Criterio jurídico sobre la consulta

a) Identificación y análisis de la discrepancia sobre la necesidad u obligatoriedad de presentar los justificativos de los costos directos e indirectos de la oferta económica de los consultores o firmas consultoras en contratos de consultoría.

Como es de su conocimiento, los formularios de oferta económica para procedimientos de consultoría contienen los costos directos e indirectos que se deben considerar para determinar el valor total de la oferta, la cual, en caso de ser calificada, será negociada y posteriormente adjudicada, en ese caso se obtendrá el valor total del contrato de consultoría.

*En la etapa precontractual, los oferentes/consultores elaboran su oferta económica en la que se encuentra la tabla de **costos directos e indirectos**, la cual se basa en el personal técnico, equipos y demás recursos en función del alcance de los servicios y del número de meses que haya requerido la entidad contratante. (El énfasis corresponde al texto original).*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la LOSNCP, '(...) una vez calificadas las ofertas técnicas, se procederá a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación según el procedimiento que se determine en el Reglamento.'. El numeral 5 del artículo 41 de la LOSNCP, establece que uno de los criterios de selección de la consultoría es la 'Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría.', lo cual otorga relevancia a la composición de la oferta económica; sin embargo, este artículo no refiere obligación alguna de justificar con documentos comprobatorios los componentes de la oferta económica en la ejecución contractual.

El modelo obligatorio de los contratos de consultoría publicado en el portal institucional del SERCOP, Condiciones Particulares de los Contratos de Consultoría, en su cláusula 7.2, establece que la forma de pago del valor total del contrato se lo puede realizar contra entrega del o los informes o productos, sin que se encuentre determinada la obligación de que el consultor o firma consultora tenga que presentar o justificar la totalidad de los componentes de los costos directos e indirectos de su oferta:

"7.2. El valor restante del contrato, esto es, (establecer el porcentaje en letras) por ciento (%), se lo hará mediante un solo pago o varios pagos contra entrega del o de los respectivos informes, final, parcial o por producto; o, cualquier otra forma permitida por la ley y determinada por la entidad contratante (establecer la forma aquí)."

*Como conclusión se tiene que, el valor total o precio del contrato de consultoría se paga en función de la entrega y aprobación de los productos de la consultoría determinados en los **Términos de Referencia** y en la **cláusula correspondiente del contrato**; y, de acuerdo al modelo obligatorio de las Condiciones Particulares del Contrato de Consultoría publicado en el portal institucional del SERCOP, no existe norma jurídica alguna que obligue o determine la obligatoriedad de que el consultor o firma consultora deba presentar y justificar la totalidad de la composición de los costos directos e indirectos de su oferta. Tampoco existe norma jurídica o cláusula alguna que faculte a la entidad contratante a retener o descontar los valores que el consultor o firma consultora no presente o no justifique de su oferta económica. (énfasis añadido).*

La Norma 403-08 de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, tampoco establece la obligatoriedad de presentar y justificar los costos directos e indirectos de la oferta económica.

Los contratos de consultoría no se pagan por reembolso de gastos, esa forma de pago no se encuentra establecida en el artículo 155 del RGLOSNC, tampoco lo previó el SERCOP en el modelo obligatorio de las Condiciones Particulares de los Contratos de Consultoría, ni se ha identificado norma alguna similar. Por el contrario, el Mandato Constituyente 8 prohíbe la tercerización e intermediación laboral, lo cual implica que, el personal técnico y recursos que emplee el consultor o firma consultora para el cumplimiento del contrato, no pueden ser observados como gastos reembolsables, pues se estaría incurriendo en la prohibición del Mandato mencionado.

b) Posición institucional

*Con los antecedentes expuestos, esta Dirección Jurídica sostiene la posición y el criterio jurídico, que el artículo 155 del RGLOSNC y la Norma 403-08 de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado **no presentan en su contenido y aplicación un alcance que pueda interpretarse como una obligación de presentar y justificar la totalidad de los costos directos e indirectos de la oferta económica en los contratos de consultoría.** (Énfasis añadido).*

*Este criterio jurídico tiene sustento principalmente en el derecho constitucional al trabajo establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República y en el principio *lex inter partes* establecido en el artículo 1561 del Código Civil.*

Adicionalmente, las entidades contratantes, deberán adecuar su actuación administrativa al principio de legalidad y juridicidad, que, al no existir norma previa que obligue al consultor a justificar la totalidad de los costos directos e indirectos de su oferta, no se puede exigir”.

- 1.2. A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficios No. 06593 y 06594, de 30 de abril de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”) y a la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta; realizando además una insistencia al SERCOP con oficio No. 06872, de 16 de mayo de 2024.
- 1.3. Los requerimientos realizados por este organismo a la CGE y SERCOP fueron atendidos en su orden: *i)* por la Directora Nacional Jurídica de la CGE, mediante oficio No. 201-DNJ-2024, de 7 de mayo de 2024, ingresado en este organismo el día siguiente; y, *ii)* por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0161-OF, de 27 de junio de 2024 ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el día siguiente.

- 1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la CGE citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 211, 212, 226 y 237 de la CRE; 7, numeral 22 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante, “*LOCGE*”); 156, número 4 del artículo 159, 164 y 256 del RGLOSNC; apartado NTP 14 “*DEVENGADO*” de la Normativa Técnica del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas - SINFIP⁶ (en adelante, “*Normativa Técnica de Finanzas Públicas*”); y, número 2 del artículo 11 del Reglamento Sustitutivo de Suscripción de Documentos de la Contraloría General del Estado⁷ (en adelante, “*Reglamento Sustitutivo de Suscripción de Documentos*”); con base en lo que analizó y concluyó:

“(…)

Sobre la base de los antecedentes y base legal invocada por la Empresa Pública de la Universidad de Cuenca (UCUENCA EP), es importante tomar en cuenta que las dos normas en análisis difieren de sus alcances y connotaciones, pero no son contradictorias, ya que el artículo 155 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula los componentes con el artículo 49 numeral 3 del mismo Reglamento, el cual ordena que se determine el presupuesto referencial de las contrataciones de consultoría, de acuerdo al citado artículo 155; dicho de otra forma, la aplicación tanto del artículo 155 como del artículo 49 del invocado reglamento se ubica en la fase preparatoria de la contratación. (énfasis añadido).

De acuerdo a los artículos 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 156, 159 numeral 4, y, 164 de su Reglamento de aplicación, como parte de la fase precontractual de los procedimientos de consultoría, se desarrolla la etapa de negociación, en la cual se pueden realizar ajustes a la oferta técnica y económica; es decir, el presupuesto referencial inicialmente formulado en función de los costos directos e indirectos tipificados en el artículo 155 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, puede variar en función de la negociación que lleven a cabo el oferente con la entidad contratante; así como también pueden variar aspectos técnicos y contractuales; consecuentemente, en el caso de llegarse a una negociación exitosa, y según lo previsto en el artículo 256 del Reglamento ibídem, las obligaciones de cualquier orden en las que hayan pactado las partes se deberían plasmar o al menos referenciar en el correspondiente texto contractual debido a las posibles variaciones respecto a las contenidas en los documentos preparatorios y precontractuales. (énfasis añadido).

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

⁶ Normativa Técnica de Finanzas Públicas, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 381 de 29 de enero de 2021.

⁷ Reglamento Sustitutivo de Suscripción de Documentos, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 519 de 19 de agosto de 2021.



*Por su parte, la Norma de Control Interno '403-08 Control previo al pago' referida en la pregunta de la consulta formulada por el Gerente General de la Empresa Pública de la Universidad de Cuenca (UCUENCA EP), tiene su aplicación en la fase de **ejecución** contractual, específicamente en la etapa de pago, la cual establece la obligación de realizar un control previo, actividad en la que se debe observar no solo la citada norma, sino también, por su especialidad la Normativa Técnica del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas – SINFIP, expedida por el Ministerio de Finanzas con Acuerdo No. 103 de 31 de diciembre de 2020, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 381 de 29 de enero de 2021, misma que contiene el conjunto de lineamientos, directrices, procedimientos, técnicas, instrumentos y mecanismos necesarios para la gestión financiera de las entidades públicas en el marco de los distintos Componentes del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas - SINFIP, en cuya NTP 14. 'DEVENGADO', se detallan definiciones y documentación mínima para efectos del registro del devengado.*

En conclusión, corresponde a todo contratista del Estado, incluyendo a los consultores o firmas consultoras, comprobar la ejecución de la totalidad de las obligaciones pactadas en los correspondientes contratos que le sean imputables; y, es responsabilidad de las entidades contratantes, incluir como parte integrante del contrato o referirse en su texto a toda documentación o normativa que forme parte del expediente de la contratación que genere obligaciones a las partes o que estas hayan pactado a fin de que en la etapa de pago se cuente con determinaciones claras y precisas respecto de la documentación que debe ser presentada, para lo cual deberán considerarse la NTP 14 'DEVENGADO', y la Norma de Control Interno '403-08 Control previo al pago'. Es claro sin embargo que la entidad no puede en la fase de ejecución exigir más allá de lo pactado, así como garantizar el pago oportuno de las obligaciones". (Énfasis añadido).

- 1.5. Finalmente el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas señaladas por la entidad consultante citó los artículos 1, número 8 y 18 del artículo 6, número 17 del artículo 10, 23, 37, 62 y 63 de la LOSNCP; 44, 45, 49, 51, 155, 250, 251 y 252 del RGLOSNC; y, 123 del Código Orgánico Administrativo⁸ (en adelante "COA"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

"1. MARCO NORMATIVO Y ANÁLISIS JURÍDICO:

(...)

1.6. De los artículos podemos establecer que para obtener el presupuesto referencial de una consultoría es pertinente que se consideren como instrumento de determinación el estudio de costos de consultoría, que contempla los componentes de costos directos e indirectos en los que incurre la firma consultora dentro de una consultoría.

⁸ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

1.7. El artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina los criterios a través de los cuales se selecciona al consultor, criterios que están basados en aspectos de calidad y costo, es decir, que la entidad obtenga de la consultoría un servicio con las mejores condiciones técnica, financieras y legales (Art. 6 numeral 18 LOSNCP). Es por ello que, para calificar una consultoría se requiere que la oferta sea presentada en dos sobres: uno, que contendrá la oferta técnica de la que se calificará la calidad; y, el segundo, que contendrá la oferta económica, de la cual se evaluará el costo propuesto por el oferente.

1.8. En este contexto, es necesario analizar ¿qué comprende la oferta? Al respecto, esta 'propuesta es un acto jurídico, particular, unilateral, significativo, que hace el interesado a la entidad contratante en forma clara, incondicional, indubitable y escrita, ofreciendo ejecutar un contrato y acreditando su idoneidad legal, técnica y financiera y cumpliendo con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y en la Ley' (Guía Práctica de Contratación Pública, FIEL, 2024).

1.9. Por lo tanto, la oferta se entiende como una declaración del oferente en la que se acoge a las reglas y aspectos establecidos en los términos de referencia o especificaciones técnicas y demás reglas contenidas en los pliegos del procedimiento en el que propone su oferta.

1.10. El proveedor que presenta su oferta técnica y /o económica deberá contar con la capacidad legal necesaria para contratar, el proveedor no debe hallarse incurso en ninguna de las inhabilidades establecidas en los artículo 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los artículo 250, 251; y 252 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Así mismo debe contar con una capacidad técnica demostrada a base de su experiencia en el área en la cual está presentando su oferta; de igual manera deberá contar con la capacidad económica; es decir, con solvencia para afrontar las obligaciones contractuales en caso de ser adjudicado.

1.11. Dentro de la evaluación de las ofertas de consultoría, la entidad contratante evaluará primero la oferta técnica la cual deberá obtener un puntaje de al menos 70 puntos para proceder a la apertura del sobre número 2 que contiene a la oferta económica.

1.12. En lo que respecta a la oferta económica, esta deberá contener los costos de ejecución de la consultoría debidamente determinados por los costos directos e indirectos según lo dispuesto por el artículo 155 LOSNCP.

(...)



1.14. Como se aprecia de la citada norma, la Contraloría General de Estado, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que establece que la entidad de control adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda, normas de control interno que sirvan de marco básico para que las instituciones del estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control interno, ha normado que el personal designado para ordenar un pago observe algunas directrices o mecanismos de control denominado 'Control previo de pago'.

Así mismo, la referida norma, señala que se entiende por documentos justificativos y comprobatorios, y que del control realizado se dejará constancia con los nombres y cargos de las personas que lo ejecutaron.

1.15. Del alcance de la normativa expuesta, esto es, lo dispuesto en el artículo 155 del Reglamento General a la LOSNCP, y lo contemplado en la norma de control interno, se aprecia que cada una trata tiempos o procesos distintos, el primero, sobre la determinación del presupuesto referencial por parte de la entidad contratante para un procedimiento de consultoría, en el que se requiere el costeo de consultoría (con sus componentes de costos directos e indirectos), y, el segundo, el control previo de pago, a cargo del '[...] personal de las entidades que administren recursos públicos, designados para ordenar un pago, suscribir comprobantes de pago, egreso o cheques, devengar y solicitar pagos vía electrónica, entre otros', siendo que este Servicio únicamente puede pronunciarse sobre el ámbito de sus competencias legales y no sobre mecanismos de control de pagos cuya competencia es de la Contraloría General del Estado, según manda el artículo 7 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado.

1.16. No obstante lo indicado, a criterio de este Servicio, es responsabilidad de la entidad contratante la determinación de estos justificativos o comprobatorios para el pago, según lo que señalen los términos de referencia o especificaciones técnicas y que se incluyen en los pliegos y posteriormente en el contrato, y exigibles al momento de su ejecución, toda vez que los derechos y obligaciones a los que se sujeten las partes por el contrato administrativo, constituye ley para las partes, y está sujeto a control y verificación por el administrador del contrato y, del personal que realiza los pagos, de acuerdo a las directrices y verificaciones que ordena realizar de la CGE previo a los pagos.

2. PRONUNCIAMIENTO:

2.1. Del análisis efectuado en este documento, y atendiendo la consulta sobre si '¿Es obligación que el consultor o firma consultora justifique la totalidad de sus costos directos e indirectos de la oferta con documentos como facturas, roles de pago de personal, comprobantes de venta o similares?' según el artículo 155 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Norma 403-08 de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, es criterio de este Servicio, una vez revisadas las

disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normativa conexas, que no existe disposición sobre esta materia, es decir, sobre el control previo de pago, cuya regulación, definición y alcance es competencia de la Contraloría General del Estado conforme consta en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a través de las directrices de control contenidas en las Normas de Control Interno, por lo que, corresponde a dicho organismo pronunciarse al respecto.

2.2. No obstante lo indicado, a criterio de este Servicio, si la entidad contratante para efectos de pago ha requerido la determinación de estos justificativos o comprobatorios en los términos de referencia o especificaciones técnicas y que se incluyen en los pliegos y posteriormente en el contrato, y que son exigibles al momento de su ejecución, corresponde su control y verificación al administrador del contrato, y, al personal que realiza los pagos de acuerdo a las directrices de la CGE sobre control previo al pago, toda vez que los derechos y obligaciones a los que se sujetan las partes por el contrato administrativo, constituye ley para éstas (...)".

- 1.6. De lo expuesto se observa que, con relación a la consulta formulada, la UCUENCA EP manifiesta que el artículo 155 del RGLOSNCIP y la Norma de Control Interno 403-08 no obligan a los contratistas a presentar justificativos de los costos de los contratos de consultoría, para el pago. El valor total o precio del contrato de consultoría se paga en función de la entrega y aprobación de los productos de la consultoría determinados en los Términos de Referencia y en la cláusula correspondiente del contrato y no existe normativa jurídica o cláusula alguna que faculte a la entidad contratante a retener o descontar los valores que el consultor o firma consultora no presente o no justifique de su oferta económica.

Por su parte, la CGE agrega que las entidades contratantes no pueden, en la fase de ejecución contractual, incluir obligaciones no previstas en el contrato, exhortando a las entidades a incluir en el texto contractual toda la documentación que debe presentarse previo el pago de obligaciones. Recalca que las entidades contratantes deben garantizar el pago oportuno de las obligaciones. Así, el SERCOP señala que si la entidad contratante, para efectos de pago, ha requerido la presentación de estos justificativos (en los términos de referencia o especificaciones técnicas, pliegos y en el contrato), el administrador del contrato y el personal que realiza los pagos debe verificarlos, observando también las directrices de la CGE sobre control previo al pago.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos:
i) Determinación de costos en consultoría; y, ii) Control previo al pago en consultoría.

2.1. Determinación de costos en consultoría.

De conformidad con el artículo 288 de la CRE, las compras públicas deben cumplir con “*criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social*” (énfasis añadido).

El artículo 4 de la LOSNCP dispone que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven, “*se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional*”.

El número 27 del artículo 6 de la LOSNCP define al presupuesto referencial como el “*Monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual*”; que, según el inciso final del artículo 40⁹ ibidem, se determina a la fecha de inicio del proceso.

El inciso primero del artículo 23 LOSNCP, ubicado en el Título III “*DE LOS PROCEDIMIENTOS*”, Capítulo I “*NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*”, Sección I “*SOBRE LA CONTRATACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS, ADQUISICIÓN DE BIENES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS*”, establece que, antes de iniciar un procedimiento precontractual, “*de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas*”, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

El primer inciso del artículo 46 del RGLOSNCP, agrega que, previo a iniciar un procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con un “*análisis de precios unitarios -APUS- de ser el caso, presupuesto referencial y demás información necesaria para la contratación*” (énfasis añadido).

Sobre el tema que motiva la consulta, el número 3 del artículo 49 del RGLOSNCP, establece que el instrumento para determinar el presupuesto referencial para la contratación de consultoría es el “*Estudio de costos de consultoría: (...) conforme lo determina el artículo 155 de este Reglamento General*” (énfasis añadido).

⁹ LOSNCP, “Artículo 40.- Montos y tipos de contratación. - (Reformado por el Art. 8 de la Ley, s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013).- La celebración de **contratos de consultoría** se sujetará a las siguientes disposiciones:

1. **Contratación directa:** Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley;

2. **Contratación mediante lista corta:** Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; y,

3. **Contratación mediante concurso público:** Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Las disposiciones que regulen los procedimientos precontractuales señalados en los números anteriores, constarán en el Reglamento de esta Ley.

Por presupuesto referencial del contrato se entenderá aquel que haya determinado la institución, dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de inicio del proceso.” (el énfasis me corresponde).

El artículo 155 del RGLOSNCNP aclara que, para determinar “*los costos de un proyecto de consultoría*”, se tomarán en cuenta los componentes denominados “*Costos directos*”; “*Costos indirectos o gastos generales*”; y, “*Honorarios o utilidad empresarial*”, determinados de la siguiente manera:

“(…)

1. Costos directos: *Son aquellos que se generan directa y exclusivamente en función de cada trabajo de consultoría y cuyos componentes básicos son, entre otros, las remuneraciones, los beneficios o cargas sociales del equipo de trabajo, los viajes y viáticos; los subcontratos y servicios varios, arrendamientos y alquileres de vehículos, equipos e instalaciones; suministros y materiales: reproducciones, ediciones y publicaciones;*

2. Costos indirectos o gastos generales: *Son aquellos que se reconocen a consultores para atender sus gastos de carácter permanente relacionados con su organización profesional, a fin de posibilitar la oferta oportuna y eficiente de sus servicios profesionales y que no pueden imputarse a un estudio o proyecto en particular.*

Por este concepto se pueden reconocer, entre otros, los siguientes componentes:

- a. Sueldos, salarios y beneficios o cargas sociales del personal directivo y administrativo que desarrolle su actividad de manera permanente en la consultora;*
- b. Arrendamientos y alquileres o depreciación y mantenimiento y operación de instalaciones y equipos, utilizados en forma permanente para el desarrollo de sus actividades;*

3. Honorarios o utilidad empresarial: *Son aquellos que se reconoce a las personas jurídicas consultoras, exclusivamente, por el esfuerzo empresarial, así como por el riesgo y responsabilidad que asumen en la prestación del servicio de consultoría que se contrata.” (Énfasis añadido).*

El artículo 41 del RGLOSNCNP en su número 1 delimita a la fase preparatoria del procedimiento de contratación pública, siendo este “*Desde la elaboración del Plan Anual de Contratación o el levantamiento de la necesidad institucional, hasta la suscripción de la resolución de inicio*”.

Concluida la fase preparatoria del procedimiento, “*la máxima autoridad o su delegado, aprobará los documentos de la etapa preparatoria mediante resolución motivada*”; y, podrá iniciar la fase precontractual del procedimiento, “*con la publicación de la convocatoria en el Portal de COMPRASPÚBLICAS*”, según lo previsto en el primer inciso del artículo 71 del RGLOSNCNP.

El segundo inciso del artículo 5 de la LOSNCNP, y el quinto inciso del artículo 74 del RGLOSNCNP, definen a la fase precontractual del procedimiento de contratación pública,

como un “*trámite administrativo*” al cual “*(...) le serán aplicables las reglas y principios de la Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*”.

En relación con lo anterior, en la fase precontractual, la Comisión Técnica o el funcionario asignado para el efecto evalúan las ofertas y examinan “*las capacidades técnicas, económico-financieras y/o jurídicas, y la calidad según los parámetros establecidos en el pliego*” (énfasis añadido) de acuerdo con el primer inciso del artículo 85 del RGLOSNCNCP.

En este sentido, los criterios de selección para la contratación de una consultoría, previstos en el artículo 41 de la LOSNCP, establecen que los “*servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo*” (énfasis añadido), para lo cual, se presentará la oferta “*en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad y, el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo*” (énfasis añadido).

Al efecto, el artículo 156 del RGLOSNCNCP, respecto de la evaluación de las ofertas, establece que “*El proceso de evaluación, negociación y adjudicación para los procedimientos de contratación de consultoría constarán en el pliego*” (énfasis añadido).

En esta línea de ideas, el número 4 del artículo 159 ibidem señala que para la contratación de consultoría por el procedimiento de Contratación Directa, la evaluación se realizará “*Sobre la base de lo previsto en el pliego, la entidad contratante evaluará la oferta y elaborará el acta de calificación; si la misma cumple los requisitos solicitados en los pliegos (...)*” (énfasis añadido).

Por su parte, el primer inciso del artículo 161 del RGLOSNCNCP, para la contratación de consultoría mediante el procedimiento de Lista Corta, establece que los consultores invitados deberán “*(...) reunir los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas*” (énfasis añadido).

El último inciso del artículo 163 ibidem, respecto de la contratación de consultoría mediante el procedimiento de Concurso Público, señala que el SERCOP “*establecerá el contenido de los sobres 1 y 2, así como los parámetros a ser observados para la evaluación*”, debiendo considerar la definición de mejor costo en consultoría prevista en el número 19 artículo 6 de la LOSNCP.

El mejor costo en consultoría se encuentra definido en el número 19 del artículo 6 de la LOSNCP de la siguiente manera:

“Mejor Costo en Consultoría: Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el

efecto se determine en los Pliegos¹⁰ correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento” (Énfasis añadido).

Además, en relación a la evaluación de las ofertas económicas, los modelos de pliegos versión SERCOP 2.1, de 9 de junio de 2017, publicados por el SERCOP, para los procedimientos de consultoría en su “SECCIÓN I”; “FORMULARIO ÚNICO DE OFERTA”, número “1.5 OFERTA ECONÓMICA”, “(SOBRE No. 2 - para Concursos Públicos y Lista Corta)”, incluyen, en su apartado final, que los oferentes deben “**Detallar costos directos e indirectos, gastos generales y utilidad empresarial, en lo que fuere aplicable, de conformidad con el artículo 34 del Reglamento General de la LOSNCP**” (énfasis añadido). El referido artículo 34 corresponde al derogado RGLOSNC¹¹, vigente desde 2009 a junio de 2022 (en adelante, “RGLOSNC de 2009”), que regulaba la composición de los costos directos e indirectos en consultoría.

Así, según el artículo 41 de la LOSNCP, luego de concluir la selección de la oferta con el mejor costo “**se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación**” (énfasis añadido). Posteriormente, si se llega a un acuerdo de negociación se adjudicará el contrato “*conforme lo indica el artículo 32¹² de esta Ley*”.

De lo manifestado se desprende que: i) acorde al número 3 del artículo 49; y, 155 del RGLOSNC, para determinar el presupuesto referencial en consultoría, la entidad contratante realizará un “*Estudio de costos*”, que permitirá conocer los componentes de un proyecto de consultoría divididos en: Costos Directos, Costos Indirectos o gastos generales y Honorarios o Utilidad Empresarial. El estudio de costos permitirá a los funcionarios públicos entender las condiciones del mercado e identificar los criterios de evaluación que sean necesarios; y, ii) la evaluación de las ofertas se realizará de conformidad con los requisitos previstos en los pliegos, que incluyen la obligación de los oferentes de “*Detallar costos directos e indirectos, gastos generales y utilidad empresarial*” en la oferta económica de los procedimientos de Concursos Públicos y Lista Corta para consultoría.

2.2. Control previo al pago en consultoría. -

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 las autoridades competentes, considerando, para el efecto, que los servidores públicos deben ejercer únicamente las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

¹⁰ LOSNCP, Artículo 6 numeral 24 “Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública”.

¹¹ RGLOSNC de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

¹² LOSNCP, “Artículo 32.- Adjudicación.- La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, **al oferente cuya propuesta represente el mejor costo**, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.” (el énfasis me corresponde).

El artículo 1561 del CC, prevé 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”*, en tanto que el artículo 1562 ibidem prescribe que: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”*. Por su parte, el artículo 125 del COA, en relación al régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos, prevé que *“Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento específico en la materia”*.

Por tanto, conforme reitera el segundo inciso del artículo 256 del RGLOSNC, los contratos en materia de contratación pública se regulan por el ordenamiento específico de la materia, esto es, la *“Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las disposiciones de este Reglamento General, por la normativa que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil (...)”*.

En este orden de ideas, el primer inciso del artículo 256 del RGLOSNC establece que el contrato administrativo se encuentra conformado por *“(...) el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste”* (el énfasis me corresponde).

Respecto de lo anterior, el antepenúltimo inciso del artículo 56 del RGLOSNC establece que forman parte integral del pliego *“los estudios, especificaciones técnicas y **términos de referencia** referidos en esta Sección, y cualquier otra documentación que la entidad considere pertinente”* (énfasis añadido).

En este sentido, la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134¹³, que contiene la *“Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-”* (en adelante, *“Normativa Secundaria del SNCP”*), en su *“ANEXO 13”*¹⁴ incorporó el *“MODELO ÚNICO DE CONTRATO PARA PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN”*, que en su *“Cláusula Cuarta.- PRECIO DEL CONTRATO”*, número 4.1., establece que el valor del contrato guardará *“conformidad con la oferta presentada por el/la Contratista”*; y su *“Cláusula Quinta.- FORMA DE PAGO”* número 5.1, señala que la forma de pago se realizará *“conforme lo que determine la entidad contratante en observancia de la normativa vigente”* (énfasis añadido).

Las entidades contratantes deben incluir la *“Forma y condiciones de pago”* de los contratos previamente en sus Términos de Referencia, según lo determina el literal i) del número 3 del artículo 53 del RGLOSNC. Al efecto, el *“Plazo y forma de pago del contrato”* es uno de los aspectos que forma parte de los pliegos del procedimiento de

¹³ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

¹⁴ Resolución del SERCOP No. R.E-SERCOP-2023-0135, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 10 de agosto de 2023, el cual incorporó *“ANEXOS TÉCNICOS A LA RESOLUCIÓN No. RE-SERCOP2023-0134”*; entre estos el *“ANEXO 13”*

contratación de acuerdo con el número 8 del artículo 109 de la Normativa Secundaria del SNCP.

Por otra parte, las facultades de la CGE para expedir normas fueron analizadas por este organismo en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 06638, de 02 de mayo de 2024, el cual analizó y concluyó que:

"(...)

Por otro lado, de conformidad con los artículos 204, último inciso y 211 de la CRE, la CGE es un organismo público, que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, constituyéndose como el "(...) organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales (...)", siendo parte de sus funciones, además de las que determine la ley, el "Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones (...)", según el numeral 3 del artículo 212 ibidem.

(...)

De lo expuesto se observa que: i) la CGE es un organismo público de control que cuenta con la facultad de expedir normas de carácter general para el cumplimiento de sus funciones; ii) la CGE mantiene bajo su dirección el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, para regular el funcionamiento del referido sistema, y puede expedir reglamentos necesarios para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades (...)" (Énfasis añadido).

Así, las Normas de Control Interno apartado "403 TESORERÍA", acápite "403-08 Control previo al pago", materia de la consulta, establecen:

"El personal de las entidades que administren recursos públicos, designados para ordenar un pago, suscribir comprobantes de pago, egreso o cheques, devengar y solicitar pagos vía electrónica, entre otros, previamente observarán lo siguiente:

- *Todo pago corresponderá a un compromiso devengado, legalmente exigible, con excepción de los anticipos previstos en el ordenamiento legal y contratos debidamente suscritos.*
- *Los pagos que se efectúen estarán dentro de los límites de la programación de caja autorizada.*
- *Los pagos estarán debidamente justificados y comprobados con los documentos auténticos respectivos.*
- *Verificación de la existencia o no de litigios o asuntos pendientes respecto al reconocimiento total o parcial de las obligaciones a pagar.*
- *Que la transacción no haya variado respecto a la propiedad, legalidad y conformidad con el presupuesto.*

Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y por documentos comprobatorios, los que

demuestren la entrega de las obras, bienes o servicios contratados y recibidos a conformidad, previo el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles.

Del control realizado se dejará constancia con los nombres y cargos de las personas que lo ejecutaron.” (énfasis añadido).

En este sentido, el artículo 318 del RGLOSNC, que regula la recepción en consultorías, en su número 2 establece que el administrador de contrato puede emitir observaciones a los trabajos entregados por el consultor *“las cuales serán motivadas y se fundamentarán en exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los términos de referencia del respectivo proceso, con la finalidad de que opere la recepción a entera satisfacción de la entidad contratante”* (énfasis añadido). Por otra parte, el numeral 4 de la norma ibídem señala que una vez concluido el proceso de recepción, *se formalizará la recepción definitiva mediante la suscripción del acta de entrega recepción*” (énfasis añadido).

En esta línea de ideas, el primer inciso del artículo 326.1 del RGLOSNC establece que los pagos de los contratos se registrarán por la *“cláusula para la tramitación de pagos establecida en el contrato”*, y el quinto inciso de la norma ibídem, agrega que en la *“(…) tramitación y control de los pagos se observará el principio pro-administrado e informalismo previsto en la Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos”* (énfasis añadido).

Sobre el principio pro-administrado e informalismo, el numeral 6 del artículo 3 de la LOOETA, señala:

“Pro-administrado e informalismo.- En caso de duda, las normas serán interpretadas a favor de la o el administrado. Los derechos sustanciales de las y los administrados prevalecerán sobre los aspectos meramente formales, siempre y cuando estos puedan ser subsanados y no afecten derechos de terceros o el interés público, según lo determinado en la Constitución de la República” (énfasis añadido).

Finalmente, sobre las labores de control de la CGE, el artículo 88 de la LOCGE faculta al Contralor General y auditores gubernamentales *“exigir la presentación de documentos, tanto a personas naturales como jurídicas, funcionarios, ex funcionarios y terceros para fines de las labores de control (...)”* (énfasis añadido).

De lo manifestado se desprende que: *i)* el contrato administrativo de consultoría se rige por el ordenamiento jurídico contenido en la LOSNC, su reglamento y las resoluciones que emita el SERCOP; *ii)* para el control de pago se deberá observar el principio pro-administrado e informalismo previsto en la LOOETA; *iii)* las Normas de Control Interno deben aplicarse en armonía con las normas específicas de cada tipo de procedimiento de contratación y lo previsto en los contratos; *iv)* como parte de las facultades de la CGE en un proceso de control puede exigir documentación a las personas naturales, jurídicas y terceros, para fines de las labores de control; y, *v)* la entidad contratante solo puede solicitar a los contratistas aquella información y documentación que esté prevista en los contratos, pliegos, términos de referencia y, en general, la ley correspondiente, lo cual

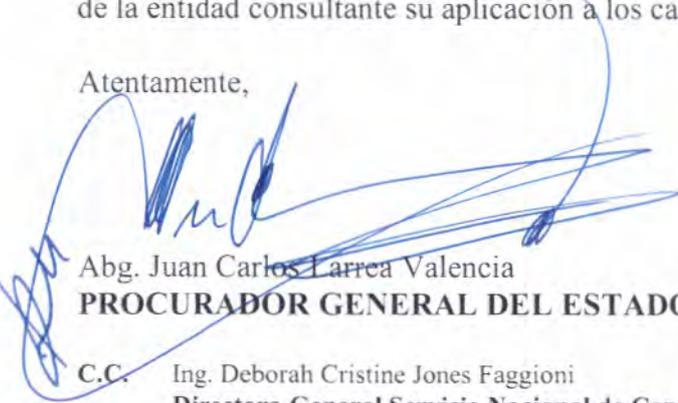
garantiza un equilibrio entre la necesidad de control y el respeto a los derechos y obligaciones de las partes contratantes con el fin de evitar el requerimiento excesivo o indebido de documentos.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, conforme los principios de legalidad, transparencia y publicidad, las entidades contratantes deben ceñirse estrictamente a lo establecido en los contratos, pliegos, términos de referencia y la ley. Esto implica que la entidad contratante únicamente puede solicitar la información y documentación prevista en el contrato, pliegos, términos de referencia y marco legal correspondiente, evitando requerimientos excesivos o indebidos de documentos. De esta manera, para proceder con el pago exclusivamente se deberá contar con la documentación determinada en los instrumentos antes indicados, garantizando así el cumplimiento oportuno de las obligaciones por parte de la entidad contratante y del contratista.

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. Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Dr. Mauricio Torres Maldonado, PhD
Contralor General del Estado (CGE)

Oficio No. **07875**

Quito, D.M., **17 JUL 2024**

Magister

Vicente Orlando Vallejo Lara

JEFE

**CUERPO DE BOMBEROS DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA**

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CBGADMR-JB-2024-247-OF, de 17 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 17 de mayo de 2024, se formuló la siguiente consulta:

“¿De conformidad con el penúltimo inciso del numeral 8 del Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es viable que una empresa pública nacional presente su oferta en consorcio o compromiso de asociación y consorcio al que hace referencia el primer inciso del Art. 26 Ibidem con una empresa pública extranjera y de esta manera pueda participar en la modalidad de régimen especial por contratación interadministrativa previstos en los artículos 199, 200 y 201 del Reglamento General de la LOSNCP?”.

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, mediante oficios No. 06903 y No. 07246, de 21 de mayo de 2024 y 12 de junio de 2024, 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; el requerimiento fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0146-OF, de 16 de junio de 2024, ingresado en este organismo al día siguiente.
- 1.2.** El informe jurídico contenido en el memorando No. CBGADMR-GAJ-2024-086-M, de 17 de mayo de 2024, suscrito por el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba (en adelante, “CB de Riobamba”), citó los artículos, 66 numeral 13 y 237 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, “CRE”); 3, y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹ (en adelante, “LOPGE”); 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en adelante, “LOEP”); 3 numerales 5 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

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

² LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

Constitucional³ (en adelante, “LOGJCC”); 2 numeral 8, 26 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, “LOSNCPP”); 199, 200 y 201 del Reglamento General a la LOSNCPP⁵ (en adelante, “RGLOSNCPP”); 43 de la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134⁶ que contiene la “Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-” (en adelante, “Normativa Secundaria del SNCP”); y, Sentencia de la Corte Constitucional (en adelante “CC”) No. 002-09-SAN-CC, de 2 de abril de 2009⁷, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“2.2. Análisis de la norma legal sometida a interpretación

(...)

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para el ahorro y la monetización de recursos económicos para el financiamiento de la lucha contra la corrupción, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 496, de fecha 09 de febrero de 2024, se restringe la participación de ofertar en consorcio o en compromiso de asociación o consorcio a las empresas públicas con proveedores privados en el régimen especial de la contratación pública, específicamente la modalidad interadministrativa a la que hace referencia el numeral 8 del Art. 2 de la LOSNCPP. (El énfasis me corresponde)

Por lo tanto, a efectos de emitir el presente informe, debe entenderse que según el espíritu jurídico de la reforma legal, no existe prohibición para presentar una oferta de contratación pública bajo régimen especial, en la modalidad de contratación interadministrativa, en asociación o compromiso de asociación o consorcio cuando sean dos o más empresas públicas nacionales o extranjeras las que participen en calidad de proveedores, porque no desnaturalizan la esencia de la contratación interadministrativa. (El énfasis me corresponde)

(...)

3. CONCLUSIONES:

- Actualmente existen dudas respecto de la participación en asociación o con compromiso de asociación o consorcio, dentro de la modalidad del régimen especial, específicamente el caso de contratación interadministrativa, entre empresas públicas nacionales o extranjeras de la misma naturaleza pública, conforme las reformas a la LOSNCPP del mes de febrero del año 2024.
- El criterio del Abogado de la institución es que **si es jurídicamente viable la participación en asociación o con compromiso de asociación o consorcio, dentro de la modalidad del régimen especial, específicamente el caso de contratación interadministrativa, entre empresas públicas nacionales o extranjeras de la misma naturaleza pública, al que hace referencia el numeral 8 del Art. 2 de la LOSNCPP.** (El énfasis me corresponde)

³ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

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

⁵ RGLOSNCPP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁶ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

⁷ Sentencia de la CC No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

- 1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 82, 226, 227, 288, numeral 12 del artículo 416, 424, 425 de la CRE; 14 del Código Orgánico Administrativo⁸ (en adelante, "COA"); 10 numerales 12 y 17 y 99 de la LOSNCP; 6, 415 y 416 de la Ley de Compañías⁹ (en adelante, "LC"); 18, 21, 23 del RGLOSNCP; 45, 46, 47 de la Normativa Secundaria del SNCP; con base en lo que analizó y concluyó:

" III. PRONUNCIAMIENTO. -

3.1. *Por los antecedentes expuestos, se concluye que el régimen especial bajo la modalidad de contratación interadministrativa establecida en el artículo 2 número 8 del RGLOSNCP, rige para las contrataciones que se realicen entre instituciones del sector público entre sí, con empresas públicas o empresas constituidas con por lo menos 50% de capital suscrito.*

3.2. *El segundo inciso de la disposición en referencia, prohíbe a las instituciones del sector público, empresas públicas o empresas constituidas con el 50% de recursos estatales, participen en la contratación interadministrativa, en asociación o consorcio o a través de los mecanismos previstos en los artículos 35 y 36 de la LOEP, con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras PRIVADAS, en cualquier porcentaje de participación. (El énfasis y subrayado pertenecen al texto original)*

3.3. *No omito indicar que no existe prohibición en la LOSNCP, el RGLOSNCP o normativa conexa que prohíba a una entidad pública asociarse con una empresa pública extranjera para ofertar en el procedimiento de contratación entre entidades públicas o sus subsidiarias bajo régimen especial establecido en el artículo 2 de la LOSNCP. Así, el artículo 199 del RGLOSNCP, es claro al señalar que se sujetarán al procedimiento establecido, las contrataciones que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas nacionales o extranjeras, o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público nacionales o de los Estados de la comunidad internacional, o las subsidiarias de estas; y las empresas entre sí. (El énfasis me corresponde)*

3.4. *Cabe manifestar que el artículo 201 del RGLOSNCP señala que para el caso de contrataciones con empresas públicas extranjeras o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público de los Estados de la comunidad internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas, en el marco de lo previsto en el artículo 416 numeral 12 de la Constitución de la República. En el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el régimen especial del artículo 2 de la LOSNCP. (El énfasis me corresponde)*

Se entiende como empresa pública extranjera o empresa cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público de los Estados de la comunidad internacional, a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas

⁸ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁹ LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.

o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la comunidad internacional, en una proporción de por lo menos el cincuenta por ciento”.

- 1.4. De lo expuesto se observa que la consultante y el SERCOP coinciden en señalar que no existe restricción para asociarse con entidades públicas extranjeras.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la presente consulta el análisis abordará los siguientes puntos: i) Pronunciamiento Previo sobre los contratos entre empresas públicas o sus subsidiarias; ii) Contrataciones con empresas públicas extranjeras; y, iii) Consorcio de empresas públicas.

2.1. Pronunciamiento Previo sobre los contratos entre empresas públicas.

De conformidad con el artículo 315 de la CRE, el Estado constituirá empresas públicas para “*la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas*”. Similar disposición contiene el artículo 4 de la LOEP.

En este sentido, los regímenes de contratación y las formas asociativas de las empresas públicas previstas en la LOEP fueron examinadas por la Procuraduría en el pronunciamiento contenido en oficio No. 05797, de 28 de febrero de 2024, en el cual se manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 34 de la LOEP, las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación, uno común y otro especial. Respecto del régimen común, el número 2 de esa norma prevé que las contrataciones “de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas”, se sujetan a la LOSNCP y su reglamento, lo que guarde armonía con el objeto y ámbito de aplicación de la LOSNCP, establecido por su artículo 1.

Por su parte, el número 3 del artículo 34 de la LOEP regula el régimen especial de contratación en las empresas públicas aplicable para los casos en que éstas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: “alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar”, esto es, aquellos que instrumentan la capacidad asociativa de las empresas públicas a los que se refiere el artículo 35 ibídem, previendo que: “será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable”, agregando que: “En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Lo mencionado es concordante con la excepción prevista en el artículo 199 del RGLOSNC (…)

De las normas citadas se observa que: i) conforme a la LOEP, las contrataciones que efectúen las empresas públicas se sujetan a dos regímenes jurídicos: el común y el especial; ii) el régimen común de contratación de las empresas públicas se rige por la LOSNCP, para las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría según su ámbito de aplicación. La LOSNCP establece un régimen especial de contrataciones interadministrativas, que se examinará en el siguiente acápite; iii) el régimen especial de contratación en las empresas públicas, en los términos de la LOEP, se aplica para los casos en que estas en ejercicio de su capacidad asociativa, hubieren suscrito alianzas estratégicas,

asociaciones, consorcios u otros de naturaleza similar, que se rigen por el convenio asociativo o contrato, en el que se establecerá los procedimientos de contratación, siendo aplicable la LOSNCP únicamente en lo no previsto en aquellos; y, iv) para contratar, las empresas públicas se sujetan al régimen especial, según la LOEP, cuando suscriben contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcio u otros similares, de conformidad con el artículo 35” (el énfasis me corresponde).

Sobre la posibilidad de asociarse entre empresas públicas nacionales con otras empresas públicas extranjeras o subsidiarias de estas, el quinto inciso del artículo 35 de la LOEP, prevé:

“No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional”.

Del pronunciamiento y normas citadas con respecto a la consulta, se desprende que: *i) las empresas públicas pueden formar consorcios con empresas públicas extranjeras o sus subsidiarias, acorde al régimen especial previsto en el artículos 34 de la LOEP; ii) según el numeral 3 del artículo 34 de la LOEP, en el caso de que las empresas públicas celebren contratos de consorcio, se someterán al procedimiento de contratación y normativa aplicable prevista en dicho contrato, y a falta de una regulación específica en el contrato, se aplicarán las disposiciones de la LOSNCP; y, iii) en los procesos de asociación entre empresas públicas nacionales con empresas públicas extranjeras, no es necesario realizar un concurso público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de la LOEP.*

2.2. Contrataciones con empresas públicas extranjeras. -

El numeral 12 del artículo 146 de la CRE, en el marco de las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional, fomenta *“un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad (...)”* (el énfasis me corresponde).

Con Decreto Ejecutivo No. 206¹⁰ se expidieron *“LAS REFORMAS REGLAMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA PARA EL AHORRO Y LA MONETIZACIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS PARA EL FINANCIAMIENTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN”*, mediante las cuales se reformaron los artículos 199, 200 y 201 del RGLOSNC, que son materia de consulta.

Al efecto, el artículo 199 del RGLOSNC, ubicado en el Título IV *“DE LOS PROCEDIMIENTOS”*, Capítulo III *“RÉGIMEN ESPECIAL”*, Sección XI *“CONTRATO ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS O SUS SUBSIDIARIAS”*, permite a las empresas públicas contratar mediante el procedimiento de régimen especial previsto en la LOSNCP, con empresas públicas extranjeras, y en su inciso primero establece:

“Art. 199.- Procedencia. - Se sujetarán al procedimiento establecido en esta sección las contrataciones que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas nacionales o extranjeras, o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público nacionales o de los Estados de la comunidad internacional, o las subsidiarias de estas; y las empresas entre sí” (el énfasis me corresponde).

¹⁰ Decreto No. 206, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 524 de 22 de marzo de 2024.

En esta línea de ideas sobre las contrataciones con empresas públicas extranjeras, el artículo 201 reformado del RGLOSNCPE, en su primer inciso, prevé que las contrataciones con empresas públicas extranjeras se realizarán de acuerdo con **“los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas (...)”**. Por otra parte, si no se hubiese previsto un régimen de contratación específico en los convenios o demás formas asociativas **“(…) se seguirá el procedimiento previsto en el régimen especial”** de la LOSNCP (énfasis añadido).

Para la aplicación del referido artículo 201 ibidem, su segundo inciso define específicamente el término **“empresa pública extranjera”**, y establece:

“Para el propósito de este artículo, se entiende como empresa pública extranjera o empresa cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público de los Estados de la comunidad internacional, a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la comunidad internacional, en una proporción de por lo menos el cincuenta por ciento” (el énfasis me corresponde).

Finalmente, la contratación interadministrativa, prevista para el régimen especial, fue examinada por la Procuraduría en el pronunciamiento contenido en oficio No. 06913, de 22 de mayo de 2024. Dicho pronunciamiento concluyó lo siguiente:

“3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el tenor y la finalidad del segundo inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas públicas, que participen como proveedoras en los contratos sujetos al régimen especial de “contratación administrativa” no pueden intervenir mediante cualquier forma asociativa con privados. En consecuencia, según las mismas normas, dicha limitación se aplica a todas las fases de los contratos interadministrativos hasta su terminación” (el énfasis me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* el pronunciamiento contenido en el oficio No. 06913 es claro al establecer la restricción de las empresas públicas para participar en cualquier forma asociativa con privados en el régimen de contratación interadministrativa; *ii)* los contratos entre entidades del sector público o sus subsidiarias se realizarán por el procedimiento de régimen especial de acuerdo con el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP; *iii)* las contrataciones con empresas públicas extranjeras se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas.

2.3. Consorcio de empresas públicas. -

De la revisión del criterio jurídico del CB de Riobamba, se verifica que la consulta se refiere a la capacidad de conformar un consorcio entre una empresa pública nacional y otra extranjera, con la finalidad de que puedan participar en un procedimiento de régimen especial aplicable a los contratos interadministrativos previstos en el numeral 2 del artículo 8 de la LOSNCP.

En este sentido, el primer inciso del artículo 26 de la LOSNCP permite que los oferentes inscritos en el Registro Único de Proveedores¹¹ (en adelante, “RUP”) puedan presentar ofertas “asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio”, en procedimientos de contratación pública.

Por su parte, el artículo 49 de la Normativa Secundaria del SNCP contiene el derecho de presentar ofertas de forma asociada para aquellas “**personas jurídicas legalmente constituidas y que constaren habilitadas en el RUP, como proveedores**” (el énfasis me corresponde).

En esta línea de ideas, el artículo 67 de la LOSNCP permite a las personas jurídicas participar, en cualquier proceso precontractual, mediante consorcios y asociaciones “*constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente*”. Dicho artículo señala también que para la suscripción de contratos con una asociación o consorcio “(...) **será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado**” (el énfasis me corresponde).

Para que las personas jurídicas nacionales o extranjeras participen en la fase precontractual de los procedimientos previstos en la LOSNCP, el artículo 18 del RGLOSNC, les manda a “(...) **registrarse y habilitarse en el RUP para poder participar, de forma individual o en promesa de consorcio o asociación**” (el énfasis me corresponde).

El segundo inciso del referido artículo 18 ibidem, aclara que para “*participar bajo la figura de compromiso de asociación o consorcio, los integrantes deben constar inscritos y habilitados en el RUP. En ningún caso se les dará el tratamiento a los consorcios como personas jurídicas*”. El segundo inciso del artículo 43 de la Normativa Secundaria del SNCP reitera que “*la asociación o consorcio no constituye una persona jurídica diferente*” (el énfasis me corresponde), lo cual guarda relación con las responsabilidades de los integrantes del consorcio que trataremos a continuación.

El artículo 99 de la LOSNCP y 43 de la Normativa Secundaria del SNCP (ambos en su segundo inciso), reiteran que los oferentes o contratistas miembros de una asociación o consorcio, “*serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato*” (el énfasis me corresponde).

Cabe mencionar que la Normativa Secundaria del SNCP, en su Título II “*NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*”, Capítulo III “*ASOCIACIONES, CONSORCIOS O COMPROMISOS DE ASOCIACIÓN O CONSORCIO*”; en sus artículos 43 al 48 tratan el derecho de asociación, las reglas y los requisitos para que las asociaciones o consorcios participen y suscriban contratos en procedimientos de contratación pública de la LOSNCP.

Según lo previsto en el último inciso del artículo 23 del RGLOSNC, para que las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en Ecuador puedan inscribirse en el RUP estas deben “*justificar documentadamente su actividad comercial. Si los documentos que acrediten la actividad comercial de esta clase de personas jurídicas se encontraren en un idioma distinto al castellano, deberán estar debidamente traducidos*”.

¹¹ LOSNCP, Artículo 6 numeral 29 “Registro Único de Proveedores.- RUP. Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes”.

Al efecto, la LC en el primer inciso de su artículo 6 establece que toda compañía extranjera que contrajere obligaciones en el Ecuador *“deberá tener en la república un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y **cumplir las obligaciones respectivas**”* (el énfasis me corresponde).

El segundo y tercer inciso del referido artículo 6 ibidem, en relación con la ejecución de obras o prestación de servicios públicos por parte de una compañía extranjera, prevén:

“Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 415, si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley.

En los casos mencionados en el inciso anterior, las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente. El incumplimiento de esta obligación determinará la nulidad del contrato respectivo” (el énfasis me corresponde).

El artículo 415 de la Sección XIII de la LC enumera las obligaciones que debe cumplir una compañía constituida en el extranjero para ejercer sus actividades en el Ecuador; así, en su numeral 1 establece que se deberá *“Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la ley del país en el que se hubiere organizado”*; y el numeral 2 incluye que se debe *“Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente”* (el énfasis me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* de conformidad con el artículo 26 de la LOSNCP y 18 del RGLOSNCP, es obligación de los integrantes de un consorcio su inscripción y habilitación en el RUP, tanto para presentar ofertas en la fase precontractual, como para suscribir contratos, de ser adjudicados; *ii)* las personas jurídicas extranjeras legalmente constituidas deben domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración de un contrato, si las actividades que van a realizar en el país implican la prestación de servicios públicos, ejecución de obra pública o la explotación de recursos naturales; *iii)* toda persona jurídica, legalmente constituida, tiene derecho a participar en los procedimientos precontractuales de la LOSNCP, mediante consorcio o compromiso de consorcio; debiendo recordar la prohibición de las empresas públicas para participar en cualquier forma asociativa con privados en procedimientos de contratación interadministrativa; y, *iv)* una empresa pública nacional junto con una empresa pública nacional o extranjera pueden participar en consorcio en una contratación interadministrativa, cumpliendo los presupuestos previstos para las empresas públicas extranjeras establecidos en la LOSNCP, RGLOSNCP, Normativa Secundaria del SNCP, y la LC.

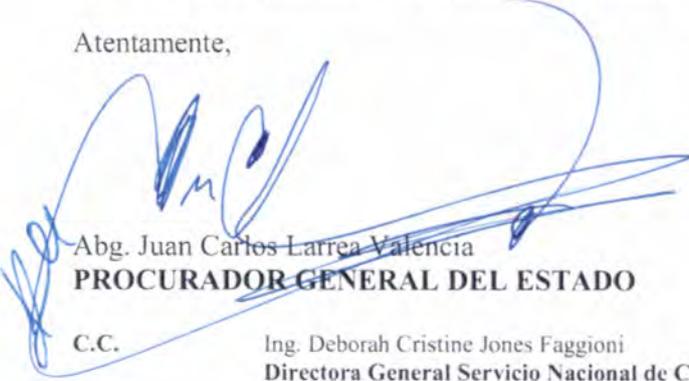
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que las empresas públicas nacionales pueden asociarse en consorcio con una empresa pública extranjera para participar en un procedimiento de régimen especial de contratación interadministrativa, conforme lo establecido en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para participar en la etapa precontractual de este procedimiento y suscribir contratos, todos los integrantes del consorcio deben estar inscritos y habilitados en el RUP, asumiendo responsabilidades solidarias e indivisibles sobre la ejecución contractual. Adicionalmente, la empresa pública extranjera deberá cumplir con los requisitos de domiciliación de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Compañías, en caso de que se trate de un contrato de prestación de servicios públicos, ejecución de obra pública o explotación de recursos naturales en el país.

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.

Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Oficio N° 07917

Quito, D.M., 19 de julio de 2024

Señor
Aquilés Álvarez Henriques
ALCALDE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN GUAYAQUIL
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. AG-AAA-2024-1502, de 15 de marzo del 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, en la ciudad de Guayaquil el 18 de marzo de 2024, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2024-00161 de 17 de abril de 2024, recibido el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“¿el artículo agregado a continuación del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en la parte que autoriza a negociar títulos de deuda pública a valor de mercado, con la posibilidad de que dicho valor de mercado sea menor al valor nominal constante en dichos títulos, es aplicable también respecto de la venta en el mercado de bonos emitidos por entidades financieras extranjeras adquiridos con dinero público por administraciones públicas o por entidades asimiladas a administraciones públicas?”.

Frente a lo cual se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Mediante oficio No. PGE-DR1-2024-00129, de 2 de abril de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a usted la ampliación del informe jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil (en adelante, “GADM Guayaquil”), puesto que el informe constante en el oficio No. DAJ-2024-1923, de 14 de marzo de 2024, no contenía un análisis de las normas jurídicas motivo de la consulta ni la posición institucional respecto del tema consultado. Requerimiento que fue atendido con oficio No. AG-AAA-2024-2176, de 12 de abril de 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de este organismo el 15 de los mismos mes y año, al que se acompañó el oficio No. DAJ-2024-2725, de 12 de abril de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del GADM Guayaquil.
- 1.2. En virtud de que el informe jurídico contenido en el oficio No. DAJ-2024-2725, de 12 de abril de 2024, referido en el acápite anterior, no contenía un análisis jurídico con relación al tema de consulta, mediante oficio No. 06500 de 24 de abril de 2024, este Organismo insistió que se amplíe el mismo, lo cual fue atendido por el GADM Guayaquil con oficio No. AG-AAA-2024-2635, de 8 de mayo de 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de esta Procuraduría al día siguiente, al que se adjuntó el informe ampliatorio por parte del

Procurador Síndico del GADM Guayaquil, contenido en el oficio No- DAJ-2024-3328, de 7 de mayo de 2024, documento que también fue ingresado en el correo único institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha.

- 1.3. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio jurídico institucional con relación al tema consultado, de las siguientes entidades: *i*) Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante “MEF”), mediante oficio No. 06739, de 8 de mayo de 2024 e insistencia contenida en oficio No. 06942, de 23 de mayo de 2024, lo cual fue atendido por la referida cartera de Estado, mediante oficio No. MEF-CGAJ-2024-0066-O, de 27 de mayo de 2024, ingresado al siguiente día en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado y al que anexó el memorando No. MEF-CGAJ-2024-0434-M, de 20 de mayo de 2024, suscritos por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica encargada, quien a su vez adjuntó y ratificó como criterio jurídico institucional, el contenido en el memorando No. MEF-DAJFP-2024-0073-M, de 16 de mayo de 2024, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de Financiamiento Público; y, *ii*) Contraloría General del Estado (en adelante “CGE”), mediante oficio No. 06740, de 8 de mayo de 2024, lo cual fue atendido por dicho organismo de control, con oficio No. 226-DNJ-2024, de 21 de mayo de 2024, ingresado en la misma fecha en el correo institucional único de este Organismo, suscrito por la Directora Nacional Jurídica de la CGE.
- 1.4. El Procurador Síndico Municipal del GADM Guayaquil, en su informe jurídico inicial, contenido en el oficio No. DAJ-2024-1923, de 14 de marzo de 2024, citó los artículos 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹ (en adelante, “COPLAFIP”; 54 de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria² (en adelante, “LOSPT”), que añadió el artículo innumerado a continuación del artículo 127 del COPLAFIP, materia de consulta. En su informe ampliatorio constante en oficio No. DAJ-2024-2725, de 12 de abril de 2024, incluyó el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³ (en adelante, “LOGJCC”); y, en la ampliación constante en el oficio No. DAJ-2024-3328, de 7 de mayo de 2024, no analizó otras normas jurídicas y manifestó lo siguiente:

“ (...)”

*b) Mediante oficio del 12 de abril de 2024 señalé, entre otros, que ‘estamos ante un caso de **interpretación extensiva** de la disposición legal, dado que la literalidad de la disposición no prevé el caso de los títulos valores emitidos por instituciones financieras extranjeras’. La consulta era y es importante porque la disposición ‘sólo prevé la negociación de títulos de deuda pública⁴ **a valor de mercado por encima o por debajo del valor par**, pero no prevé el caso de los títulos (bonos) adquiridos con dineros públicos emitidos por entidades financieras extranjeras; caso en el cual, en términos lógicos y por las obvias razones subyacentes que justifican la existencia de la norma consultada: la necesidad de negociar en el mercado títulos valores de titularidad de administraciones públicas o de entidades asimiladas a administraciones públicas **a un precio que pudiera ser más bajo o más alto de su valor nominal**, sin*

¹ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.306 de 22 de octubre 2010; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 488 de 30 de enero de 2024.

² LOSPI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 111 de 31 de diciembre de 2019.

³ LOGJCC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 octubre de 2009.

⁴Y certificados de tesorería.

que por ello haya lugar a ningún tipo de responsabilidad', tal como lo señalé en el mismo oficio. Agregué también que 'Cabe aplicar en este supuesto el principio jurídico: **igual razón igual disposición**. En razón de lo explicado en el informe jurídico que presenté y que se anexó a la consulta, contiene la posición jurídica institucional del Municipio de Guayaquil.' Literalmente señalé:

'En términos de lógica jurídica y de lógica de administración, me parece que lo trascendente es el reconocimiento de la aceptación de la legislación a la venta en el mercado, a valor de mercado, de títulos de deuda financiados con dinero público. Estimo procedente jurídicamente la aplicación de la citada norma respecto de los bonos emitidos por entidades financieras extranjeras, de acuerdo con lo antes indicado.'

- c) *Al tratarse de un caso de interpretación extensiva, eso es, de un entendimiento de la norma jurídica más allá de su literalidad, pero sustentado en las razones subyacentes de la norma: la no responsabilidad derivada de la negociación de títulos a un valor superior o inferior al valor nominal de los mismos, dicha interpretación extensiva es completamente razonable. El argumento de igual razón igual disposición es claro y consistente. La interpretación jurídica nunca debe perder de vista las razones subyacentes.*

(...)

- f) *Mi señalado informe del 12 de abril también indicó:*

(...)

*'Es decir, **consideré procedente jurídicamente la aplicación de la norma consultada al indicado caso no previsto en ella** (interpretación extensiva) esto es, la negociación en el mercado de títulos valores emitidos por entidades financieras extranjeras adquiridos con dinero público por administraciones públicas o por entidades asimiladas a administraciones públicas.*

*En definitiva, emití efectivamente mi opinión jurídica, obviamente no procedía analizar normas jurídicas que no existen, pues, reitero el presente caso es muy singular: pone en el escenario jurídico la **interpretación extensiva** de una norma de Derecho.*

'Igual razón igual disposición' es un principio general del Derecho. Según el artículo 3 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley reiteradamente citada en las absoluciones de consultas del Procurador General del Estado) los principios generales del Derecho y la equidad constituyen instrumentos a ser atendidos en la interpretación de las normas jurídicas. (...)'".

- 1.5. De su parte, la Directora Nacional Jurídica de la CGE, en el oficio No. 226-DNJ-2024, de 21 de mayo de 2024, además de las normas referidas por la consultante, citó los artículos

133, 211, 212, 225, 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante, “CRE”); 1, 419 y 435 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁶ (en adelante, “COOTAD”), 8 e innumerado añadido a continuación del artículo 8, del COPLAFIP, con base en los cuales efectuó el siguiente análisis y concluyó:

“De la normativa antes citada se desprende que, de conformidad al artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador, se requiere de una Ley Orgánica para regular la organización, competencia, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados, para ello, se expidió el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) (...)

Por otro lado, el artículo 225 de la norma suprema, establece que el sector público estará conformado, entre otras entidades, por los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social y las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; y, de conformidad al artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dentro de la clasificación del sector público no financiero, se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados.

Conforme lo establecido en el artículo 419 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los bienes de dominio privado son ‘los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados’ y serán administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado. Constituyen bienes de dominio privado: ‘...d) Las inversiones financieras directas del gobierno autónomo descentralizado que no están formando parte de una empresa de servicio público, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros’.

*El artículo 435 ibidem, señala que los bienes del dominio privado deberán administrarse con **criterios de eficiencia y rentabilidad** para obtener el máximo rendimiento **financiero** compatible con el carácter público de los gobiernos autónomos descentralizados y con sus fines.*

Por tratarse de un tema de carácter técnico, previo a emitir la respuesta a su consulta, la Dirección Nacional Jurídica solicitó el criterio técnico a la Dirección Nacional de Auditoría de Deuda Pública y Finanzas, unidad administrativa que emitió la correspondiente respuesta con memorando No. 000125-DNA3-2024 de 17 de mayo de 2024, en el cual luego de transcribir el artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas – COPLAFIP, manifiesta que:

‘...Situación que no incluye la posibilidad de las adquisiciones propias de títulos valores por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, mismos que de conformidad con los procedimientos y regulaciones de la materia deberían administrar sus recursos bajo los principios que rigen la

⁵CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 377 de 25 de enero de 2021.

⁶COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial 525 de 25 de marzo de 2024.

administración pública, de eficiencia y transparencia, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, (...)

Adicionalmente, el artículo 26 de las Normas que regulan los depósitos e inversiones financieras del Sector Público Financiero y No Financiero, expedidas con Resolución 0006-2014-M, señala:

'Artículo 26.- las entidades públicas no financieras podrán realizar inversiones en función de sus excedentes de liquidez, de conformidad con lo establecido en el numeral 18 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y las normas que al respecto dicte el ente rector de las finanzas públicas. Las entidades que cuenten con el dictamen favorable del ente rector de las finanzas públicas estarán autorizadas para realizar inversiones en títulos emitidos, avalados por el Ministerio de Finanzas o Banco Central del Ecuador. Para el caso de inversiones en otros emisores, deberá requerirse la autorización expresa de la Junta de Política y Regulación Financiera, detallando las condiciones financieras de la operación, su plazo y tasa. En estos casos, la entidad solicitante deberá contar con el dictamen favorable del ente rector de las finanzas públicas.'

Cabe señalar que, adicional a lo expuesto en párrafos anteriores, se deberá observar además las normas que se haya emitido para el efecto y sea aplicable a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.'

En conclusión, a criterio de este organismo técnico de control, el artículo innumerado posterior al artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas contiene una regla específica cuyos efectos recaen en las entidades del gobierno central, más no en los Gobiernos Autónomos Descentralizados, razón por la cual, incluir a éstos últimos en su aplicación a través de un pronunciamiento vinculante, extralimitaría el sentido y ámbito del mismo, tomando en cuenta que, es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la norma competente para regular la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados y en el cual, ya está contemplada la administración de estos bienes en los artículo 419 y 435 normativa que debe darse el cumplimiento respectivo de conformidad al artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, precautelando el cuidado y buen uso de los recursos públicos y que no requieran análisis.

De emitirse un criterio respecto de la viabilidad de la extralimitación de lo previsto en el artículo innumerado posterior al artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas podría a través de un criterio vinculante 'autorizar' negociaciones a la baja mismas que no están previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pudiendo general perjuicio al Estado y con ello las responsabilidades a que hubieren lugar (...)'.

- 1.6.** La Coordinadora General de Asesoría Jurídica, encargada, del MEF adjunto a su oficina de respuesta No. MEF-CGAJ-2024-0066-O, de 27 de mayo de 2024, remitió el memorando Nro. MEF-CGAJ-2024-0434-M, de 20 de mayo de 2024, en el cual ratificó como criterio jurídico institucional el contenido en el memorando No. MEF-DAJFP-2024-0073-M, de 16

de mayo de 2024, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de Financiamiento Público del MEF, quien analiza y manifiesta lo siguiente:

“III.- Criterio Jurídico:

Con relación a la consulta puntual planteada por el Alcalde de Guayaquil a la Procuraduría General del Estado mediante Oficio No. AG-AAA-2024-1502 de 15 de marzo de 2024, respecto a si: “¿el artículo agregado a continuación del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en la parte que autoriza a negociar títulos de deuda pública a valor de mercado, con la posibilidad de que dicho valor de mercado sea menor al valor nominal constante en dichos títulos, es aplicable también respecto de la venta en el mercado de bonos emitidos por entidades financieras extranjeras adquiridos con dinero público por administraciones públicas o por entidades asimiladas a administraciones públicas?”, cabe indicar que, el artículo no numerado agregado por el artículo 54 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 111 de 31 de Diciembre de 2019 a continuación del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se refiere única y exclusivamente a los títulos de deuda emitidos por el Estado ecuatoriano, recibidos por entidades públicas, como dación en pago, previa petición y aceptación de las partes, por saldos deudores del Gobierno Central, correspondientes a obligaciones no pagadas y registradas de presupuestos clausurados de conformidad con el artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, entre las que se incluyen valores generados por compensación o asignación presupuestaria del Impuesto al valor agregado, y por prestaciones de salud debidamente verificadas.

Por lo expuesto, con sustento en la base normativa invocada en el acápite II del presente pronunciamiento, legalmente no aplicaría la viabilidad para negociar bonos emitidos por entidades financieras extranjeras al amparo de lo dispuesto en el artículo no numerado agregado por artículo 54 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 111 de 31 de diciembre (sic) de 2019 a continuación del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Es decir, solamente las entidades públicas que voluntariamente se acojan a este mecanismo de pago y reciban pagos de obligaciones con títulos de deuda pública y certificados de tesorería por parte del Gobierno Central, podrán negociar tales títulos a valor de mercado, aún si su valor de mercado se ubique por encima o por debajo de valor par. Aclarando que, no se podrán negociar estos títulos por debajo del valor de mercado (...).”

- 1.7. De los criterios jurídicos previamente citados, se aprecia que el GADM Guayaquil difiere de lo manifestado por la CGE y el MEF; así, mientras la entidad consultante considera que por interpretación extensiva es procedente jurídicamente la aplicación del artículo innumerado añadido a continuación del artículo 127 del COPLAFIP para la venta en el mercado de bonos emitidos por entidades financieras extranjeras adquiridos con dinero público por administraciones públicas o por entidades asimiladas a administraciones públicas; mientras que, a criterio de la CGE y del MEF no es siquiera aplicable la indicada norma, por cuanto aquella es una norma específica cuyos efectos recaen en las entidades del gobierno central, mas no en los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Adicionalmente, la CGE señala que, para el caso planteado, se aplicarían los artículos 419 y 435 del COOTAD. De su parte, el MEF señala que la norma materia de la consulta se

refiere única y exclusivamente a los títulos de deuda emitidos por el Estado ecuatoriano, recibidos por entidades públicas, como dación en pago, previa petición y aceptación de las partes, por saldos deudores del Gobierno Central, correspondientes a obligaciones no pagadas y registradas de presupuestos clausurados, por lo que legalmente no es aplicable para negociar bonos emitidos por entidades financieras extranjeras.

2.- Análisis. –

A fin de facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados; *ii)* Pago de saldos deudores del Gobierno Central con títulos de deuda pública y certificados de tesorería y su interpretación extensiva y teleológica.

2.1. Patrimonio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. -

Según el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la CRE, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; y, de conformidad con el artículo 233 ibidem, *“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (...)”*.

De su parte, el artículo 225 de la CRE determina que el sector público comprende entre otros, *“1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado”*.

El patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante, *“GAD”*), de acuerdo con el inciso primero del artículo 414 del COOTAD, se conforma por *“los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación, los que adquieran en el futuro a cualquier título, las herencias, legados y donaciones realizadas a su favor, así como, los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado”*.

El artículo 415 del COOTAD divide los bienes de propiedad de los GAD, en *“bienes del dominio privado y bienes del dominio público”*; y, según dispone el artículo 419 ibidem, son bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Estos bienes incluyen a: *“d) **Las inversiones financieras** directas del gobierno autónomo descentralizado que no estén formando parte de una empresa de servicio público, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros”*, sin distinción respecto de si estos títulos fueron emitidos por instituciones financieras nacionales o extranjeras (énfasis añadido).

Según la previsión del artículo 435 del COOTAD, *“Los bienes del dominio privado deberán administrarse con criterio de eficiencia y rentabilidad para obtener el máximo rendimiento financiero compatible con el carácter público de los gobiernos autónomos descentralizados y con sus fines”*. Así, el artículo 437 ibidem establece que la venta de bienes de dominio privado se acordará *“a) Si no reportan provecho alguno a las finanzas de los gobiernos autónomos descentralizados o si el provecho es inferior al que podría obtenerse con otro destino. No*

procederá la venta, sin embargo, cuando se prevea que el bien deberá utilizarse en el futuro para satisfacer una necesidad concreta del gobierno autónomo descentralizado; y, b) Si con el precio de la venta del bien puede obtenerse inmediatamente otro semejante, capaz de ser aplicado a objetos más convenientes para ejecutar o desarrollar proyectos de interés de la comunidad.”

El COOTAD menciona también que la venta de bienes de dominio privado se podrá acordar: i) si no se reporta provecho alguno a las finanzas de los GAD o si el provecho es inferior al que podría obtenerse con otro destino; o, si con el precio de la venta del bien se puede obtener uno similar, que pueda ser aplicado de forma más conveniente para ejecutar o desarrollar proyectos de interés de la comunidad.⁷

De la normativa analizada se observa que: i) el principio de legalidad rige el accionar de los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal; ii) las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado forman parte del sector público y se constituyen como entes distintos a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva; iii) el patrimonio de los GAD se integra por los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación, los que adquieran en el futuro a cualquier título, así como los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado; iv) entre los bienes de dominio privado de los GAD, el COOTAD señala a las inversiones financieras directas del gobierno autónomo descentralizado que no estén formando parte de una empresa de servicio público, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros – sin que exista distinción normativa respecto de si fueron emitidos por entidades financieras extranjeras o nacionales –, los cuales deberán administrarse con criterio de eficiencia y rentabilidad para obtener el máximo rendimiento financiero compatible con el carácter público de los GAD y con sus fines.

2.2. Pago de saldos deudores del Gobierno Central con títulos de deuda pública y certificados de tesorería y su interpretación extensiva y teleológica. -

Al respecto, el artículo 4 del COPLAFIP prevé que están sujetos a su ámbito de aplicación “*todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República*”, y agrega que se respetará “*la facultad de gestión autónoma, de orden político, administrativo, económico, financiero y presupuestario que la Constitución de la República o las leyes establezcan para las instituciones del sector público*”.

Dentro del COPLAFIP, en el Capítulo IV denominado “*Del componente de endeudamiento público*”, Sección Segunda denominada “*Del endeudamiento, destino de los recursos públicos y de los proyectos*”⁸, consta el artículo agregado a continuación del artículo 127 por el artículo 54 de la LOSPT, que motiva su consulta y cuyo tenor es el siguiente:

“Art. (...).- Los saldos deudores del Gobierno Central, cuyos beneficiarios sean entidades públicas o privadas, que constituyan obligaciones no pagadas y registradas de presupuestos clausurados de conformidad con el artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, entre las que se incluyen

⁷ Artículo 437 del COOTAD.

⁸ Denominación sustituida por el Art. 31 de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253 de 24 de julio de 2020.

*valores generados por compensación o asignación presupuestaria del impuesto al valor agregado, y por prestaciones de salud debidamente verificadas, **previa petición y aceptación de las partes, podrán ser pagados con títulos de deuda pública y certificados de tesorería.***

También se podrá pagar mediante este mecanismo las obligaciones que surgieren de sentencias judiciales o laudos arbitrales ejecutoriados.

Las entidades públicas que voluntariamente se acojan a este mecanismo de pago y reciban pagos de obligaciones con títulos de deuda pública y certificados de tesorería, podrán negociar tales títulos a valor de mercado, aún si su valor de mercado se ubique por encima o por debajo de valor par. No se podrán negociar estos títulos por debajo del valor de mercado.

Este mecanismo de pago podrá utilizarse hasta por un monto máximo equivalente al tres por ciento (3%) del Producto Interno Bruto (PIB). El ente rector de las finanzas públicas establecerá las regulaciones adicionales que requieran para la implementación de este mecanismo” (énfasis añadido).

Al respecto, en virtud del artículo antes citado, es necesario hacer mención de uno de los considerandos de la ley que introdujo dicha reforma en el COPLAFIP, el cual indica que “*el objetivo 4 del Plan Nacional de Desarrollo resalta la importancia de “consolidar la sostenibilidad del sistema económico social y solidario, y afianzar la dolarización”, **para lo cual es necesario que el Ecuador establezca políticas económicas que permitan tener una balanza de pagos -particularmente en la cuenta corriente- superavitaria, lo cual conlleva a un incremento neto de divisas a la economía. Para lo cual, se propiciará la entrada de divisas mediante la promoción e incremento de las exportaciones***”

Del análisis minucioso del artículo innumerado añadido a continuación del artículo 127 del COPLAFIP y considerando su motivación, se percibe que esta norma trata sobre pagos – a través de títulos de deuda pública y certificados de tesorería – que puede realizar el Gobierno Central a favor de beneficiarios (públicos o privados). Esta norma permite que las deudas del Gobierno Central, que constituyan obligaciones no pagadas y registradas de presupuestos clausurados de conformidad con el artículo 123 del COPLAFIP, así como las obligaciones que surgieren de sentencias judiciales o laudos arbitrales ejecutoriados, previa petición y aceptación de las partes, puedan ser pagadas con títulos de deuda pública y certificados de tesorería.

En este contexto, añade el tercer inciso de la misma norma que las entidades públicas (concepto que incluye a los Gobiernos Autónomos Descentralizados) que voluntariamente se acojan a este mecanismo de pago y reciban pagos de obligaciones con títulos de deuda pública y certificados de tesorería, **podrán negociar tales títulos a valor de mercado, aún si su valor de mercado se ubique por encima o por debajo de valor par, sin que sea posible negociar estos títulos por debajo del valor de mercado.**

Respecto de la interpretación de la ley, el informe jurídico de la entidad consultante indica que dicha norma es aplicable toda vez que esta debe ser interpretada de manera extensiva, en virtud de lo contenido en el artículo 3 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sobre este método interpretativo, se indica que aquel supone un entendimiento amplio de la norma que permite dar cobertura, dentro de ella, a más supuestos de

hecho posibles dentro del marco que crea el tenor literal de la norma. En palabras de Norberto Bobbio⁹, este tipo de interpretación se diferencia de la analogía por sus efectos, así *“el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta”*.

En concordancia con lo anterior, es oportuno considerar también que el artículo 3 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, incluye a la interpretación teleológica que consiste en que *“Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”* (énfasis añadido). Así, la interpretación teleológica mira las finalidades u objetivos de una regulación (en este caso el artículo innumerado siguiente al 127 del COPLAFIP) y trata de determinar su contenido para maximizar la realización de estas finalidades u objetivos.

De las disposiciones legales previamente señaladas, se desprende que: *i)* están sujetos al COPLAFIP todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la CRE; *ii)* el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 127 del COPLAFIP prevé que las deudas del Gobierno Central que tengan como beneficiarios a entidades públicas o privadas, y que estas constituyan obligaciones no pagadas y registradas de presupuestos clausurados de conformidad con el artículo 123 del COPLAFIP, así como obligaciones que surgieren de sentencias judiciales o laudos arbitrales ejecutoriados, puedan ser pagadas con títulos de deuda pública y certificados de tesorería, previa petición y aceptación de las partes; *iii)* las entidades públicas que voluntariamente se acojan a este mecanismo de pago y reciban pagos de obligaciones con títulos de deuda pública y certificados de tesorería, podrán negociar tales títulos a valor de mercado, aún si su valor de mercado se ubique por encima o por debajo de valor par, sin que sea posible negociar estos títulos por debajo del valor de mercado. Dentro de las entidades públicas que pueden recibir dichos títulos se encuentran los Gobiernos Autónomos Descentralizados; y, *iv)* tanto la interpretación extensiva como la teleológica de la norma, permitiría que el Gobierno Autónomo Descentralizado pueda recibir, por parte del Gobierno Central, bonos emitidos por entidades financieras extranjeras para posteriormente poder negociar tales títulos a valor de mercado, aún si su valor de mercado se ubique por encima o por debajo de valor par, sin embargo, no se podrán negociar estos títulos por debajo del valor de mercado.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta presentada se concluye que, en virtud del artículo 2 numerales 6 y 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el artículo innumerado a continuación del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas agregado por el artículo 54 de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, la autorización a negociar títulos de deuda pública a valor de mercado, con la posibilidad de que dicho valor de mercado sea menor al valor nominal constante en dichos títulos, puede ser aplicado también para la venta en el mercado de bonos emitidos por entidades financieras extranjeras adquiridos con dinero público por administraciones públicas o

⁹ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, (traducción de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991), p. 248.

por entidades asimiladas a administraciones públicas.

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;



Firmado electrónicamente por:
**JUAN CARLOS
LARREA
VALENCIA**

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Xavier Mauricio Torres Maldonado
Contralor General del Estado

Mgs. Juan Carlos Vega Malo
Ministro de Economía y Finanzas

Oficio No. 07909

Quito, D.M., 19 de julio de 2024

Máster

Jeannine del Cisne Cruz Vaca

PRESIDENTA

CONSEJO DE DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CDPIC-PREC-2024-0128-O, de 23 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“¿El pleno de un cuerpo colegiado tiene la facultad normativa para definir el tiempo de duración de las funciones y la cesación o remoción de su Presidente, Vicepresidente y Secretario, de conformidad con los artículos 53 y 55 del Código Orgánico Administrativo cuando la ley no lo haya previsto expresamente?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. El criterio jurídico de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (en adelante, “CDPIC”), contenido en memorando No. CDPIC-CGAJ-2024-0051-M de 23 de mayo de 2024, citó los artículos 225.3, 226, 235, 237.3 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 77 número 1, letra e) de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado² (en adelante, “LOCGE”); 83 letras h) y j), 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público³ (en adelante, “LOSEP”); 3 letra f), 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁴ (en adelante, “LOPGE”); 53, 54, 55, 56, 58, 63, 65, 67, 128, 130 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“3. Análisis y conclusiones:

(...)

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

² LOCGE, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

³ LOSEP, publicada en el Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010.

⁴ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁵ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.



Por tanto, en función del principio de legalidad y seguridad jurídica, previstos en los artículos 82 y 226 de la República del Ecuador, respectivamente, y de las normas invocadas en los párrafo que anteceden, particularmente, en lo dispuesto en los artículos 53 y 55, numerales 2 y 5 del Código Orgánico Administrativo, que confieren atribuciones a los órganos colegiados para designar a su Presidente, Vicepresidente y Secretario conforme a su regulación interna; y, a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que faculta a las autoridades nominadoras para designar y remover libremente a los servidores que ocupen puestos excluidos de la carrera administrativa, como son los mencionados Presidente, Vicepresidente, Secretario; se colige que, en virtud de su facultad de autorregulación, corresponde a cada uno de los plenos de los cuerpos colegiados como autoridades nominadoras, en lo que no esté previsto en la Ley, resolver sobre el tiempo de duración de las funciones de las mencionadas autoridades, o las causales y forma de su cesación o remoción de ser el caso”.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Régimen jurídico aplicable a los órganos colegiados; ii) Integración del CDPIC; iii) Casos en los cuales se produce la cesación o remoción de quienes ejercen funciones públicas sujetas a período.

2.1. Régimen jurídico aplicable a los órganos colegiados. -

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 las autoridades competentes, considerando para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

El artículo 53 del COA establece que: **“Los órganos colegiados se sujetan a lo dispuesto en su regulación específica y este Código”** (énfasis añadido).

Concomitante con el artículo ante señalado, el artículo 55 del COA regula las atribuciones de los órganos colegiados y dispone lo siguiente:

“Art.55.- Competencias de los órganos colegiados. Para la atribución de competencias a los órganos colegiados se tomará en cuenta al menos:

- 1. Las políticas públicas a cargo de las administraciones públicas.*
- 2. Reglamentación interna.*
- 3. Aprobación de los planes estratégicos y presupuestos.*
- 4. Supervisión de la ejecución a cargo de los órganos administrativos bajo su dirección.*
- 5. Nombramiento y remoción de quien deba ejercer la representación de la administración de los órganos bajo su dirección.*

Los órganos colegiados adoptarán sus decisiones sobre la base de los informes técnicos, económicos y jurídicos provistos bajo responsabilidad de los órganos a cargo de las actividades de ejecución y asesoría en la administración.

En ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación, en vía administrativa” (énfasis añadido).

Sobre la potestad reglamentaria relacionada con las leyes y la competencia normativa de carácter



administrativo, el COA las ha distinguido en sus artículo 129 y 130; estableciendo que le **“corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución⁶ (...)”** y, **“Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo”**, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública, precisando que: **“la competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley”** (énfasis añadido).

En concordancia, el artículo 131 ibidem aclara que las administraciones públicas que tengan competencia normativa tienen prohibido: **“1. Restringir los derechos y garantías constitucionales. 2. Regular materias reservadas a la ley. 3. Solicitar requisitos adicionales para el ejercicio de derechos y garantías distintos a los previstos en la ley. 4. Regular materias asignadas a la competencia de otras administraciones. 5. Delegar la competencia normativa de carácter administrativo. 6. Emitir actos normativos de carácter administrativo sin competencia legal o constitucional”**. (Énfasis añadido).

De lo expuesto se desprende que: *i)* los órganos colegiados se sujetan a lo dispuesto en su regulación específica y el COA; *ii)* de acuerdo con el artículo 130 del COA, la atribución para expedir actos normativos de carácter administrativo, para regular asuntos internos, le corresponde a la máxima autoridad de la respectiva entidad, a menos que la ley que rige su funcionamiento asigne esa competencia a otro órgano; y, *iii)* la competencia regulatoria debe estar expresamente atribuida en la ley y únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo.

2.2. Integración del Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación.

-

Con fundamento en el primer inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Comunicación⁷ (en adelante, “LOC”), el CDPIC **“(...) es un cuerpo colegiado con personería jurídica, autonomía funcional, administrativa y financiera”**. El mismo artículo agrega que el presidente del CDPIC **“será la máxima autoridad institucional, ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la entidad”**.

Según el artículo 48 de la LOC, el CDPIC estará integrado de la siguiente manera:

1. Un delegado permanente de la Función de Transparencia y Control Social
2. Un delegado permanente de los Consejos Nacionales de Igualdad.
3. Un delegado permanente de la Función Ejecutiva.
4. Un delegado permanente de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.
5. Un representante de la ciudadanía.

Integrarán el Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación con voz, pero sin voto, dos representantes de los gremios de periodistas; y, tres representantes de los medios de comunicación, uno por los medios de comunicación públicos, otro por los medios de comunicación privados y otro por los medios de comunicación comunitarios.

⁶ CRE Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:
13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

⁷ LOC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 022 de 25 de junio de 2013.



El Consejo de Comunicación se reunirá y actuará de conformidad con lo previsto en la normativa institucional que a dicho efecto, elabore y apruebe el mismo Consejo.

La o el Presidente del Consejo será electo de entre los miembros con voz y voto, en la primera sesión de su periodo.

La o el Presidente del Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación será enrolado como funcionario institucional del Consejo; los otros delegados permanentes se mantendrán como funcionarios de las instituciones delegantes.

En caso de ausencia del Presidente de Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, lo subrogará, de ser necesario, el delegado permanente de los Consejos Nacionales de Igualdad” (énfasis añadido).

De acuerdo con el artículo 48.1. de la LOC, los miembros del CDPIC ***“serán designados conforme la normativa de cada una de las instancias a la cual representan”*** (el énfasis me corresponde).

En cuanto a la regulación interna, el artículo 20 del Reglamento General a la LOC⁸ (en adelante “RGLOC”) señala que ***“El Consejo de Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación deberá aprobar y publicar la normativa interna aplicable para su funcionamiento, en lo que no fuere expresamente regulado en la Ley y en este Reglamento”*** (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* el CDPIC se reunirá y actuará de conformidad con lo previsto en la normativa institucional que a dicho efecto, elabore y apruebe el mismo Consejo, en lo que no fuere expresamente regulado en la Ley y en el respectivo Reglamento a la ley; y, *ii)* el presidente del CDPIC será electo de entre los miembros con voz y voto, en la primera sesión de su periodo y será enrolado como funcionario institucional del CDPIC; en tanto que los otros delegados permanentes se mantendrán como funcionarios de las instituciones delegantes.

2.3. Casos en los cuales se produce la cesación o remoción de quienes ejercen funciones públicas sujetas a periodo. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 229 de la CRE, son servidores públicos ***“todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”***.

Por su parte, el inciso segundo del citado artículo 229 de la CRE dispone que la ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y ***“regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”*** (énfasis añadido).

En tal contexto, el número 3 del artículo 3 de la LOSEP prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende, ***“3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal”***.

⁸ RGLOC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 28 de agosto de 2023.



Con tal antecedente, el artículo 16 de la LOSEP establece que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora. El artículo 17 ibídem, en armonía con el artículo 17 de su reglamento general, precisa que para el ejercicio de la función pública, los nombramientos pueden ser, entre otros, “De período fijo”, en aquellos casos “cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal”.

Con respecto a los casos de cesación y remoción de los servidores públicos designados para ejercer un puesto por período fijo, el artículo 47 de la LOSEP tiene el siguiente tenor:

*“Art. 47.- Casos de cesación definitiva. - La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: a) **Por renuncia voluntaria formalmente presentada**; b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente; c) Por supresión del puesto; d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada; e) **Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción**; f) Por destitución; g) Por revocatoria del mandato; h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición; i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; j) Por acogerse al retiro por jubilación; k) Por compra de renunciaciones con indemnización; l) Por muerte; y, m) En los demás casos previstos en esta ley” (Énfasis añadido).*

De lo expuesto se observa que: i) la LOSEP y su reglamento son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos, en toda la administración pública que incluye al CDPIC; y, ii) la cesación de funciones de los servidores, incluido del nivel jerárquico superior está regulado en la LOSEP y su reglamento.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, de acuerdo con los artículos 53, 55 y 130 del COA, el artículo 48 de la LOC, y el artículo 20 de su reglamento, el CDPIC tiene la atribución para aprobar y publicar la normativa interna aplicable para definir la duración del periodo de las funciones del Presidente, Vicepresidente y Secretario, **hasta que la ley específica o el reglamento general a la ley lo regulen**. En cuanto a la cesación o remoción de los servidores públicos con periodo fijo del nivel jerárquico superior, estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 47 de la LOSEP.

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,



Firmado electrónicamente por:
**JUAN CARLOS
LARREA
VALENCIA**

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. **08041**

Quito, DM, **31 JUL 2024**

Ca. (B) Magíster
Vicente Orlando Vallejo Lara

JEFE

**CUERPO DE BOMBEROS DEL GOBIERNO AUTÓNOMO
DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA**

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CBGADMR-JB-2024-273-OF, de 23 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿De conformidad con el numeral 19 del Art. 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- y numeral 1 del Art. 8 de su Reglamento General, puede el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- recomendar expresamente la declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública que se encuentra en estado de adjudicado en el portal de compras públicas y cuya resolución de adjudicación ha sido notificada de conformidad de conformidad (sic) con el Art. 15 del Reglamento General de la LOSNC?”

2. ¿En base a la normativa vigente, puede la entidad contratante revocar el acto administrativo favorable de adjudicación en sede administrativa o tiene que obligatoriamente agotar la instancia de declaratoria de lesividad a la que hace referencia el Art. 115 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. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 07044, de 31 de mayo de 2024, e insistencia contenida en oficio No. 07348, de 19 de junio de 2024, requirió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante “SERCOP”) que remita su criterio jurídico con relación a los temas materia de sus consultas, lo cual fue

atendido mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0163-OF, de 30 de junio de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP e ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 1 de julio de 2024.

- 1.2. El informe jurídico, sin número ni fecha, acompañado al oficio de consulta, suscrito por el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba (en adelante “CBGADMR”) citó el artículo 82 y 237 de la Constitución de la República¹ (en adelante “CRE”), 5 inciso segundo, 6 numeral 1, 10 numeral 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública², (en adelante “LOSNCPP”), 22 y 115 del Código Orgánico Administrativo³, 8 numeral 1, 41 numeral 2 y artículo innumerado añadido a continuación del artículo 8 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante “RGLOSNCPP”), los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado contenidos en los oficios No. 05160, de 9 de enero de 2024, No.17511, de 17 de noviembre de 2010, sentencias de la Corte Constitucional No. 030-18-SEP-CC y No. 001-16-PJO-CC; con base en los cuales efectuó el siguiente análisis y concluyó:

“(…) **2. DESARROLLO:**

2.3.1. Primera consulta

(…) Pronunciamiento del Abogado de la institución:

No hay duda que el Ente Rector de la Contratación Pública, actualmente Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, tiene la competencia para ejercer el control de los procesos de contratación sujetos al ámbito de la LOSNCPP, así lo establece expresamente el numeral 19 del Art. 10 de la LOSNCPP:

*(…) Es decir, el SERCOP ya no puede recomendar una eventual declaratoria de desierto a un proceso ya adjudicado, toda vez que, su potestad de control tiene límites conforme el primer numeral del Art. 8 del Reglamento General de la LOSNCPP, esto es, hasta la fase precontractual únicamente, una vez adjudicado el contrato, el proceso se encuentra en una nueva fase, que es la de **suscripción**, por lo tanto, no existe la competencia del Ente Rector de la*

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

² LOSNCPP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto 2008; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 268 de 14 de marzo de 2023.

⁴ RGLOSNCPP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.87 de 20 de junio 2022; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 549 de 1 de mayo de 2024.

Contratación Pública de recomendar la declaratoria de desierto cuando el mismo está adjudicado, de conformidad con los argumentos que se expondrán en el análisis a la segunda consulta.

Incluso el SERCOP tiene la obligación de revisar el estado del proceso en el portal de compras públicas, considerando que dicha información es pública y de libre acceso a toda la ciudadanía. En caso de detectarse irregularidades a las normas y principios que rigen la Contratación Pública, el SERCOP deberá analizar cuál es el nivel de afectación de las mismas, determinando incluso si estas pudieran afectar la validez jurídica del proceso y el futuro contrato administrativo o si tan sólo se trata de irregularidades imputables a los servidores públicos que no afectan la validez jurídica del proceso como tal, en los términos del Art. 22 del Código Orgánico Administrativo:

(...) En conclusión, el SERCOP no tiene la potestad para recomendar una eventual declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública si este se encuentra en la fase de suscripción, al que hace referencia el Art. 41 del Reglamento General de la LOSNCP.

2.3.2. Segunda consulta

(...) Pronunciamiento del Abogado de la institución:

*Basta con analizar la definición del primer numeral del Art. 6 de la LOSNCP: 'Adjudicación: **Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente OTORGA DERECHOS** y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley'.*

En este sentido, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado estaría impedido de revocar el acto administrativo de adjudicación en sede administrativa, de conformidad con lo que establece el Art. 115 del Código Orgánico Administrativo: (...)

(...) Nótese que la redacción de la norma legal determina la obligatoriedad (previamente deberán) de declarar la lesividad del acto administrativo previo a someter el caso a la justicia ordinaria, con la finalidad que esta última sea quien revoque la adjudicación.

3. CONCLUSIONES:

(...)

- *El criterio del Abogado de la institución en la **primera consulta** es que el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- tiene la competencia para efectuar el control o supervisión de los procesos y por consiguiente emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio, únicamente hasta la fase precontractual, conforme el primer numeral del Art. 8 del Reglamento General de la LOSNCP, más no en la fase de suscripción del contrato administrativo al que hace referencia el Art. 41 Ibidem.*
- *El criterio del Abogado de la institución en la **segunda consulta** es que el acto administrativo de adjudicación constituye sin duda un acto administrativo favorable, por consiguiente, no es jurídicamente viable su revocatoria en sede administrativa, de conformidad con lo que establece el Art. 115 del Código Orgánico Administrativo y los diversos criterios jurisprudenciales directamente aplicables."*

I.3. El Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP en el criterio jurídico institucional contenido en el oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0163-OF, de 30 de junio de 2024, además de las normas referidas por la entidad consultante, citó los artículos 226, 227, 288, 424 y 425 de la CRE; 14, 101 y 164 del COA; 10 numerales 12 y 17, 15 y 99 inciso tercero de la LOSNCP; 8 numeral 1, 337, 338, 339, 340, 342, 346 y 347 del RGLOSNCOP, además de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, contenidos en los oficios No. 03720, de 18 de mayo de 2019, y No. 09962, de 29 de marzo de 2017, con base en los cuales concluyó:

"III. PRONUNCIAMIENTO

3.1. En respuesta a la primera interrogante, este Servicio Nacional de Contratación Pública en observancia de sus atribuciones y competencias de control podrá emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio ante la vulneración de los principios y disposiciones de la LOSNCP, única y exclusivamente durante la fase precontractual, es decir, previo a la emisión de la resolución de adjudicación correspondiente, siendo las mismas encaminadas de subsanar inconsistencias; no obstante en el caso de detectarse inobservancia a los principios y disposiciones de la LOSNCP, podrá recomendar proceda con la declaratoria de desierto al amparo de lo dispuesto en el artículo 33, o su cancelación conforme el artículo 34 de la Ley ibidem.

Una vez que la entidad contratante emite la resolución de adjudicación es de su entera responsabilidad conforme al artículo 99 inciso tercero de la ley en referencia, en cuyo caso de existir irregularidades a la LOSNCP, los mismos serán notificados a los entes de control que componen el Subsistema Nacional

de Control acorde a lo señalado en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Concordante con lo expuesto, la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 09962 de 29 de marzo de 2017, ante una consulta realizada por el Alcalde del GAD Municipal del Cantón Guayaquil, señala en su parte pertinente: '(...) el Servicio Nacional de Contratación Pública – **SERCOP** es competente para emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal, de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes durante la ejecución de la fase precontractual de procedimientos específicos de contratación pública (...)' (Énfasis añadido).

3.2. Sobre la segunda interrogante, al ser la resolución de adjudicación un acto administrativo que declara derechos favorables en beneficio de un oferente seleccionado, por lo que la acción de lesividad procede en la forma establecida en el artículo 115 del COA.

El procedimiento a seguir para revocar un acto favorable debe considerar, que no hayan pasado más de 3 años desde su notificación, de oficio o a petición de parte se iniciará el procedimiento ordinario con la finalidad de declarar lesivo para el interés público un acto administrativo legítimo o con vicios convalidables que haya conferido derechos a un administrado, correspondiendo a la máxima autoridad de la entidad pública emitir la resolución de declaración de lesividad para el interés público el acto favorable, proponiendo en los 90 días posteriores la demanda de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con base en dicha decisión judicial, la máxima autoridad de la administración pública dictará el acto administrativo que declara la revocatoria del acto favorable.

Finalmente este Servicio Nacional de Contratación Pública enmarca sus actuaciones en el marco y cumplimiento de las atribuciones conferidas en el artículo 10 número 17 de la LOSNCP, por consiguiente el presente criterio jurídico realizado no es de carácter vinculante ya que única y exclusivamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública siendo el mismo de carácter orientativo; por lo que, en relación a las necesidades de las entidades contratantes estas deberán aplicar la normativa legal vigente, adoptando las acciones que correspondan en cumplimiento del artículo 99 inciso tercero de la LOSNCP."

- 1.4. Los informes jurídicos del CBGADMR y el SERCOP sobre la primera pregunta concuerdan en señalar que el SERCOP puede emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio únicamente durante la fase precontractual; es decir, de manera previa a la emisión de la resolución de adjudicación correspondiente.

Adicionalmente, el SERCOP manifiesta que en caso de detectarse inobservancias a los principios y disposiciones de la LOSNCP, puede recomendar que se proceda con la declaratoria de desierto al amparo de lo dispuesto en el artículo 33, o su cancelación conforme el artículo 34 de la Ley ibidem. Asimismo, es de entera responsabilidad de la entidad contratante emitir la resolución de adjudicación, y de existir irregularidades serán notificados los entes de control que componen el Subsistema Nacional de Control.

Con relación a la segunda pregunta, tanto el CBGADMR como el SERCOP manifiestan que al ser la resolución de adjudicación un acto administrativo favorable que otorga derechos en beneficio de un oferente seleccionado, la acción de lesividad procede en la forma establecida en el artículo 115 del COA.

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* facultades de control de SERCOP; *ii)* resolución de adjudicación y revocatoria de actos administrativos favorables.

2.1. Facultades de control del SERCOP. -

El artículo 288 de la CRE prescribe que las compras públicas deben cumplir con “*criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social*”, lo cual guarda armonía con el artículo 4 de la LOSNCP, que dispone que, para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven “*se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional*” (énfasis añadido).

Según lo previsto en los incisos primero y segundo del artículo 10 de la LOSNCP, en concordancia con el inciso primero del artículo 7 del RGLOSNCP, el SERCOP es un “*organismo de derecho público, técnico regulatorio con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria*” al que le corresponde la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante SNCP”).

Entre las atribuciones del SERCOP, los numerales 19 y 21 del artículo 10 de la LOSNCP prescriben que le compete: “*Analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda*”; y, de ser pertinente, poner en conocimiento de los organismos de control; así como, ejercer las atribuciones “*establecidas en la presente Ley, su Reglamento General y demás normas aplicables*” (énfasis añadido).

El inciso primero del artículo 15 de la LOSNCP, dentro del SNCP, establece un Subsistema Nacional de Control, conformado por todos los organismos y entidades que efectúen control gubernamental, en relación con cualquier actuación o contratación efectuada al amparo de esta Ley, por parte de cualquier actor del SNCP, ente ellos, el SERCOP y en este ámbito, el inciso cuarto del artículo 15 de la LOSNCP determina que *“Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles a los procedimientos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes”*. Adicionalmente, el inciso quinto de la misma norma prevé que le corresponde al SERCOP informar a las entidades de control pertinentes cuando conozca de la comisión de infracciones a la LOSNCP, así como a la Fiscalía General del Estado cuando existan indicios de la comisión de un delito.

Por su parte, el artículo 41 del RGLOSNCPP determina las fases de la contratación pública en el siguiente tenor:

“Art. 41.- De las fases de la contratación pública. - Los procedimientos de contratación pública se desarrollarán a través de las siguientes fases:

- 1.- Preparatoria: Desde la elaboración del Plan Anual de Contratación o el levantamiento de la necesidad institucional, hasta la suscripción de la resolución de inicio;*
- 2.- Precontractual: Desde la publicación de la resolución de inicio en el Portal COMPRAS PUBLICAS hasta la adjudicación o declaratoria de desierto o cancelación;*

Es oportuno señalar que la Procuraduría General del Estado, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 09962 de 29 de marzo de 2017 ya ha señalado que *“(...) el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP es competente para emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal, de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes, durante la ejecución de la fase precontractual (...)”*.

El RGLOSNCPP tiene como objeto y ámbito, según su artículo 1 *“(...) la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por parte de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley y los actores que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública”*; y, el artículo 7 ratifica al SERCOP como ente rector del SNCP y, entre sus competencias, el artículo 8 señala:

“Además de las atribuciones conferidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendrá las siguientes:



1. ***Efectuar el control, supervisión de oficio o a petición de parte y el monitoreo de los procedimientos de contratación pública comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la etapa preparatoria y precontractual;***” (énfasis añadido).

Adicionalmente a lo expuesto, el Título VI del RGLOSNCPP denominado “Control y Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en su artículo 336 señala que, en la órbita del control, al SERCOP le corresponde:

- a) El monitoreo constante de los procedimientos que se ejecuten en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública, desde su publicación;*
- b) Supervisar de oficio o a petición de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, parámetros de evaluación discrecionales;*
- c) Solicitar a las entidades contratantes la adopción de medidas correctivas inmediatas;*
- d) Emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las entidades contratantes;*
- e) Solicitar a las entidades contratantes información vinculada con los procedimientos de contratación;*
- f) Suspender los procedimientos de contratación pública en los casos establecidos en este Reglamento;*
- g) Solicitar a las entidades contratantes y a los proveedores actualizar información;*
- h) Conocer y tramitar las reclamaciones y denuncias que presenten los proveedores; y,*
- i) Evaluar las contrataciones realizadas por las entidades contratantes, para el efecto establecerá indicadores e índices de desempeño”.*

De las normas previamente invocadas, se desprende lo siguiente: *i)* son principios rectores de la contratación pública la legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad; *ii)* el SERCOP es el órgano técnico rector de la Contratación Pública y, como tal, le corresponde supervisar, monitorear y controlar todos los procesos de contratación pública y con base en este análisis emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda; *ii)* también compete al SERCOP ejercer las atribuciones establecidas en la LOSNCPP, su Reglamento General y demás normas aplicables y dentro del marco de sus atribuciones, efectuar los controles a los procedimientos de contratación pública, de oficio o a petición de parte, en la etapa preparatoria y precontractual, así como conocer y tramitar las reclamaciones y denuncias que presenten los proveedores.

2.2. Resolución de adjudicación y revocatoria de actos administrativos favorables. -

El numeral 1 del artículo 6 de la LOSNCP define a la adjudicación como *“el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”*.

De la disposición referida, se evidencia que la adjudicación de un procedimiento de contratación pública constituye un acto administrativo, el cual es definido por el artículo 98 del COA como *“(…) la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa (...)”*; y, sus requisitos de validez están determinados en el artículo 99 y son: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación.

Adicionalmente, cabe considerar que al tenor del artículo 101 del COA, el acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado; y, que según lo prescrito en el inciso primero artículo 164 ibidem, la notificación es el acto por el cual se comunica a la persona interesada o a un conjunto indeterminado de personas, el contenido de un acto administrativo para que las personas interesadas estén en condiciones de ejercer sus derechos.

En este contexto, el numeral 2 del artículo 103 del COA, entre las causas de extinción del acto administrativo, prevé la revocatoria. Sobre la revocatoria de actos favorables, como lo es la resolución de adjudicación de un contrato, el artículo 115 del COA dispone:

“Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían

afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial”.

La revocatoria de actos administrativos favorables ya fue materia de análisis doctrinario por parte de la Procuraduría General del Estado, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 03720, de 18 de mayo de 2019, en el que manifestó:

“(…) actos administrativos favorables, que el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española define en la siguiente forma:

Acto que amplía de cualquier forma o favorece los intereses de sus destinatarios. Por ejemplo, el otorgamiento de una concesión o una autorización, el reconocimiento de una dispensa o de una ventaja de carácter económico. Las leyes garantizarán especialmente su irrevocabilidad

Sobre la revocatoria de los actos administrativos, Cassagne manifiesta

Los principales medios de extinción del acto en sede administrativa son la revocación y la caducidad (...)

A) Revocación

(...) la regla en el acto administrativo unilateral es la de inmutabilidad, irrevocabilidad o estabilidad, como algunos autores prefieren titularla. La revocación constituye un instituto que solo procede en circunstancias de excepción, lo normal es la irrevocabilidad del acto.

Con relación a la misma materia, en nuestro medio, Francisco Guerrero Celi explica

La revocación es ‘la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario’. Por tanto, la revocación constituye un mecanismo por medio del cual se extinguen los actos administrativos, como lo prevé el Art. 103, numeral 2 del Código Orgánico Administrativo, que entre las causas de extinción del acto administrativo contempla la revocatoria.

Respecto a la revocatoria de los actos administrativos favorables, Juan Pablo Aguilar precisa que ‘La existencia de razones de orden público no puede convertirse en una autorización para afectar los derechos de los beneficiarios del acto administrativo, sin que exista una adecuada compensación’

(...)

Al comentar las citadas normas del COA, Juan Pablo Aguilar explica

(...) La revocatoria exige, dice el artículo 115 del Código Orgánico administrativo, la previa declaratoria del acto como lesivo para el interés público y la presentación de la acción de lesividad ante el Tribunal Contencioso Administrativo, siendo este último el que debe establecer los mecanismos de reparación que corresponda.

En la misma línea, Francisco Guerrero Celi manifiesta

Queda claro por tanto, que los actos administrativos favorables a los administrados no pueden ser revocados libremente por la administración, sino que en caso que esta estime que determinado acto afecta intereses públicos, la máxima autoridad debe declarar en sede administrativa, que ese acto es lesivo para al interés público, 'siguiendo el procedimiento administrativo ordinario previsto en este Código (Orgánico Administrativo)' (Art. 117 inciso 2º), y luego la misma autoridad debe interponer la acción de lesividad ante el tribunal distrital de lo contencioso administrativo competente, con sustento entre otras, en las siguientes normas. En el Art. 326 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone 'Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones () 3 La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público', y, en el Art. 217 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, que consagra como atribución de los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo, 'Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración' (lo resaltado me corresponde)."

De lo manifestado, se desprende lo siguiente: *i) la adjudicación es un acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado; ii) la adjudicación surte efectos a partir de su notificación y es impugnabile a través de los procedimientos establecidos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; iii) los requisitos de validez de los actos administrativos son competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación; iv) la revocatoria es causa de extinción de los actos administrativos, al tenor del numeral 2 del artículo 103 del COA ; v) para la revocatoria de actos administrativo favorables, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la*

persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables y con base en dicha declaratoria, solicitar la declaración judicial de lesividad, ante el tribunal distrital de lo contencioso administrativo competente.

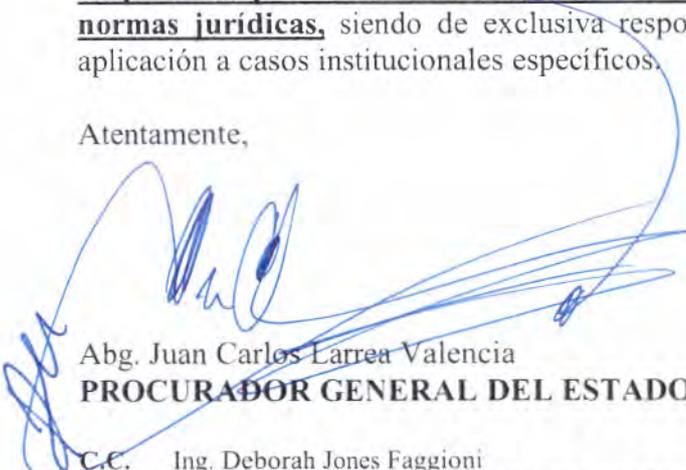
3. Pronunciamiento. -

En virtud del análisis jurídico precedente, y en atención a la primera consulta, se concluye que, de conformidad con el numeral 19 del artículo 10 de la LOSNCP y el numeral 1 del artículo 8 del RGLOSNC, le compete al Servicio Nacional de Contratación Pública la supervisión, monitoreo y control de los procesos de contratación pública. En este contexto, el SERCOP tiene la atribución de emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda, durante las etapas preparatoria y precontractual. Además, le compete informar a los organismos pertinentes que integran el subsistema de control cuando, en ejercicio de sus facultades, detecte la comisión de infracciones a la LOSNCP.

Con relación a la segunda pregunta, se concluye que la resolución de adjudicación de un procedimiento de contratación pública, siempre que cumpla con los requisitos de validez y no incurra en causa de nulidad, de conformidad con los artículos 99 y 105 del COA, es un acto administrativo favorable. Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 115 del mismo código, su revocatoria requiere, de manera previa, la declaratoria de lesividad para el interés público y la presentación de la respectiva acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

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. Ing. Deborah Jones Faggioni
DIRECTORA GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. **08042**

Quito, D.M., **31 JUL 2024**

Doctor
Wilson Fidel Cañizares Villamar

ALCALDE

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
DAULE**

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADIMCD-ALC-WC-2024-0110-O, de 8 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formularon las siguientes consultas:

“¿Deberá la Municipalidad de Daule en el caso del aporte de predio urbano, por parte de un socio como pago en un aumento de capital de una Sociedad de Acciones Simplificadas S.A.S liberar del pago de tributos que grave dicha transferencia de dominio, esto es el Impuesto a la utilidad en la transferencia de los predios urbanos y plusvalía de los mismos, y, el Impuesto de alcabalas, en aplicación del artículo innumerado ‘Actos societarios’, del parágrafo 5, de la sección innumerada ‘Sociedades por Acciones Simplificadas S.A.S’, de la Ley de Compañías, pese a que el COOTAD no lo establece?”

¿En el caso de existir esta liberación tributaria señalada en la pregunta anterior, aplicaría también al aporte de especies para la Constitución de la S.A.S?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Con oficio No. 06820, de 14 de mayo de 2024, este organismo solicitó la ampliación del informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Daule (en adelante, “*GADM Daule*”) con la finalidad que contenga un análisis de las normas legales materia de la consulta y defina la posición institucional en la que se concluya en base a dicho análisis, así como precise la existencia de procesos judiciales o informes de la Contraloría General del Estado u otros organismos de control pendientes o resueltos relacionados con el objeto de la consulta y el estado de los mismos.

El requerimiento antes indicado fue atendido mediante oficio No. GADIMCD-ALC-WC-2024-0124- O, de 28 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día, al que se acompañó el memorando No. GADIMCD-PSM-2024-0610-M de la misma fecha, suscrito por el Procurador Síndico del GADM Daule.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 07045 y No. 07046, de 31 de mayo, y No. 07312, de 17 de junio de 2024,

respectivamente, este organismo solicitó a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, "SCVS"), a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, "AME"); y, al Servicio de Rentas Internas (en adelante, "SRI") que remitan su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 07311, de 17 de junio de 2024, se insistió en el requerimiento realizado a la AME.

1.3. Los requerimientos efectuados por este organismo fueron atendidos, únicamente, por el Director Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo, Subrogante, de la SCVS, mediante oficio No. SCVS-INC-DNCDN-2024-00047170-O, de 13 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, en el cual se abstuvo de emitir su criterio. La AME y el SRI hasta la presente no han dado respuesta a los requerimientos de esta Procuraduría.

1.4. El informe jurídico inicial del GADM Daule, contenido en el memorando No. GADIMCD-PSM-2024-0108-M, de 8 de mayo de 2024, citó los artículos 527, 534 y 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización¹ (en adelante, "COOTAD"); la Disposición Reformativa Octava de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación² (en adelante, "LOEMI"); 4, 13 y 14 del Código Tributario³ (en adelante, "CT"); la Sección Innumerada denominada "SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S.)" de la Ley de Compañías⁴ (en adelante, "LC"); y, el artículo 85 de Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo⁵ (en adelante, "LRLC"); 686 del Código Civil⁶ (en adelante, "CC"), con fundamento en los cuales analizó:

"e.1.- El COOTAD, desde el Artículo 527 al 537, que norman lo relacionado al Impuesto de la alcabala, no existe liberación alguna del pago de este tributo, salvo respecto a las exoneraciones expresamente establecidas en el artículo 534. Dentro de estas, se encuentran las detalladas en las letras f), g) y h) relacionadas a aportes a diferentes sociedades pero en ninguno de ellos se encuentran las S.A.S.

e.2.- Concordante con lo anterior, inicialmente la Ley de Compañías, en la sección incorporada de las Sociedades de Acciones Simplificadas S.A.S, existía un artículo innumerado que establecía:

'Naturaleza de los aportes efectuados a título de sociedad.- Por la naturaleza de los aportes efectuados a título de sociedad por acciones simplificadas, la legislación tributaria determinará si estas causan impuestos, contribuciones, tasas, cargas tributarias, bien sean fiscales, provinciales, municipales o especiales.'

Sin embargo, dicho artículo fue sustituido por el artículo 85 de Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y Para el Fomento del

¹ COOTAD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

² LOEMI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 151 de 28 de febrero de 2020.

DISPOSICIONES REFORMATIVAS // "Octava - A continuación de la sección VIII de la Ley de Compañías inclúyase la siguiente sección innumerada de las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S): (...)"

³ CT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

⁴ LC, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

⁵ LRLC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 269 de 15 de marzo de 2023.

"Art. 85.- Sustitúyase el artículo innumerado titulado 'naturaleza de los aportes efectuados a título de sociedad', de la Sección Innumerada de la Ley de Compañías que reconoce a la Sociedad por Acciones Simplificada, por el siguiente: (...)"

⁶ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

08042

MUNICIPIO DE DAULE
01875-2024
Página. 3

Gobierno Corporativo, publicada en Registro Oficial Suplemento 269 de 15 de Marzo del 2023, por el siguiente:

'Aportes de bienes efectuados en la constitución de una sociedad por acciones simplificada.- Las transferencias de bienes que se efectúen por concepto de aportes en el proceso de constitución de una sociedad por acciones simplificada, se sujetarán a lo previsto en esta Ley.'

Esta reforma realizada a dicho artículo sugeriría que no habría ningún cambio respecto a la imposición tributaria de los aportes efectuados a título de S.A.S, pues el COOTAD respecto del impuesto de alcabala no ha sido reformado, acogiendo lo dispuesto en el artículo 4 del Código Tributario, que establece que las exenciones deben estar expresamente señaladas en la ley.

e.3.- No obstante lo anterior, existe un artículo innumerado 'Actos societarios' que subsiste desde la incorporación de la sección innumerada 'Sociedades por Acciones Simplificadas S.A.S' a la Ley de Compañías, que libera la gravación de tributos, a los aportes de especies; siendo un caso de no sujeción expresa dada por un cuerpo legal, distinto del COOTAD, (...)

Como se puede observar la norma citada (su cuarto párrafo) dispone expresamente que el aporte de bienes a título de sociedad, producto de una reforma estatutaria, no causa tributo alguno. En cambio en el caso del aporte de bienes a título de sociedad en la constitución de la S.A.S. sí causa los tributos municipales correspondientes, por cuanto esta situación no está prevista en el artículo previamente citado".

1.4. El informe jurídico ampliatorio del GADM Daule señaló adicionalmente los artículos 31 y 32 del CT; y, 686 del Código Civil⁷ (en adelante, "CC"); y, analizó y concluyó:

"III ANÁLISIS

El análisis se referirá a la pertinencia de la gravación del aporte de bienes inmuebles en aumento de capital de SAS con los impuestos a la transferencia de dominio

(...)

h.3.- No obstante lo anterior, existe un artículo innumerado que subsiste desde la incorporación de la sección 'Sociedades de Acciones Simplificadas SAS' a la Ley de Compañías, que libera la gravación de tributos, a los aportes de especies en el caso de aumento de capital, (...)

De la lectura del texto del antes indicado, artículo, se puede colegir que se refiere a decisiones que se adoptan en Asamblea de Socios, ya constituida la SAS, pues se refiere a las resoluciones que se aprueban por mayoría simple, salvo lo establecido en el estatuto social, que puede implicar la transferencia de bienes. como aporte en un aumento de capital; pudiendo ser estos bienes inmuebles, por la necesidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

⁷ CC, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

Como se puede observar la norma citada en su parte resaltada (su cuarto inciso y lo subrayado), (sic) la transferencia de bienes como aporte a título de sociedad que sea aprobada por la Asamblea de Socios, ya constituida la SAS, no está sujeta a tributo de ninguna clase; lo que significa que la reforma introducida por la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación a la Ley de Compañías, establece un caso de no sujeción de carácter expresa (cuando la ley establece que tales actos no producen el hecho generador) respecto de cualquier obligación tributaria que pudiere generar, incluyendo el Impuesto a la Utilidad en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos y al Impuesto de Alcabala. Liberación de tributos dado por un cuerpo legal distinto del COOTAD que regula los indicados tributos.

IV CONCLUSIÓN

(...) el aporte de especie, en este caso de un predio urbano, por parte de un socio como pago de las nuevas acciones suscritas en un aumento de capital de una Sociedad de Acciones Simplificadas S.A.S., no se encuentra sujeto a ningún tributo que grave dicha transferencia de dominio, esto es el Impuesto a la utilidad en la transferencia de los predios urbanos y plusvalía de los mismos, y, el Impuesto de alcabalas, por así disponerlo expresamente la Ley de Compañías.”

2.- Análisis. –

2.1. Disposiciones Generales relacionadas a la aportación de bienes y normas aplicables a las SAS. -

El artículo 1 de la LC⁸ prevé que las compañías se constituyen “*por contrato, entre dos o más personas naturales o jurídicas que unen sus capitales, trabajo o conocimiento para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades*” o “*por acto unilateral, por una sola persona natural o jurídica que destina aportes de capital para emprender en operaciones mercantiles de manera individual y participar de sus utilidades*”.

En su inciso segundo, esa norma agrega que: “*El acto unilateral y el contrato de compañía se rigen por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los contratos sociales o normas contenidas en el acto unilateral respectivo y por las disposiciones del Código Civil*”.

Por otra parte, el artículo 2 ibídem diferencia seis especies de sociedades mercantiles, entre ellas, “*La sociedad por acciones simplificada*”.

El artículo 10 de la LC, en su primer inciso, establece que “*Las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio.*”. Agrega su inciso tercero que, en el documento de constitución o en el de aumento del capital social “*deberán describirse las aportaciones no dinerarias, la valoración en dólares de los Estados Unidos de América que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas como consecuencia del aporte*”. Adicionalmente, su inciso cuarto prevé:

⁸ LC, artículo 1 sustituido por la Disposición Reformatoria Primera de la LOEMI, por el artículo 1 de la Ley de Modernización de la LC, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 347 de 10 de diciembre de 2020, y, por el artículo 1 de la LRLC.

08042

MUNICIPIO DE DAULE
01875-2024
Página. 5

“Si la aportación consistiese en bienes muebles, inmuebles, intangibles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos”.

Así, el artículo 33 ibidem indica que *“El **aumento** o disminución **de capital**, la prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de nombre, cambio de domicilio, convalidación, y disolución anticipada, **así como todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse**, que reduzcan la duración de la compañía, o excluyan a alguno de sus miembros, **se sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie**”* (énfasis añadido).

Por su parte, la LC en la Sección Innumerada *“SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S)”*, en el número 1 *“Disposiciones Generales”*, en su artículo innumerado primero define a la SAS como *“una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre mercantil, independientemente de sus actividades operacionales”* que, conforme el artículo innumerado tercero, *“una vez inscrita en el Registro de Sociedades”* de la SCVS *“formará una persona jurídica distinta de sus accionistas”*.

En la misma Sección, en el número 2 denominado *“Constitución y prueba de la sociedad”*, en su artículo innumerado primero, respecto de la constitución de la SAS, el inciso primero señala que *“se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado”* que *“adquiere vida jurídica”* desde su inscripción en el Registro de Sociedades de la SCVS. Así, el artículo innumerado cuarto dentro del mismo número y sección de la LC, establece el control previo de legalidad al documento constitutivo por parte de la SCVS, para proceder a la inscripción en el Registro de Sociedades de ese organismo de control.

En el número 3 de la referida Sección, denominado *“Reglas sobre el capital y las acciones”*, en la parte final de su artículo innumerado primero, establece que *“En el acto o contrato de constitución podrán convenirse libremente las reglas que fueren pertinentes, mientras no se opongan a esta Ley”*, y en el artículo innumerado cuarto de ese numeral y sección, establece que *“Las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. El riesgo de la cosa será de cargo de la sociedad por acciones simplificada desde la fecha en que se le haga la entrega respectiva. Los aportes en especie deberán integrarse en un 100% al momento de la suscripción”* y, en la parte final de su inciso final, prevé: *“En lo no previsto en este artículo, se aplicarán las disposiciones que regulan el aporte en especie al capital de las sociedades anónimas”*.

Particularmente, en cuanto a los aportes de bienes efectuados en la constitución de una SAS, el artículo innumerado quinto señala: *“Las transferencias de bienes que se efectúen por concepto de aportes en el proceso de constitución de una sociedad por acciones simplificada, se sujetarán a lo previsto en esta Ley”*.

Posteriormente, en el número 5 de la indicada Sección, denominado *“Reformas Estatutarias y Reorganización de la Sociedad”*, el artículo innumerado primero, materia de su consulta, señala:

*“Art. (...) **Actos societarios**⁹.- Para que la asamblea pueda acordar válidamente cualquier acto societario en primera convocatoria, la misma deberá instalarse con uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad del capital social con derecho a voto. En segunda convocatoria, la junta se instalará con los accionistas presentes y que estuvieren habilitados para votar, inclusive con uno solo.*

Las resoluciones se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo previsión en contrario del estatuto social.

La resolución deberá instrumentarse en documento privado, a menos que la reforma implique la transferencia de bienes mediante escritura pública, caso en el cual se registrá por dicha formalidad. En cualquier caso, cualquier acto societario surtirá efectos a partir de su inscripción en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

*Si para la transferencia de los bienes fuere necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad, ésta se hará posteriormente a la inscripción del acto societario en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Similar disposición deberá ser observada frente a cualquier bien cuya tradición esté sujeta a una inscripción registral. **El presente aporte a título de sociedad no causará ningún impuesto, contribución, tasa ni carga tributaria alguna, bien sea fiscal, provincial, municipal o especial. La misma disposición será aplicable sobre cualquier acto cuya ejecución fuere necesaria para la consecución de tal fin**” (énfasis añadido).*

En este contexto, es importante considerar que el número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰ (en adelante, “LOGJCC”), en armonía con el número 1 del artículo 18 del Código Civil, prevén que: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal*”.

De lo manifestado se desprende que: *i) las compañías se constituyen por acto unilateral o multilateral con la finalidad de emprender operaciones mercantiles y participar de sus utilidades; ii) los aportes de los bienes que se realizan a las compañías se entienden traslativas de dominio y deben cumplir las reglas previstas en el artículo 10 de la LC; iii) las SAS son sociedades de capitales de naturaleza mercantil, distintas de sus accionistas, que se constituyen mediante contrato o acto unilateral en documento privado, sujeto a control de legalidad por parte de la SCVS, conforme lo señalado en el número 2 de la Sección Innumerada que regula a ese tipo de compañías; iv) los aportes de bienes que se realizan a las SAS se encuentran reglados en el número 3 de la Sección Innumerada de la LC que, en su artículo innumerado cuarto, establece la subsidiariedad de las disposiciones que regulan el aporte en especie al capital de las sociedades anónimas; y, v) si como consecuencia de un acto societario que reforme el estatuto o reorganice la sociedad se aportaren bienes inmuebles a la SAS, la transferencia de dominio se formalizará mediante escritura pública y dicho traspaso a favor de la sociedad “no causará ningún impuesto, contribución, tasa ni carga tributaria alguna, bien sea fiscal, provincial, municipal o especial.”.*

⁹ (Agregado por la Disp. Reformatoria Octava de la Ley s/n, R.O. 151-S, 28-II-2020)

¹⁰ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

08042

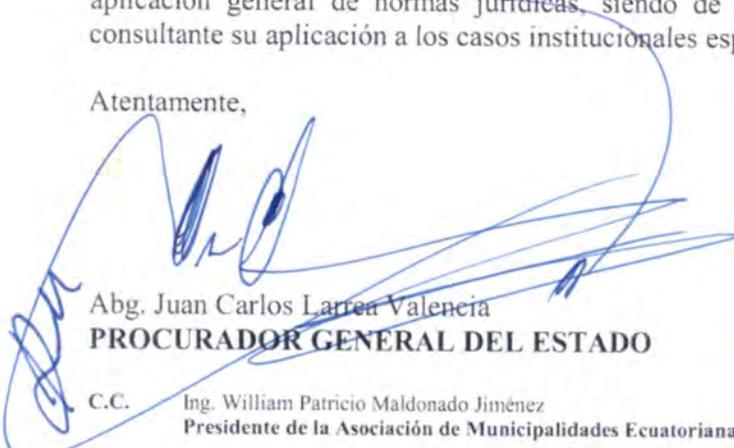
MUNICIPIO DE DAULE
01875-2024
Página. 7

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de las consultas se concluye que, de acuerdo con los artículos 3 numeral 7 de la LOGJCC y 18 numeral 1 del Código Civil, y, por disposición expresa del primer artículo innumerado del número “5. *Reformas Estatutarias y Reorganización de la Sociedad*” de la Sección Innumerada “*SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS)*” de la LC, el aporte a título de sociedad resultante –exclusivamente– de los actos societarios que impliquen la reforma del estatuto o reorganización de la sociedad por acciones simplificadas, no está sujeto a pago de ningún impuesto, contribución, tasa ni carga tributaria alguna, bien sea fiscal, provincial, municipal o especial.

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. Ing. William Patricio Maldonado Jiménez
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME)

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

Mgs. Damián Alberto Larco Guamán
Director General del Servicio de Rentas Internas

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec