

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Mayo 2022

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 mayo de 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	30-may-22	EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TRANSITO Y MOVILIDAD DE GUAYAQUIL - EPMTMG ADMINISTRATIVAS- COBRO DE INTERESES Y RECARGOS POR INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE MULTAS DE TRÁNSITO	4
2	20-may-22	BANCO CENTRAL DEL ECUADOR FINANCIERO Y BANCARIO - CONTRIBUCIÓN CGE POR ENTIDADES FINANCIERAS PÚBLICAS	12
3	19-may-22	SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA ADMINISTRATIVAS - PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	26
4	19-may-22	MUNICIPIO DE JAMA SERVICIO PÚBLICO - DICTAMEN PRESUPUESTARIO PARA INDEMNIZACIONES O COMPENSACIONES NO PLANIFICADAS	34
5	19-may-22	CONSEJO DE LA JUDICATURA ADMINISTRATIVAS - CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR DACIÓN EN PAGO EN PROCESO JUDICIAL	41
6	11-may-22	EMPRESA METROPOLITANA DE ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE DE QUITO, EMAAP-Q CONTRATACIÓN PÚBLICA - REASEGURO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS	51

Oficio N° 18890

Quito, DM, 30 MAY 2022

Señor abogado
Roberto Ricaurte Bumachar,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y MOVILIDAD DE
GUAYAQUIL, EP (EPMTMG EP).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. EPMTMG-GG-RR-2022-0516 de 19 de enero de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el 21 de los mismos mes y año, remitido a este Despacho con oficio No. PGE-DR1-2022-00102 de 22 de marzo del año en curso, recibido al día siguiente, mediante el cual usted formuló tres consultas relacionadas con el cobro de intereses respecto de las sanciones pecuniarias aplicables a las infracciones de tránsito tipificadas por el Código Orgánico Integral Penal y el ejercicio de la coactiva prevista por la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas por separado, en el mismo orden en que han sido planteadas.

1. PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS:

“(...) ¿Es posible que en caso de no pago de las multas derivadas por el cometimiento de infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal, fuera del término previsto en la ley, de acuerdo con el art. 179 de la LOTTTSV, se pueda cobrar intereses?”

“(...) ¿En caso de cobro de intereses por el no pago de las multas derivadas por el cometimiento de infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal, fuera del término previsto en la ley, cuál es su fórmula de cálculo?”

1.1. Antecedentes. -

1.1.1. Mediante oficios Nos. PGE-DR1-2022-00024 y PGE-DR1-2022-00050 de 26 de enero y 14 de febrero de 2022, la Dirección Regional de este organismo solicitó e insistió remitir el informe jurídico previsto por el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, lo que fue atendido mediante oficio sin número de 24 de febrero de 2022, suscrito por el Asesor Jurídico de la Empresa Pública Municipal de Tránsito y Movilidad de Guayaquil, EP (en adelante EPMTMG EP), recibido por la mencionada Dirección Regional el 15 de marzo del mismo año.

18890

1.1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 18200 de 25 de marzo de 2022, este organismo solicitó a la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (en adelante ANT) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de consulta, lo que fue atendido por el Director Ejecutivo de la ANT, mediante oficio No. ANT-ANT-2022-0453-OF de 12 de abril de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día.

1.1.3. El informe jurídico inicial de la entidad consultante, contenido en memorando No. EPMTMG-AJ-RE-2021-335 de 23 de noviembre de 2021, suscrito por el Asesor Jurídico de la EPMTMG EP, cita los artículos 1, 265, 266, 267 y 271 del Código Orgánico Administrativo¹ (en adelante COA); 14.1 y 130 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I² (en adelante COMF); Disposición General Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial³ (en adelante LOTTTSV); y, 1 del Código Tributario⁴ (en adelante CT), en base de lo cual, respecto de la primera y segunda preguntas concluye lo siguiente:

“Ahora bien, para dar respuesta a la consulta planteada por el Aliado Estratégico, esto es, cuál sería la fórmula para el cálculo de los intereses para multas contenidas en la LOTTTSV, esta deberá seguir lo dispuesto en el art. 265 del Código Orgánico Administrativo. Esto es, corresponderá al órgano al que se le haya asignado la competencia de emitir las órdenes de cobro liquidar los intereses desde que nace la obligación (notificación de la multa) hasta antes de la emisión de la orden de cobro. Así como, liquidar los intereses devengados desde la orden de cobro hasta la fecha de pago efectivo de la obligación”.

1.1.4. Como alcance al citado informe jurídico la consultante remitió el oficio sin número de 24 febrero de 2022, suscrito por el Asesor Jurídico de la EPMTMG EP, cita los artículos 425 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE)⁵; 179 de la LOTTTSV; 156 de la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial⁶ (en adelante Ley Reformatoria a LOTTTSV); 38 y 1575 del Código Civil⁷ (en adelante CC); y, 237 del Reglamento de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial⁸ (RLOTTTSV), con fundamento en lo cual, respecto de su primera y segunda pregunta, concluye:

“La respuesta del el (sic) es que sí cabe el cobro de intereses por el no pago de las multas derivadas por el cometimiento de infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal, fuera del término previsto en la ley, de acuerdo con el art. 179 de la LOTTTSV. La razón de lo dicho es porque, a partir de la Reforma a la LOTTTSV, publicada en el Quinto Suplemento, del Registro Oficial Nro. 512, de fecha 10 de agosto de 2021, quedó modificada en su texto el art. 179 de la LOTTTSV.

¹ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

² COMF, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

³ LOTTTSV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto de 2008.

⁴ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

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

⁶ Ley Reformatoria a LOTTTSV, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 512 de 10 de agosto de 2021.

⁷ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁸ RLTTTSV, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 731 de 25 de junio de 2012.

18890

(...)

Por lo tanto, el suscrito concluye que es posible el cobro de intereses en caso de no pago de las multas derivadas por el cometimiento de infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal, fuera del término previsto en la ley, de acuerdo con el art. 179 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en adelante LOTTTSV.

(...)

Por lo tanto, se reafirme que cabe el cobro de intereses cuando se configure el supuesto de hecho del no pago de las multas derivadas por el cometimiento de infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal, fuera del término previsto en la ley, la fórmula de cálculo de estos intereses es la prevista en el Código Orgánico Administrativo”.

1.1.5. De su parte, el criterio jurídico del Director de Asesoría Jurídica de la ANT, contenido en memorando No. ANT-DAJ-2022-1311 de 31 de marzo de 2022, además de las normas invocadas por la entidad consultante, cita el artículo 425 de la CRE, la Disposición General Trigésima Cuarta de la LOTTTSV y la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la LOTTTSV, y concluye:

“(…) no se puede cobrar intereses por mora cuando no han pagado las infracciones de tránsito dentro de los 20 días que señala la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, ya que el 2% de recargos que determinaba el inciso quinto del artículo 179 de la citada Ley antes de las reformas, fue sustituido por el actual artículo 179 de la LOTTTS.

(...)

Al haberse sustituido el inciso quinto del artículo 179 de la LOTTTSV, donde también se determinaba el cálculo para establecer recargos por las infracciones de tránsito, no existe, por consiguiente, cálculo alguno para ser aplicado, conforme lo indicado”.

1.1.6. De lo expuesto se observa que los criterios jurídicos de la EPMTMG EP y la ANT difieren respecto al cobro de intereses por mora cuando no se han pagado las sanciones pecuniarias de las infracciones de tránsito previstas en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), y en cuanto a la fórmula de cálculo de los mismos.

Así mientras la EPMTMG EP considera que, cabe el cobro de intereses, según prevé el artículo 179 de la LOTTTSV y agrega que, su cálculo se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 265 del COA.

Por su parte, la ANT manifiesta que no se puede cobrar intereses por mora respecto de infracciones de tránsito por cuanto el artículo 179 de la LOTTTSV que inicialmente permitía el cobro de un recargo adicional del 2% por el no pago de las multas fue sustituido; y, por consiguiente, no existe fórmula de cálculo a ser aplicada.

18890

1.2. Análisis. -

Para atender la consulta se observa que, de conformidad con los artículos 76 numeral 3 y 132 numeral 2 de la CRE, nadie puede ser sancionado por un acto u omisión que no esté tipificado como infracción penal o administrativa, pues aquello tiene reserva de ley.

En este sentido, el artículo 18 del COIP define a la infracción penal como *“la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”* y la clasifica en *“delitos y contravenciones”*, según el artículo 19 *ibidem*.

Las contravenciones de tránsito están contempladas en el Sección Tercera del Capítulo Octavo *“Infracciones de Tránsito”* del Título IV *“Infracciones en Particular”* del COIP, cuya Derogatoria Décimo Octava eliminó los capítulos y artículos del Título III del Libro Tercero *“De las infracciones de Tránsito”* de la LOTTTSV. En tal virtud, las contravenciones de tránsito están reguladas por el COIP.

De su parte, el artículo 179 de la LOTTTSV, al que se refiere su consulta, ubicado en el Título III *“De las Infracciones de Tránsito”*, Capítulo XI *“Del Juzgamiento de las Contravenciones”*, fue sustituido por artículo 109 de la Ley Reformatoria a la LOTTTSV, y al referirse a la notificación de contravenciones dispone que se realice mediante la entrega personal de la boleta por el agente de tránsito al infractor, y de no ser ello posible mediante remisión al domicilio del propietario del vehículo o al correo electrónico que conste en la base de datos nacional, *“en un plazo no mayor de setenta y dos (72) horas contadas desde la fecha en que fue cometida la contravención”*, que debe contener el detalle de la contravención y la advertencia de las sanciones correspondientes que para ella prevé la ley. Los dos últimos incisos de la misma norma prevén que:

“El contraventor responsable no podrá renovar su licencia de conducir, realizar la revisión técnica vehicular, ni matricular el vehículo que esté a su nombre si antes no ha cancelado el valor de las multas más los recargos correspondientes o ha suscrito el correspondiente convenio de pago ante la autoridad competente.

Cuando se trate de una contravención por mal estacionamiento, y no se pueda ubicar a su conductor, se procederá a colocar en alguna parte visible de su vehículo el adhesivo correspondiente; en este caso el obligado al pago será el propietario del vehículo y no podrá matricularlo **si antes no ha cancelado el valor de las multas más los recargos respectivos o ha suscrito el correspondiente convenio de pago ante la Autoridad competente**” (el resaltado me corresponde).

Según su tenor, la norma previamente citada establece que corresponde al contraventor de tránsito pagar las multas más los recargos correspondientes o suscribir el correspondiente convenio de pago ante la autoridad competente, sin prever intereses, como constaba en el inciso sexto de esa norma antes de su reforma⁹.

⁹ Texto anterior del sexto inciso del artículo 179 de la LOTTTSV: *“El pago de la multa se efectuará dentro de los diez días hábiles posteriores a la fecha de la notificación del acta de juzgamiento, en caso de mora se cancelará una multa adicional del dos por ciento (2%), sobre el valor principal, por cada mes o fracción de mes de mora hasta un máximo equivalente al cien por ciento (100%) de la multa”* (el resaltado me corresponde).

18890

Al estar relacionadas las consultas con las contravenciones previstas en el COIP es pertinente citar los principios de interpretación en materia penal previstos por el artículo 13 de ese código¹⁰, según el cual se debe atender al tenor de la norma, pues está prohibida la interpretación analógica.

Adicionalmente, es pertinente considerar que de acuerdo con el artículo 1575 del CC, los intereses pueden ser legales o convencionales.

En tal contexto, es oportuno considerar que el artículo 130 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero¹¹ (en adelante COMF) confiere a la Junta de Política y Regulación Financiera atribución para establecer el sistema de tasas de interés *"requeridas por la ley"* (el resaltado me corresponde).

Por otro lado, sobre la naturaleza jurídica del recargo el Pleno de la Corte Nacional de Justicia¹², en resolución innumerada de 4 de mayo de 2011, que contiene un precedente jurisprudencial, concluyó *"que la naturaleza del recargo es sancionatoria"*.

Del análisis efectuado se observa que: i) las multas y los recargos tienen naturaleza sancionatoria; ii) tanto las infracciones como las sanciones requieren de ley para su aplicación, iii) los intereses deben estar previstos en la ley o acordados por las partes; iv) el artículo 179 reformado de la LOTTTSV, respecto a las sanciones pecuniarias provenientes de las contravenciones de tránsito únicamente contempla las multas y recargos sin incluir intereses; y; v) el COIP prohíbe la interpretación analógica para la aplicación de una sanción.

1.3.- Pronunciamento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que el artículo 179, reformado de la Ley Orgánica de Transporte, Tránsito y Seguridad Vial debe entenderse en su sentido literal, siendo improcedente la aplicación de la analogía para generar sanciones y efectos no previstos en la ley, como aquella relacionada con los intereses por mora ante el incumplimiento de una sanción pecuniaria, por las contravenciones de tránsito tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal. Lo expuesto hace innecesario atender su segunda consulta.

2. TERCERA CONSULTA:

"(...) ¿El procedimiento coactivo a seguir en caso del incumplimiento del pago de las multas en los términos legalmente previstos, es el previsto en el Código Orgánico Administrativo, según la disposición general cuarta de la LOTTTSV, o el regulado

¹⁰ COIP, Art. 13: "(...) 2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma. 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos".

¹¹ COMF, publicado en el Suplemento del registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

¹² Pleno de la Corte Nacional de Justicia naturaleza jurídica del recargo, Resolución de 4 de mayo de 2011. Publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011.

en el Código Tributario, según el art. 237 numeral 14 del Reglamento a la LOTTTSV?”.

2.1. Antecedente. -

2.1.1. El alcance al informe jurídico contenido en oficio sin número de 24 febrero de 2022, suscrito por el asesor jurídico de la EPMTMG EP, respecto de su tercera consulta concluye:

“(...) el procedimiento coactivo a seguir en caso del incumplimiento del pago de las multas en los términos legalmente previstos es el regulado en el Código Orgánico Administrativo, en atención a los criterios de solución de antinomias, como son el criterio de jerarquía, temporalidad y especialidad.”

2.1.2. De su parte, el criterio jurídico de la ANT, respecto a la tercera consulta manifiesta:

“Las reformas a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, vigentes desde el 10 de agosto de 2021, en la disposición general cuarta establece que la recaudación de valores señalados en Ley en referencia, la jurisdicción coactiva que tienen las entidades competentes en materia de regulación, planificación y control del tránsito dentro del ámbito de sus competencias, tienen la facultad de emitir títulos de crédito y que para el ejercicio de la jurisdicción coactiva se debe observar las reglas generales del Código Orgánico Administrativo, lo que significa que es el referido Código, el que debe aplicarse, no el que señala el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, esto en concordancia con el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala el orden jerárquico de las normas, aspecto del cual la Procuraduría General del Estado, se pronunció mediante oficio Nro. 17857 de 25 de febrero de 2022”.

2.1.3 En cuanto al procedimiento coactivo a seguir para la recaudación de multas provenientes de contravenciones de tránsito la EPMTMG EP y la ANT coinciden en señalar que el mismo se rige por las disposiciones del COA.

2.2. Pronunciamiento previo sobre el procedimiento coactivo respecto al cobro de multas de tránsito. -

En pronunciamiento contenido en oficio No. 16202 de 26 de octubre de 2021, este organismo examinó la Disposición General Cuarta de la LOTTTSV, cuyo texto conserva vigencia y determina la norma aplicable respecto a la potestad coactiva en materia de tránsito. Dicho pronunciamiento concluyó:

“(...) de conformidad con la Disposición General Cuarta y los artículos 30.4 penúltimo inciso, 49.a y 234 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, la Comisión de Tránsito del Ecuador está facultada para ejercer la acción coactiva para el cobro de sanciones pecuniarias por infracciones de tránsito sujetas a su control. Al efecto, debe observar las reglas generales del Código Orgánico Administrativo y las disposiciones de carácter nacional, local, y aquellas contenidas en la reglamentación específica que se expida para el efecto, entre ellas, el Reglamento para la Aplicación de

18890

la Prescripción de la Acción de cobro por concepto de infracciones de tránsito expedido por la ANT mediante Resolución No. 64”.

Concluyo recordándole que el pronunciamiento del Procurador General del Estado, debe ser entendido en su integridad y trata sobre la aplicación general de las normas. La resolución de los casos institucionales específicos corresponde a las respectivas entidades públicas que, al efecto, deberán verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales aplicables.

Adicionalmente, pongo en su conocimiento que en el portal institucional www.pge.gob.ec se encuentran, a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del **Sistema de Consultas Absueltas**, herramienta informática diseñada por esta institución para facilitar la búsqueda y obtención de los pronunciamientos de este organismo.

Atentamente,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Adrián Castro Piedra
Director Ejecutivo,
Agencia Nacional de Regulación y
Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (ANT)

Ab. Juan Enmanuel Izquierdo MSC.,
Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado.

Anexo: Oficio No. 16202 de 26 de octubre de 2021.

Oficio N° 18779

Quito, D.M., 20 MAY 2022

Señor magíster
Guillermo Enrique Avellán Solines,
GERENTE GENERAL,
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. BCE-BCE-2022-0039-OF de 3 de marzo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

- “1. El Banco Central del Ecuador, en virtud de su naturaleza jurídica determinada en el artículo 303 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 6, 26, 27 y 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que regulan su la (sic) naturaleza, finalidad y funciones ¿debe ser considerado como ‘Entidad Financiera Pública’, o únicamente como integrante del Sistema Monetario y Financiero Nacional, de acuerdo a lo previsto en el artículo innumerado agregado después del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?;
2. La aplicación del artículo 62 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ¿se circunscribe exclusivamente a los fines estadísticos y de análisis de las finanzas públicas, como textualmente expresa su texto, sin que su aplicación pueda ser extensiva a otras condiciones o situaciones jurídicas?; y,
3. Al amparo de lo previsto en el numeral 2 del artículo 56.1, del Código Orgánico Monetario y Financiero, reformado por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, ¿es legalmente procedente que el Banco Central del Ecuador efectúe la contribución financiera del cinco por mil de los ingresos presupuestados, y, por tanto, transfiriera dicho (sic) contribución financiera a la Contraloría General del Estado teniendo en cuenta la prohibición determinada en el ordenamiento jurídico?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 17978, 17979, 17980 y 17981 de 8 de marzo de 2022, este organismo solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE); a la Superintendencia de Bancos (en adelante SB); a la Junta de Política y Regulación Monetaria (en adelante JPRM);

y, al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 18166, 18167 y 18168 de 23 de marzo de 2022 se insistió en dichos requerimientos al MEF, a la JPRM y a la SB, respectivamente, sin haber recibido respuesta de esta última.

1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos, mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden, por el Director Nacional Jurídico de la CGE con oficio No. 102-DNJ-2022 de 16 de marzo de 2022, ingresado al día siguiente; por el Coordinador General Jurídico del MEF, mediante oficio No. MEF-CGJ-2022-0057-O de 12 de abril de 2022, recibido el 14 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el memorando No. MEF-SRF-2022-0174-M de 18 de marzo de 2022, suscrito por el Subsecretario de Relaciones Fiscales de dicha cartera de Estado; y, por la Presidenta de la JPRM, a través de oficio No. BCE-JPRM-2022-0041-OF de 06 de abril de 2022, ingresado el 21 de los mismos mes y año.

1.3. El informe jurídico No. BCE-CGJ-030-2021 de 25 de febrero de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico del Banco Central del Ecuador (en adelante BCE), citó los artículos 82, 225, 226, 227, 303 y 309 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 6, 26, 27, 27.1, 56.1 numeral 2, 143, 160, 161, 361 y 383 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero² (en adelante COMF); 4, numeral 1 del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8, y la Disposición General Vigésima Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³ (en adelante COPLAFIP); y 62 numeral 1 de su Reglamento General⁴ (en adelante RCOPLAFIP); y, los pronunciamientos de esta Procuraduría contenidos en oficios Nos. 12499 y 15583 de 17 de octubre de 2017 y 9 de septiembre de 2021, referidos a las normas que regulan la transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestado de las entidades financieras públicas al Presupuesto General del Estado para financiar a la CGE, y la prohibición del BCE para proporcionar ayudas, donaciones o contribuciones financieras, respectivamente, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“Si bien, el Banco Central cumple algunas actividades de orden financiero en el desarrollo de la función pública y exclusiva de la banca central, promoviendo la sostenibilidad del sistema monetario y financiero, como agente fiscal, financiero y depositario de recursos públicos y proveedor de servicios bancarios a entidades del sector público y del sector financiero nacional, entre otras; tales funciones, en modo alguno, lo convierte en una institución financiera pública; pues, al ser su naturaleza única, por las especiales funciones que le corresponde ejercer, mal pueden asimilarse a las entidades que se dedican a la intermediación financiera (el resaltado me corresponde).

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

² COMF, publicado en el Registro Oficial No. 403 de 23 de noviembre de 2006.

³ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

⁴ RCOPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.

18779

(...)

4.- CRITERIO INSTITUCIONAL.

(...)

De conformidad con lo establecido en los artículos 303 de la Constitución de la República, 6, 26, 27 y 386, del Código Orgánico Monetario y Financiero, el Banco Central del Ecuador es una **Entidad Integrante del Sistema Monetario y Financiero Nacional**, sin que por su singularidad pueda ser catalogado para cualquier efecto, como una entidad financiera pública, esto a razón de que no ejecuta actividades de intermediación financiera, no tiene el régimen de creación, denominación, organización, liquidación, naturaleza, objeto social, duración, estatuto y domicilio, y demás características generales aplicables a las entidades financieras públicas; y, tampoco, está sujeto a un régimen de supervisión y control de ninguna de las Superintendencias (el resaltado corresponde al texto original).

Además, en aplicación de los principios de legalidad, seguridad jurídica, jerarquía y especialidad normativa, el Banco Central del Ecuador, de acuerdo a lo previsto en el artículo 56.1, número 2, del Código Orgánico Monetario y Financiero, reformado mediante la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, **mantiene la prohibición expresa de proporcionar ayudas, donaciones o contribuciones financieras a personas naturales o jurídicas**; por consiguiente, resulta improcedente y contrario a derecho efectuar la contribución financiera del cinco por mil de los ingresos presupuestados; y, transferir dicho porcentaje como aporte a la Contraloría General del Estado” (el resaltado corresponde al texto original).

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la CGE, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó en lo principal los artículos 211, 212 numeral 4 y 299 de la CRE y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante LOCGE) sustituido por la Disposición Reformatoria Octava del Libro I del COMF, sobre cuya base manifestó que no le compete “*pronunciarse sobre la primera y segunda preguntas*”, luego de lo cual concluyó:

“- **El presupuesto de la Contraloría General del Estado hasta el ejercicio presupuestario del año 2014 se financiaba**, entre otros ingresos, **con la transferencia de cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado** y, en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado en el 50% o más, con recursos públicos, sometidas (sic) al control de la Contraloría General del Estado.

- Por efecto de lo dispuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero **–a partir del ejercicio presupuestario del año 2015- el presupuesto de la Contraloría General del Estado se financia con la asignación que se entregue a través del Presupuesto General del Estado**; y, con los recursos de autogestión” (el resaltado me corresponde).

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

18779

1.5. De otro lado, el criterio jurídico del MEF, además de las normas señaladas, citó el artículo 57 del Libro I del COMF y concluyó:

“3.1.- (...) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 303 de la Constitución de la República del Ecuador, concordante con lo dispuesto en los artículos 26, 26.1, 27 y 27.1 del Código Orgánico Monetario y Financiero, por efecto de las reformas introducidas a la referida norma, por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, vigente desde el 3 de mayo de 2021, el Banco Central del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, parte de la Función Ejecutiva, de duración indefinida, con autonomía institucional administrativa, presupuestaria y técnica, cuyo objetivo es instrumentar la política monetaria, formulada por la Junta de Política y Regulación Monetaria; por lo tanto, no es una entidad financiera pública; no obstante, dada su naturaleza jurídica, es parte del Sistema Monetario y Financiero, de este último dado que debe coadyuvar a la estabilidad financiera y administrar su balance con el fin de preservar la integridad de la dolarización, incluyendo el funcionamiento seguro, sólido y eficiente de los sistemas y medios de pago.

Inclusive, por efecto de la naturaleza jurídica, el Banco Central del Ecuador, ya no está sujeto al control de la Superintendencia de Bancos, ente de control propio de las entidades financieras públicas y privadas; sino de la Contraloría General del Estado.

Por otra parte, precisar que lo dispuesto en el artículo no numerado agregado después del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina la clasificación de las entidades, instituciones y organismos para efectos de la aplicación del referido Código, clasificación dentro de la cual se incluye dentro del sector público financiero, entre otras, a las entidades cuya actividad principal es monetaria, tal el caso del Banco Central del Ecuador.

3.2.- (...) la consulta a la que se hace referencia correspondería a una interpretación normativa que no le corresponde realizar a esta Cartera de Estado.

3.3.- (...) dadas las reformas insertadas al Código Orgánico Monetario y Financiero por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización y vigentes desde el 3 de mayo de 2021, el Banco Central del Ecuador no se encontraría comprendido entre las instituciones obligadas, tomando en cuenta que su naturaleza no es la de una entidad financiera pública” (el resaltado me corresponde).

1.6. Finalmente, el criterio jurídico de la JPRM, además de las normas ya referidas, citó los artículos 47.1, 47.6 y 47.8 del Libro I del COMF y formuló una conclusión general coincidente con el criterio del BCE, en los siguientes términos:

“En consideración de los antecedentes legales expuestos, en representación de la Junta de Política y Regulación Monetaria, máximo organo (sic) de gobierno del Banco Central del Ecuador, ratifico los términos y conclusiones del criterio jurídico institucional remitido

por el Banco Central del Ecuador mediante oficio BCE-BCE-2022-0039-OF, de 3 de marzo de 2022” (el resaltado me corresponde).

1.7. De lo expuesto se observa que, en relación a la primera pregunta, tanto la entidad consultante como la JPRM y el MEF coinciden en que si bien el BCE es una entidad que integra el Sistema Monetario y Financiero Nacional, no puede ser catalogado como una entidad financiera pública, en virtud de lo cual no estaría sujeto al control de la Superintendencia de Bancos. Sobre este punto, la CGE se abstuvo de emitir su criterio jurídico.

Respecto a la clasificación de las entidades públicas en financieras y no financieras que establece el artículo 62 del RCOPLAFIP, materia de la segunda consulta, la entidad consultante y la JPRM coinciden en que, si bien el BCE pertenece al sector público financiero, esa clasificación es aplicable únicamente para el análisis de las finanzas públicas, según el tenor de la norma reglamentaria. Por su parte, la CGE y el MEF se abstuvieron de expresar su criterio jurídico, argumentando el MEF que el tema requiere interpretación normativa.

Finalmente, sobre la tercera pregunta tanto la entidad consultante como la JPRM y el MEF coinciden en que, de acuerdo con la prohibición prevista en el numeral 2 del artículo 56.1 del Libro I del COMF, el BCE no puede efectuar la contribución financiera del cinco por mil de los ingresos presupuestados a favor de la CGE. Sobre éste punto, la CGE se limitó a mencionar que, por efecto de lo dispuesto en el COMF, a partir del ejercicio presupuestario del año 2015, el presupuesto de dicho organismo de control se financia con la asignación que se entregue a través del Presupuesto General del Estado y con los recursos de autogestión.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* la naturaleza y funciones del BCE como entidad pública que integra el Sistema Monetario y Financiero Nacional; *ii)* el Sector Financiero Público; *iii)* la naturaleza y funciones de la CGE y la contribución del cinco por mil de los ingresos presupuestados de las Entidades Financieras Públicas a su favor; y, *iv)* la prohibición sobre operaciones cuasifiscales y solución de antinomias.

2.1. La naturaleza y funciones del BCE como entidad pública que integra el Sistema Monetario y Financiero Nacional. -

De conformidad con el primer inciso del artículo 299 de la CRE, corresponde al BCE gestionar el Presupuesto General del Estado a través de la Cuenta Única del Tesoro Nacional. Según el tercer inciso de la misma norma, “*Los recursos públicos se manejarán en la banca pública, de acuerdo con la ley*” (el resaltado me corresponde).

18779

Respecto al BCE, el inciso primero del artículo 303 de la CRE determina que la ***“formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central”***, y su inciso final agrega que el BCE constituye ***“una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley”***.

Por otra parte, según el inciso primero del artículo 308 de la CRE, las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; ***“tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país”***.

El artículo 6 del Libro I del COMF, reformado parcialmente por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización⁶ (en adelante LORCOMF), indica que integran los sistemas monetario y financiero nacional ***“las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras”*** (el resaltado me corresponde).

El artículo 26 del Libro I del COMF, al referirse a la naturaleza jurídica del BCE reitera que es una ***“persona jurídica de derecho público, parte de la Función Ejecutiva, de duración indefinida, con autonomía institucional, administrativa, presupuestaria y técnica”*** y prevé que, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, se regirá por la CRE, ese código, su estatuto, las regulaciones expedidas por el órgano de gobierno, los reglamentos internos y ***“las demás leyes aplicables en razón de la materia”***. El inciso final del mismo artículo reitera que: ***“La instrumentación del régimen monetario le corresponde exclusivamente al Banco Central del Ecuador de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador y las disposiciones de este Código”***.

En relación a la ***“capacidad jurídica”*** del BCE, el artículo 26.1 del Libro I del COMF determina que ***“podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones financieras en el país o en el exterior, que sean necesarias para el cumplimiento de su objetivo”***. En este contexto, el artículo 27 ibídem señala como objetivo del BCE el instrumentar ***“la política monetaria”*** formulada por la JPRM, tendiente a fomentar y mantener ***“un sistema monetario estable, coadyuvar a la estabilidad financiera y administrar su balance con el fin de preservar la integridad de la dolarización, incluyendo el funcionamiento seguro, sólido y eficiente de los sistemas y medios de pago”*** (el resaltado me corresponde).

⁶ LORCOMF, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

18779

Entre las funciones que el Libro I del COMF dispone que ejerza el BCE, el numeral 14 de su artículo 36 incluye la de *“Actuar como agente fiscal, financiero y depositario de recursos públicos y proveer servicios bancarios a entidades del sector público y al sistema financiero nacional”*, de acuerdo a la remuneración de mercado que determine la JPRM (el resaltado me corresponde).

El artículo 41 del Libro I del COMF establece que las instituciones, organismos y empresas del sector público no financiero deberán efectuar por medio del BCE, o sus cuentas, *“todos los pagos que tuvieren que hacer, así como todas las operaciones y servicios financieros que requieran, inclusive las operaciones de comercio exterior”*, conforme las regulaciones de la JPRM, exceptuando a las entidades que constan en el segundo inciso⁷; adicionalmente, su inciso tercero agrega que *“las operaciones cursadas por las instituciones públicas o empresas públicas, a través del Banco Central del Ecuador, como agente financiero del Estado, ya sea en el país o en el exterior, son de naturaleza pública”* (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* el BCE es una persona jurídica de derecho público, que le corresponde instrumentar la política monetaria, y está en capacidad de realizar operaciones financieras, de naturaleza pública, en el país o en el exterior; y, *ii)* entre las funciones previstas para el BCE constan las de actuar como agente financiero del Estado, ser depositario de recursos públicos y proveer *“servicios bancarios”* a las entidades del sector público, además de realizar operaciones de comercio exterior.

2.2. El Sector Financiero Público. -

El artículo 309 de la CRE prescribe que el sistema financiero nacional se compone de los sectores *“público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público”*. Al efecto, el artículo 310 ibídem se refiere al sector financiero público y señala que *“tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros”* (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con el artículo 161 del Libro I del COMF, el Sector Financiero Público está compuesto por bancos y corporaciones. El artículo 361 ibídem establece que la creación de las entidades del sistema financiero público se da *“mediante decreto ejecutivo”*, en tanto

⁷ COMF, “Art. 41.- Operaciones financieras del sector público no financiero. Las instituciones, organismos y empresas del sector público no financiero deberán efectuar por medio del Banco Central del Ecuador, o las cuentas de este, todos los pagos que tuvieren que hacer, así como todas las operaciones y servicios financieros que requieran, inclusive las operaciones de comercio exterior, de acuerdo con las regulaciones y excepciones que dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria.

Con excepción del ente rector de las finanzas públicas, las entidades de seguridad social, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, y la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, las entidades del sector público no financiero no podrán realizar inversiones financieras, salvo autorización expresa del ente rector de las finanzas públicas.

Las operaciones cursadas por las instituciones públicas o empresas públicas, a través del Banco Central del Ecuador, como agente financiero del Estado, ya sea en el país o en el exterior, son de naturaleza pública.

El Banco Central del Ecuador sancionará la inobservancia o falta de cumplimiento a las disposiciones de este artículo como infracción grave” (el resaltado me corresponde).

que, el artículo 366 del citado código, agrega que el objeto de las entidades del sector financiero público *“estará determinado en el decreto ejecutivo de su creación, en el que se establecerá su condición de entidad financiera pública, el tipo de entidad y los segmentos y actividades financieras a las que se va a dedicar”*, mientras que su duración y domicilio serán los que se especifiquen en el respectivo estatuto social, conforme lo prescriben los artículos 366 y 367 del COMF, respectivamente.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 383 del Libro I del COMF, las entidades financieras públicas pueden efectuar las operaciones que se detallan en el artículo 194 ibídem, entre las cuales constan operaciones pasivas como recibir depósitos a la vista, y operaciones de servicios de caja, tesorería y cobranzas, pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas o las de entidades financieras nacionales o extranjeras, entre otras.

En relación a la actividad financiera, el artículo 143 del Libro I del COMF la define como aquellas *“operaciones y servicios que están vinculados con flujos o riesgos financieros; y que, se realiza de forma habitual, por las entidades que conforman el sistema financiero, de valores y de seguros”*, previa autorización de los organismos de control utilizando, a cualquier título, recursos de terceros para operaciones de crédito, inversión en valores de renta fija o renta variable, así como para otras operaciones que defina la JPRF, considerando que *“Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado”* (el resaltado me corresponde).

Sobre la materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 12499 de 17 de octubre de 2017, expedido con anterioridad a las reformas al COMF⁸ y al RCOPLAFIP⁹, este organismo analizó y concluyó que:

“De los artículos 36 y 41 del COMF, previamente citados, se desprende que esas normas asignan al Banco Central del Ecuador, funciones que coinciden con aquellas operaciones que el artículo 194 del mismo Código autoriza a efectuar a las entidades financieras públicas y privadas, entre ellas recibir depósitos (numeral 1 del literal b) y efectuar servicios de caja y tesorería, así como efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos (numerales 1 y 3 del literal d), que constituyen actividades financieras según el artículo 143 del mismo Código.

Es decir que, **como Agente Financiero del Estado, el Banco Central del Ecuador está autorizado a realizar operaciones y servicios de intermediación financiera y por tanto tiene el carácter de entidad financiera pública, en los términos de los artículo 161 y 383 del COMF; todo ello sin perjuicio de que, adicionalmente según el artículo 27 del mismo**

⁸ COMF, Art. 36 reformado por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre del 2017; Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto del 2018 y sustituido por artículo 31 de Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo del 2021.

⁹ RCOPLAFIP, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 9 de diciembre de 2020.

18779

Código, el Banco Central es responsable de instrumentar las políticas monetaria y financiera definidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

(...) de acuerdo con la Disposición General Vigésimo Cuarta del COPFP, **las entidades financieras públicas están obligadas a transferir obligatoriamente al Presupuesto General del Estado, el cinco por mil de sus ingresos presupuestados, para ser destinados al financiamiento de la Contraloría General del Estado;** y, al efecto, la misma norma confiere al ente rector de las finanzas públicas atribución para efectuar la liquidación correspondiente, y al Banco Central del Ecuador competencia para efectuar el débito mensual respectivo” (el resaltado me corresponde).

El artículo 41 del COMF, que se refiere a las operaciones y servicios financieros que efectúa el BCE, conserva vigencia, por lo que las conclusiones contenidas en el mencionado pronunciamiento vinculante también.

Por su parte, el artículo 62 del RCOPLAFIP, analizado en el referido pronunciamiento, incluía expresamente en el sector público financiero al Banco Central del Ecuador, entre otras entidades¹⁰, mientras que el texto en actual vigencia tiene el siguiente tenor:

“Para efectos del análisis de finanzas públicas, el sector público (SP) estará dividido en: sector público financiero (SPF), sector público no financiero (SPNF) y entidades de la seguridad social. Todas las entidades, instituciones y organismos referidos en los artículos 4 y en el artículo innumerado a continuación del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, serán clasificados de la siguiente manera:

1. Sector público financiero: Comprende todas las entidades cuya actividad principal es monetaria, de intermediación financiera, banca de inversión y/u otras para la prestación de servicios financieros de naturaleza similar.

(...)” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público; *ii)* el sector financiero público tiene como finalidad la prestación de servicios financieros y está compuesto por bancos y corporaciones; *iii)* el pronunciamiento de este organismo concluyó que el BCE, como Agente Financiero del Estado, está autorizado a realizar operaciones y servicios de intermediación financiera y por tanto tiene el carácter de entidad financiera pública; y, *iv)* si bien el artículo 62 del RCOPLAFIP fue sustituido, su actual tenor incluye de forma general en el sector público financiero a todas entidades **“cuya actividad principal**

¹⁰ RCOPLAFIP, texto anterior: “Art. 62.- Clasificación del sector público.- Para efectos del análisis de finanzas públicas, el sector público (SP) estará dividido en sector público no financiero (SPNF) y sector público financiero (SPF) (...) Sector público financiero –SPF- comprende todas las instituciones cuya actividad principal es la monetaria y la intermediación financiera tales como: **Banco Central del Ecuador, Banco del Estado, Banco del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social, Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, Corporación de Finanzas Populares, entre otras (...)**” (el resaltado me corresponde).

es monetaria, de intermediación financiera, banca de inversión y/u otras para la prestación de servicios financieros de naturaleza similar", y, por su rango, no puede modificar normas de mayor jerarquía (el resaltado me corresponde)

2.3. La naturaleza y funciones de la CGE y la contribución del cinco por mil de los ingresos presupuestados de las Entidades Financieras Públicas a su favor. -

El artículo 211 de la CRE prescribe que la CGE *"es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado (...)"*. En este contexto, el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹¹ (en adelante LOCGE), determina que su objeto es establecer y mantener, bajo la dirección de la CGE, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de *"examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos"* (el resaltado me corresponde).

El artículo 2 de la LOCGE define su ámbito de aplicación, que incluye a *"las instituciones del sector público determinadas en los artículos 225, 315 y a las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 de la Constitución"*. En relación al presupuesto anual de la CGE, su artículo 30 reformado¹² establece que se financiará con *"a) Con la asignación que se le entregue a través del Presupuesto General del Estado; y b) Los recursos de autogestión"* (el resaltado me corresponde).

Concordante, para financiar el presupuesto de la CGE la Disposición General Vigésima Cuarta del COPLAFIP previó la transferencia obligatoria al Presupuesto General del Estado del *"cinco por mil de los ingresos presupuestados de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Seguridad Social, Entidades Financieras Públicas"*, exceptuando de dicho cobro exclusivamente a los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, donaciones y saldos iniciales de caja.

Por su parte, el artículo 1 del COPLAFIP establece que su objeto es *"organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, y regular su funcionamiento en los diferentes niveles del sector público"*, y regula el ejercicio de las competencias de planificación y el ejercicio de la política pública en todos los niveles de gobierno; y los incisos primero y segundo del artículo 4 ibídem, prescriben que se someterán a su ámbito de aplicación todas las entidades, instituciones y organismos que comprenden el sector público, respetando su facultad de *"gestión autónoma, de orden político, administrativo, económico, financiero y*

¹¹ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

¹² Sustituido por la Disposición Reformativa Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

18779

presupuestario que la Constitución de la República o las leyes establezcan para las instituciones del sector público”.

En este sentido, el artículo innumerado¹³ agregado a continuación del artículo 8 del COPLAFIP clasifica al sector público en financiero y no financiero, y se refiere a todas las entidades, instituciones y organismos que constan en su artículo 4. Dentro de la clasificación del sector público financiero, el subnumeral 1 establece que **“Comprende todas las entidades cuya actividad principal es monetaria, de intermediación financiera, banca de inversión y/u otras para la prestación de servicios financieros de naturaleza similar”**, disposición que en igual sentido consta en el artículo 62¹⁴ del RCOPLAFIP, materia de su segunda consulta (el resultado me corresponde).

2.4. La prohibición sobre operaciones cuasifiscales y solución de antinomias. -

Sobre la prohibición de realizar operaciones cuasifiscales¹⁵ por parte del BCE, el actual numeral 2 del artículo 56.1 del Libro I del COMF, agregado por la LORCOMF, impide a esa entidad: **“Proporcionar ayudas, donaciones o contribuciones financieras a personas naturales o jurídicas”**. En relación a la aplicación del referido artículo, respecto a la transferencia a título gratuito de bienes inmuebles, la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en oficio No. 15583 de 9 de septiembre de 2021 concluyó:

“(…) además de la prohibición general prevista en los artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 89 de su Reglamento General, que impide a las entidades del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a favor de personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, al Banco Central del Ecuador le es aplicable la prohibición específica establecida por el numeral 2 del artículo 56.1 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que no prevé excepciones y le impide realizar la transferencia a título gratuito de sus bienes inmuebles propios”.

En este sentido, en relación a la aparente contradicción entre el numeral 2 del artículo 56.1 del COMF, que impide al BCE realizar operaciones cuasifiscales, y la Disposición General Vigésima Cuarta del COPLAFIP, que se refiere específicamente al financiamiento de la CGE, es necesario considerar que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶ (en adelante LOGJCC),

¹³ Codificación publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 26 de junio de 2017.

¹⁴ RCOPLAFIP, “Art. 62.- Clasificación del sector público.- Para efectos del análisis de finanzas públicas, el sector público (SP) estará dividido en: sector público financiero (SPF), sector público no financiero (SPNF) y entidades de la seguridad social. Todas las entidades, instituciones y organismos referidos en los artículos 4 y en el artículo innumerado a continuación del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, serán clasificados de la siguiente manera:

1. Sector público financiero: Comprende todas las entidades cuya actividad principal es monetaria, de intermediación financiera, banca de inversión y/u otras para la prestación de servicios financieros de naturaleza similar ()”

¹⁵ BARBOZA Pérez Maribel y otros, Operaciones Cuasifiscales, Pág. 54, “() David J. Robinson y Peter Stella (1993) definen este tipo de operaciones como aquellas actividades que no están relacionadas específicamente a la política monetaria, y que en muchos países son asumidas por el gobierno central”.

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

cuando las disposiciones generales y especiales entraren en conflicto u oposición, predomina el principio de especialidad normativa, que prevalece frente al cronológico y cede ante el jerárquico, por lo que, respecto a la contribución del cinco por mil a favor de la CGE en razón del control que ejerce respecto de toda entidad pública, el COPLAFIP y la LOGGE prevalecen en caso de presentarse contraposición de sus normas con el COMF. Así mismo, el tercer inciso del artículo 425 de la CRE determina que la jerarquía normativa considerará, en lo pertinente, el principio de competencia¹⁷.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 6, 36 numeral 14, 41, 143, 161, 194 y 383 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, el Banco Central del Ecuador integra el Sistema Monetario y Financiero Nacional y es una Entidad Financiera Pública, al tener por finalidad el instrumentar la política monetaria y financiera, además de actuar como Agente Financiero del Estado y proveer servicios bancarios a las instituciones del sector público, conforme se analizó y concluyó en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 12499 de 17 de octubre de 2017.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, el artículo 62 del Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en concordancia con lo previsto en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que clasifica al sector público en financiero y no financiero, e incluye a todas las entidades, instituciones y organismos que constan en el artículo 4 ibídem, es aplicable al Banco Central del Ecuador en su calidad de entidad financiera pública responsable de instrumentar la política monetaria definida por la Junta de la Política de Regulación Monetaria.

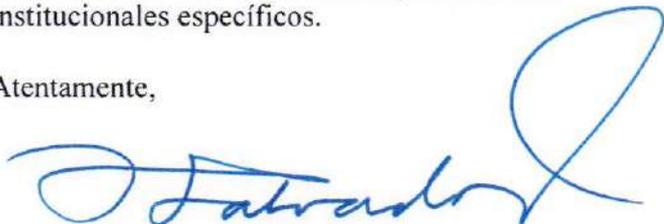
En armonía con lo expuesto, con relación a su tercera consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición General Vigésima Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Banco Central del Ecuador forma parte de las entidades financieras públicas obligadas a transferir al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de sus ingresos presupuestados, destinados al financiamiento de la Contraloría General del Estado, en virtud del control que este organismo ejerce de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

¹⁷ CRE, "Art. 425 - El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados" (el resaltado me corresponde).

18779

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,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Carlos Alberto Riofrio González,
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

Dra. Tatiana Maribel Rodríguez Cerón,
PRESIDENTA DE LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA

Eco. Simón Cueva,
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Msc. Rosa Matilde Guerrero
SUPERINTENDENTA DE BANCOS, SUBROGANTE

Oficio N° 18770

Quito, D.M., 19 MAY 2022

Señora doctora
Sofía Margarita Hernández Naranjo,
SUPERINTENDENTE DE ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA (SEPS).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. SEPS-SGD-2022-06470-OF de 2 de marzo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿A la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en cumplimiento de su facultad para imponer sanciones, le corresponde sustanciar los procedimientos administrativos sancionadores relacionados con el sector financiero popular y solidario, en aplicación exclusiva del procedimiento determinado en el artículo 263.1 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero ?”.

1. Antecedentes. -

El informe jurídico de la Intendente General Jurídica de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (en adelante SEPS), contenido en memorando No. SEPS-SGD-IGJ-2022-0497 de 25 de febrero de 2022, cita entre otros los artículos 82, 213 inciso primero, 226, 237 numeral 3, 283, 308, 309 y 311 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 1, 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante LOPGE); 62 numerales 1, 5, 6 y 7, 74, 263.1 y 276 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero³ (en adelante COMF); 22, 42 numeral 7, 43, 134 y 248 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante COA); 145, 146, 147 letras a), b), g) y 148 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria⁵ (en adelante LOEPS); y 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante LOGJCC), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III.- ANÁLISIS:

(...) la Norma Suprema determina que el sistema económico está integrado por formas de organización económica entre las que consta la popular y solidaria, la cual se regula conforme a lo determinado en la normativa legal vigente, asimismo establece que este

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

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

³ COMF, publicado en el Suplemento del registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

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

⁵ LOEPS, publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

⁶ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

18770

sistema es social y solidario, que reconoce al ser humano como sujeto y fin, que propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; cuyo objetivo es garantizar condiciones materiales e inmateriales que permitan el buen vivir. (...)

De lo previamente descrito, se evidencia la especialidad de la normativa contenida en el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero respecto a las competencias establecidas para la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria: por tanto, el legislador contempló la necesidad de incluir normativa relacionada al procedimiento administrativo sancionador en su articulado, mediante el cual permitirá el análisis técnico jurídico de actos que presuman el cometimiento de infracciones relacionadas con el espectro de la economía popular solidaria. En ese sentido, en la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, se agregó el artículo 263.1 al Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero el cual dispone que tanto las superintendencias así como el Banco Central del Ecuador, observen en el ámbito de su competencia, el procedimiento ahí descrito para la imposición de sanciones. (...)

Si bien es cierto el Código Orgánico Administrativo, en su articulado contempla un procedimiento administrativo sancionador, específicamente en el Libro III Procedimientos Especiales, Título I 'Procedimiento Sancionador', este difiere del establecido en el artículo 263.1 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, cuerpo legal que, cabe destacar, no refiere en su contenido a la supletoriedad en la aplicación de otras normas como es el caso del Código Orgánico Administrativo, mismo que en su título I refiere al procedimiento sancionador.

Por tanto al ser normas del mismo nivel jerárquico determinado en el artículo 425 de la Constitución de la República, podría considerarse la existencia de antinomia; sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 3, numeral 1, al respeto determina: 'Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, **la especial, o la posterior**' (resaltado fuera del texto); en ese sentido corresponde aplicar el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, en atención a la especialidad dispuesta en el mencionado numeral 1 del artículo 3 referido ya que el artículo 263.1 se agregó al Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero mediante Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443, el 03 de mayo de 2021.

(...)

"4.- CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN:

Conforme a las consideraciones previamente expuestas, en estricta observancia del principio de seguridad jurídica y ateniéndonos a la especialidad de la materia, es criterio de esta Intendencia que en la sustanciación de procedimientos administrativos sancionadores correspondientes al sector financiero popular y solidario se aplique únicamente el contenido del artículo 263.1 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, sin la aplicación de otros procedimientos como el dispuesto en el Código

18770

Orgánico Administrativo, más aún si se considera que no se prevé la supletoriedad normativa en el Código Orgánico Monetario y Financiero.”

2. Análisis. -

Para atender su consulta se considera que, de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por autoridades competentes; y que, por el principio de legalidad que rige en derecho público, las entidades del sector público y sus servidores solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

El numeral 3 del artículo 76 de la CRE, que se refiere a las garantías básicas del debido proceso, dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley, y advierte que *“sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*.

Concordante, el numeral 2 del artículo 132 de la CRE prevé que se requiere de ley aprobada por la Asamblea Nacional para *“(...) 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”*, principio que ha sido recogido por el artículo 29 del COA al establecer que:

“Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.

Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.

En este sentido se observa que la potestad sancionadora que ejercen las administraciones públicas es de carácter administrativo y está sujeta a control judicial posterior, en los términos del artículo 173 de la CRE.

Tanto el COMF como el COA contienen disposiciones sobre procedimiento administrativo sancionador, lo que podría generar un conflicto en la aplicación de las normas que regulan la materia.

Al respecto se observa que el artículo 1 del COA establece su objeto manifestando que: *“regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”*, en armonía con lo previsto en el artículo 43 ibídem, que establece su ámbito subjetivo de aplicación, el cual incluye a todo el sector público.

18770

De su parte, los numerales 3, 7 y 8 del artículo 42 del COA incluyen en su ámbito material de aplicación, entre otros:

“3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.

(...)

7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora.

8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código.”

De la norma transcrita se observa que, diferencia y trata por separado al procedimiento sancionador, previsto en el numeral 7, y al procedimiento disciplinario, contemplado en el numeral 8, previendo para el último caso la salvedad de que se regule “*bajo su propia normativa*” y solo subsidiariamente se aplique el COA.

Por otro lado, el artículo 2 del COMF al definir su ámbito de aplicación señala que es “*el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas que rige los sistemas monetarios y financiero, así como los regímenes de valores y seguros, el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios*”.

El COMF en el Capítulo 3 “*Disposiciones comunes para el sistema financiero nacional*”, Sección 11 “*De las infracciones y sanciones*”, en su artículo 263.1⁷, al que se refiere su consulta, determina el procedimiento administrativo sancionador en base al cual las superintendencias y el Banco Central del Ecuador sancionarán a las entidades financieras, así como a los administradores, funcionarios o empleados de las mismas, y señala los términos para la sustanciación del procedimiento, incluida la prueba, y los informes técnicos que el organismo de control requiere. La citada norma prescribe:

“Las superintendencias y el Banco Central del Ecuador en el ámbito de sus competencias, sancionarán observando el siguiente procedimiento:

1. Identificación de la infracción;
2. Notificación de la infracción en el término de hasta diez (10) días desde su identificación, con lo cual se da inicio al procedimiento administrativo sancionador;
3. Una vez notificado, el presunto infractor en el término de diez (10) días, podrá presentar todas las pruebas legales de las que se crea asistido. Este término podrá prorrogarse por una sola vez y a pedido de parte, por el término de cinco (5) días adicionales;
4. Las pruebas presentadas serán procesadas por el organismo de control, quien las apreciará en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley para la existencia o validez de ciertos actos dentro del término de veinte (20) días, pudiendo requerir dentro de este término los informes técnicos y jurídicos que considere necesarios. Este término podrá ser ampliado por una sola vez, por el término quince (15) días adicionales;

⁷ Art. 263.1 agregado por el artículo 96 de la Ley Reformativa al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

18770

5. Concluido el término indicado en el numeral precedente, el organismo de control, en forma motivada dictará la resolución que corresponda;
6. La resolución será notificada por el organismo de control en el término de tres (3) días desde la fecha de su expedición; y,
7. Durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, las partes podrán acceder al expediente sin restricción alguna.”

Sobre los mismos tipos de actuaciones administrativas que integran el procedimiento administrativo sancionador, el COA contiene regulaciones diferentes a las que constan en el COMF. Por ejemplo, el COMF en el numeral 2 de su artículo 263.1 establece que la notificación de la infracción se da en el término de hasta diez días desde su identificación, con lo cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador, mientras que el numeral 3 del mismo artículo prevé el termino de diez días para que el presunto infractor presente las pruebas de las que se considere asistido, y dicho termino podrá prorrogarse por cinco días adicionales, entre otros.

Por su parte, el COA en su Libro Tercero “*Procedimientos Especiales*”, Título I “*Procedimiento Sancionador*”, Capítulo Tercero “*Procedimiento*”, en su artículo 250, sobre el inicio del procedimiento sancionador prevé que se inicia de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia, el cual se formaliza con un acto administrativo expedido por el órgano instructor; y, respecto de la prueba, en su artículo 256 dispone que en el procedimiento administrativo sancionador la carga de la prueba corresponde a la administración pública, salvo en lo referente a eximentes de responsabilidad, y una vez “*Recibidas las alegaciones o transcurrido el término de diez días, el órgano instructor evacuará la prueba que haya admitido hasta el cierre del periodo de instrucción*”.

En consecuencia, al existir divergencias entre el procedimiento establecido el COMF y el descrito en el COA, por estar referidos a la misma materia, cabe analizar cuál es la norma aplicable para la sustanciación del procedimiento sancionador de las infracciones imputables a las entidades financieras, así como a los administradores, funcionarios o empleados de las mismas.

Al respecto, corresponde considerar que el artículo 3 de la LOGJCC, sobre las reglas de solución de antinomias prescribe que: “*Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior*” (el resaltado me corresponde).

Sobre el tema, Guillermo Cabanellas⁸ define el conflicto de leyes como la “*Concurrencia de dos o más normas de Derecho positivo cuya aplicación o cumplimiento simultaneo resulta imposible o incompatible*”. Con la finalidad de solucionar estos

⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 25ta. Edición, Editorial Heliost, 1997, Buenos Aires, Tomo II.

18770

conflictos normativos o antinomias, los tratadistas coinciden en establecer tres reglas básicas, a saber: de jerarquía normativa, de especialidad y de temporalidad.

El autor argentino Carlos Santiago Nino⁹, sobre las reglas para resolver los conflictos de normas señala:

“Los juristas y jueces utilizan como, dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Ellas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior*, *lex especiales* y *lex posterior*.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley).

Lex posterior estipula (sic) que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general - tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema- (...)

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de preferencia sea más general (...).”

En igual sentido, el italiano Norberto Bobbio¹⁰ señala lo siguiente:

“Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio cronológico,
- b) El criterio jerárquico, y
- c) El criterio de la especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior*, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior, *lex posterior derogat priori*. (...)

El tercer criterio, llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, *lex specialis derogat generali* (...).”

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que, al existir un conflicto normativo sobre la misma materia, entre el COMF y el COA se puede determinar que, de acuerdo al criterio cronológico el artículo 263.1 del COMF prevalece sobre las disposiciones del COA, por haber sido expedido en una fecha posterior; de la misma manera, según el principio de especialidad, el referido artículo 263.1 del COMF prevalece

⁹ *Introducción al Análisis del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, Pág. 275.

¹⁰ *Teoría General del derecho*, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., 1997, Bogotá-Colombia, Pags. 191, 192 y 195.

18770

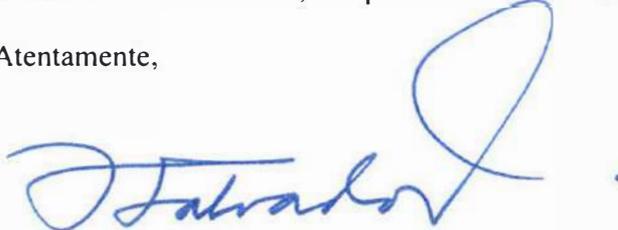
sobre las disposiciones del COA, por contener normas específicamente aplicables al procedimiento sancionador aplicable en materia financiera.

3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que, a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria le corresponde sustanciar el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo a lo que establece el artículo 263.I del Código Orgánico Monetario y Financiero- Libro I, que es la norma específica en esta materia y solo en lo no previsto en dicho cuerpo normativo sería aplicable el Código Orgánico Administrativo, según el numeral 8 de su artículo 42.

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 casos institucionales específicos.

Atentamente,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 18771

Quito, DM, 19 MAY 2022

Señor doctor
Rober Edison Castro Zambrano,
ALCALDE,
GADM JAMA.
Jama. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. GADMJ-2022-ALC-038 de 25 de enero de 2022, ingresado en la Dirección Regional de Manabí de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Portoviejo, el 10 de febrero del presente año, remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRMN-2022-01868 de 18 de febrero de 2022, recibido el 21 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“Considerando la autonomía constitucional y legal otorgada a los gobiernos autónomos descentralizados, la facultad asignada en el tercer inciso del Art. 285 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público para emitir dictamen presupuestario que permita incluir a los casos de indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, que no hayan sido previstos en la planificación anual de talento humano, ¿puede ser ejercida en el ámbito de cada Gobierno Autónomo Descentralizado por la unidad encargada de las finanzas (sic) municipales en su calidad de entidad encargada de certificar los recursos presupuestarios del Municipio o en su defecto a pesar de lo indicado es menester que el MEF emita su dictamen a pesar de que los GADs no pertenecen al ámbito de la administración pública central?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 17846 y 17847 de 25 de febrero de 2022, este organismo solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF) y a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 18048 y 18049 de 15 de marzo de 2022 se insistió en dicho pedido.

1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos únicamente por el MEF, con oficio No. MEF-CGJ-2022-0060-O de 13 de abril de 2022, recibido en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente.

1.3. El memorando No. GADMJ-2022-PS-019 de 27 de enero de 2022, que contiene el Informe Jurídico No. IJ-003-2022 suscrito por la Procuradora Síndica del Gobierno

18771

Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Jama (en adelante GADM Jama), cita los artículos 238 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 5 y 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante COOTAD); 56 de la Ley Orgánica de Servicio Público³ (en adelante LOSEP); y 285 de su Reglamento General⁴ (en adelante RLOSEP), con fundamento en los cuales concluyó:

“Debido al principio de autonomía prescrito en la constitución y el COOTAD, se interpreta que correspondería a la Dirección financiera del Municipio del cantón Jama, la facultad de emitir el dictamen presupuestario establecido en el tercer inciso del Art. 285 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público en el ámbito de sus competencias de emitir certificaciones presupuestarias respecto de los recursos previstos en el presupuesto de la institución de conformidad a lo determinado en el COOTAD y Estatuto Orgánico por Procesos de la Entidad”.

1.4. Por su parte, el criterio jurídico del MEF, además de las normas invocadas por la entidad consultante, cita los artículos 226 de CRE y 50 de la LOSEP, y manifiesta:

“Los gobiernos autónomos descentralizados son entidades autónomas reconocidas por la Constitución y la ley, por lo que el uso de sus recursos es un tema cuya responsabilidad solamente les incluye a dichos gobiernos. Esta Cartera de Estado, no puede certificar los recursos presupuestarios de estos niveles de gobierno, pues la información y decisión de uso, pertenece a cada uno de ellos.

Por otro lado, es el ente rector del trabajo, la entidad que debe regular y establecer los procesos conducentes para que se emitan los dictámenes presupuestarios en este caso consultado, conforme lo establece la normativa vigente” (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se observa que el criterio jurídico de la consultante y el MEF son coincidentes en que, en virtud de la autonomía de la que gozan los GAD, esos niveles de gobierno tienen competencia para definir el uso de sus recursos.

En este contexto, el GADM Jama estima que correspondería a la dirección financiera de ese cantón, emitir el dictamen presupuestario que permita incluir a los casos de indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, que no hayan sido previstos en la planificación anual de talento humano.

Por su parte el MEF manifiesta que esa cartera de Estado no puede certificar los recursos presupuestarios de esos niveles de gobierno, en virtud de que la información y decisión de uso les pertenece a dichas entidades, y agrega que sería el ente rector del trabajo el encargado de regular y establecer los procesos conducentes para que se emitan los dictámenes presupuestarios.

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

² COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

³ LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

⁴ RGLOSP, publicada en el Segundo. Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre 2010.

18771

2. Análisis. -

De acuerdo con los artículos 238, 239 y 240 de la CRE, los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante GAD) gozan de “*autonomía política, administrativa y financiera*”, se rigen por la ley correspondiente, y tienen “*facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales*”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 5 del COOTAD prescribe que la autonomía de los GAD comprende el derecho y la capacidad efectiva de esos niveles de gobierno para regirse mediante “*normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes*”. En tanto que, sobre la autonomía administrativa y financiera de los GAD, los incisos tercero y cuarto de la norma en cita, disponen:

“La autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de **organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales** para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, **en forma directa o delegada**, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

La **autonomía financiera se expresa en el derecho** de los gobiernos autónomos descentralizados **de recibir de manera directa predecible, oportuna, automática y sin condiciones los recursos que les corresponden** de su participación en el Presupuesto General de Estado, así como en la **capacidad de generar y administrar sus propios recursos**, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley” (el resaltado me corresponde).

En este sentido, el artículo 6 del COOTAD expresa que “*ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera*” propia de los GAD, salvo lo prescrito por la CRE y las leyes.

En ese contexto, las letras d) y h) del artículo 57 del COOTAD incluyen entre las competencias del concejo municipal, las siguientes:

“d) **Expedir acuerdos o resoluciones**, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, **para regular temas institucionales específicos** o reconocer derechos particulares”.

“h) **Aprobar a pedido del alcalde o alcaldesa trasposos de partidas presupuestarias** y reducciones de crédito, cuando las circunstancias lo ameriten” (el resaltado me corresponde).

En relación a las atribuciones del Alcalde, las letras b), i) del artículo 60 del COOTAD, en su orden, disponen que esa autoridad deberá:

“b) Ejercer de manera exclusiva la facultad ejecutiva del gobierno autónomo

18771

descentralizado municipal;

i) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir previo conocimiento del concejo, la estructura orgánico - funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal”.

La aprobación y sanción del presupuesto de los GAD es materia regulada por los artículos 244 del COOTAD y siguientes. Así, su artículo 245 confiere al legislativo del GAD atribución de *“verificar que el proyecto presupuestario guarde coherencia con los objetivos y metas del plan de desarrollo y el de ordenamiento territorial respectivos”*.

De su parte, el artículo 354 del COOTAD determina el régimen aplicable para los servidores públicos de los GAD, según el cual éstos *“se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa”*; y, el artículo 360 ibídem, prevé que la administración de su talento humano será autónoma y se regula por las disposiciones que se encuentren en la ley y en las respectivas ordenanzas.

En ese orden de ideas, el artículo 3 de la LOSEP prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos en toda la administración pública, que incluye, según su numeral 2, a las *“entidades que integran el régimen autónomo descentralizado”*.

El artículo 47 de la LOSEP, respecto a las causales de cesación definitiva de los servidores públicos, incluye en las letras i), j) y k) las siguientes: *“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;(...)”*

Según el artículo 56 de la LOSEP, las Unidades de Administración del Talento Humano *“estructurarán, elaborarán y presentarán la planificación del talento humano, en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados”*; y, su último inciso, respecto de los GAD, sus entidades y regímenes especiales, prescribe que *“obligatoriamente tendrán su propia planificación anual del talento humano, la que será sometida a su respectivo órgano legislativo”* (el resaltado me corresponde).

Con relación a la planificación y presupuesto que las entidades públicas requieren efectuar de los mecanismos de cesación definitiva de los servidores públicos de carrera que implican el pago de beneficios económicos, el artículo 285 del RGLOSEP prescribe:

“Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a fin de

18771

contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. **Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional**, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar. En caso de que la servidora o servidor hubiesen recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renunciadas y hubiere devuelto el valor de la misma, se tomarán en cuenta todos los años de servicios en el sector público, más si no hubiere procedido a hacerlo y ésta o éste reingresó legalmente a laborar en el sector público, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso.

Se exceptuarán de esta planificación los casos no previstos, siempre que se cuente con el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas” (el resaltado me corresponde).

De la norma transcrita se observa que, de modo general, se precisa de una planificación anual del talento humano que establezca el número de servidores que podrán acogerse a compensaciones económicas e indemnizaciones, con el fin de verificar la respectiva disponibilidad presupuestaria. Empero, el inciso final del artículo 56 de la LOSEP dispone que los GAD obligatoriamente tendrán su propia planificación anual del talento humano, que será sometida a su respectivo órgano legislativo. En tal virtud, el artículo 285 del RLOSEP debe ser entendido en armonía con el precitado artículo 56 de la LOSEP, cuyo inciso final impone a los GAD contar con su propia planificación anual del talento humano, y someterla a su órgano legislativo, lo cual guarda concordancia con lo expuesto por el criterio jurídico del MEF, en el sentido de que dicha cartera de Estado *“no puede certificar los recursos presupuestarios de estos niveles de gobierno, pues la información y decisión de uso, pertenece a cada uno de ellos”*.

Adicionalmente, es preciso advertir que, si bien de acuerdo con la parte final del artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁵ (en adelante COPLAFIP), los ingresos y egresos de los GAD no integran el presupuesto General del Estado, esos gobiernos están sujetos al ámbito de aplicación del COPLAFIP, cuyo artículo 115 prescribe que ninguna entidad u organismo público podrá *“contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”*.

Al efecto, cabe considerar que el primer inciso del artículo 178 del COPLAFIP determina que la máxima autoridad del GAD y los servidores encargados del manejo presupuestario *“serán responsables por la gestión y cumplimiento de los objetivos y metas, así como de observar estrictamente las asignaciones aprobadas, aplicando las disposiciones contenidas en el presente Código y las normas técnicas correspondientes”*.

De lo expuesto se desprende que: i) los GAD son entidades autónomas y la

⁵ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

18771

planificación y uso de sus recursos es de su exclusiva responsabilidad; *ii*) los servidores de los GAD se rigen por las leyes aplicables a la administración pública y en consecuencia les son aplicables las causales de cesación definitiva e indemnizaciones contempladas en la LOSEP y su Reglamento General; *iii*) es atribución del concejo municipal regular los temas institucionales específicos, incluida la aprobación del presupuesto; mientras que la facultad ejecutiva del GAD corresponde al Alcalde, quien tiene la atribución de resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; y, *iv*) toda entidad u organismo público debe contar con la respectiva asignación presupuestaria para contraer compromisos, celebrar contratos y autorizar o contraer obligaciones. El pago de las indemnizaciones o compensaciones económicas previstas en la LOSEP y su Reglamento para la cesación de servidores públicos también están sujetas a planificación y presupuestación.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 5, 6, 57 letra d) y 60 letras b) e i) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la planificación y presupuestación anuales del talento humano y los recursos que se requieren para los casos de compensaciones económicas e indemnizaciones que prevé la Ley Orgánica del Servicio Público serán ejercidas por el Gobierno Autónomo Descentralizado en base a su autonomía administrativa y financiera, en armonía con lo dispuesto en el inciso final del artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

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,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Simón Cueva Armijos,
Ministro de Economía y Finanzas

Ing. Franklin Galarza Guzmán,
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas

Ab. Franklin Zambrano,
Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí

Oficio N° 18772

Quito, D.M., 19 MAY 2022

Señor doctor
Andrés Santiago Peñaherrera Navas,
DIRECTOR GENERAL, (E)
CONSEJO DE LA JUDICATURA.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CJ-DG-2022-0211-OF de 24 de enero de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

- “1. ¿Es factible que el Consejo de la Judicatura aplique la figura jurídica de la ‘dación en pago’ contemplada en el artículo 1583 numeral 1 del Código Civil para cumplir con el pago de indemnizaciones establecidas en las sentencias ejecutoriadas mediante la entrega de bienes muebles o inmuebles inutilizados, y que no prestan o afectan servicios públicos?**
- 2. ¿Podría el Consejo de la Judicatura aplicar la dimisión de bienes establecida en el COGEP dentro de la ejecución de los procesos judiciales?”.**

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 17465, 17466 y 17467 de 28 de enero de 2022, este organismo solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE); a la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ); y, al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 17724 de 15 de febrero de 2022, esta procuraduría insistió en dicho requerimiento al MEF.

1.2. Los requerimientos de esta procuraduría fueron atendidos en su orden: *i)* por el Director Nacional Jurídico de la CGE, mediante oficio No. 046-DNJ-2022 de 03 de febrero de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 07 de los mismos mes y año; *ii)* por el Director de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional de la CNJ, con oficio No. 143-2022-DAJCJI-CNJ de 04 de febrero de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 07 de los mismos mes y año; y, *iii)* por el Director Nacional de Asesoría Jurídica (S) del MEF, a través de oficio No. MEF-CGJ-2022-0032-O de 17 de febrero de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente.

1.3. El informe jurídico del Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante, del Consejo de la Judicatura (en adelante CJ), contenido en memorando No. CJ-DNJ-2022-

18772

CONSEJO DE LA JUDICATURA
11382-2022
Página. 2

0095-M de 21 de enero de 2022, citó los artículos 168 numeral 2, 181 numeral 5, 225, 226 y 299 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 14 y 15 del Código Orgánico de la Función Judicial² (en adelante COFJ); 102, 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³ (en adelante COPLAFIP); 314 y 331 del Código Orgánico General de Procesos⁴ (en adelante COGEP); 1583 numeral 1 y 1585 inciso 1 del Código Civil⁵ (en adelante CC); y, 3 numeral 12 y 77 del Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público⁶ (en adelante Reglamento General de Administración de Bienes), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“(…) 5. (...) es imprescindible que el ente rector de las finanzas otorgue soluciones en cuanto a la provisión de recursos para el cumplimiento de las decisiones judiciales, sin perjuicio de las acciones que el Estado tiene para la recuperación de estos recursos.

7. (...) como se puede observar, si bien existen procedimientos propios para la transferencia de dominio de bienes entre instituciones del sector público o éstas con instituciones del sector privado que realicen labor social u obras de beneficencia sin fines de lucro, **se puede colegir que estas normativas no contemplan de forma alguna a la dación en pago con particulares como un mecanismo de cumplimiento de obligaciones que surjan de un proceso judicial.**

8. (...) ni el **COGEP ni la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establecen normas específicas sobre la dimisión de los bienes del Estado**, por lo que no existe claridad normativa al respecto.

(...)

11. En virtud de lo expuesto, se deduce que la naturaleza de **la dación en pago que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico para extinguir una obligación es jurídicamente viable aplicarla entre las partes interesadas que deseen hacerlo disponiendo de los bienes de su dominio privado**, más aún si deviene de una necesidad institucional, siempre que no estén destinados o afecten servicios públicos y considerando que no existe prohibición legal para ejecutarlo.” (el resaltado me corresponde)

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la CNJ citó, además de las normas invocadas por el organismo consultante, los artículos 177 de la CRE; 32, 254 y 280 del COFJ; 170 del COPLAFIP; 1584 del CC; y, 374 del COGEP, en base a los cuales concluyó:

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

² COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

³ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

⁴ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

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

⁶ Reglamento General de Administración de Bienes, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 388 de 14 de diciembre de 2008.

18772

“1.- Toda sentencia condenatoria en contra de las entidades y órganos que conforman el sector público, que incluye al Consejo de la Judicatura, debe ser ejecutada en la forma y condiciones que establezca el respectivo órgano jurisdiccional.

(...)

3.- La dación en pago es una forma de cumplir y extinguir una obligación mediante la entrega por parte del deudor de un bien diferente al que fue objeto de la obligación y que el acreedor da su consentimiento en recibirla, pues de acuerdo con lo previsto en los artículos 1584 y 1585 del Código Civil, **el pago es la prestación de lo que se debe y el acreedor no estará obligado a recibir algo distinto a lo adeudado.** (...)

(...) **la dación en pago es una especie de contrato por el cual las partes, acreedor y deudor, voluntariamente consienten en sustituir la cosa objeto de una obligación por otra, que da por extinguida la obligación.** Esta institución jurídica es un acuerdo transaccional, la que, celebrada dentro del proceso, la o **el juez la aprobará y dará por terminado el mismo,** según lo establece el artículo 235 del COGEP.

4.- Cuando la deudora es una entidad u organismo del sector público, en los términos del artículo 225 de la Constitución, la transferencia de bienes muebles e inmuebles está regulada por el Reglamento Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de Bienes e inventarios (sic) del Sector Público; (...)

El citado Reglamento no regula como uno de los medios de transferir el dominio de los bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las entidades y órganos del sector público, a la transacción y dación en pago como fórmula de pago de obligaciones originadas en una sentencia ejecutoriada, lo que a criterio de esta Dirección, constituye un obstáculo para que el Consejo de la Judicatura pueda aplicar la figura de dación en pago.

5.- En cuanto a la **dimisión de bienes equivalentes al valor de la obligación en dinero ordenada en sentencia, dentro del proceso de ejecución, esta posibilidad no está prevista en el Código Orgánico General de Procesos,** y como queda señalado, tal posibilidad solo procede con la aceptación del acreedor.” (el resaltado me corresponde)

1.5. Finalmente, la CGE y el MEF se abstuvieron de emitir su criterio jurídico institucional sobre las consultas formuladas por el CJ a este organismo.

1.6. De lo expuesto se observa que el CJ considera que el ente rector de las finanzas debe proveer los recursos para el cumplimiento de las decisiones judiciales; que el COGEP y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no establecen normas específicas sobre la dimisión de bienes del Estado, ni existe norma que contemple la dación en pago con particulares como un mecanismo de cumplimiento de obligaciones que surjan de un proceso judicial. Sin perjuicio de lo expuesto, el CJ concluye que es jurídicamente viable aplicar la dación en pago para extinguir una obligación proveniente de sentencia judicial, por no estar prohibida la dación, considerando que deviene de una necesidad institucional y siempre que los bienes no estén destinados o afecten servicios públicos.

18772

Por el contrario, para la CNJ toda sentencia condenatoria en contra de las entidades del sector público debe ser ejecutada en la forma y condiciones que establezca el respectivo órgano jurisdiccional. Agrega que el Reglamento General de Administración de Bienes no regula a la dación en pago como fórmula para transferir el dominio de los bienes muebles o inmuebles de las entidades del sector público para el pago de obligaciones originadas en sentencias ejecutoriadas, y que la dimisión de bienes equivalentes al valor de una obligación en dinero dispuesta por sentencia no está prevista en el COGEP, y requeriría aceptación del acreedor y aprobación judicial para dar por terminado el proceso.

2. Análisis. -

Para atender su consulta el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* las normas sobre el pago y la dación como modos de extinguir las obligaciones; y, *ii)* las disposiciones sobre ejecución de sentencias aplicables al sector público.

2.1. Las normas sobre el pago y la dación como modos de extinguir las obligaciones.-

De acuerdo con el artículo 1583 del CC las obligaciones se pueden extinguir, en todo o en parte, por los modos de extinguir que esa norma establece, entre ellos:

- “1. Por convención de las partes interesadas, **que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;**
2. Por la solución o **pago efectivo;** (...)” (el resaltado me corresponde)

Sobre el pago, el inciso primero del artículo 1585 del CC contempla que: “(...) *se hará, bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes*”, y agrega que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba “*ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.*” (el resaltado me corresponde)

Según el tratadista Luis Claro Solar⁷, en la dación en pago “*el deudor da voluntariamente en pago una cosa diversa a la debida*”, y requiere:

- “(…) a) una prestación animo solvendo, b) una diferencia cualquiera entre la prestación debida y la que la substituye, c) **el consentimiento de las partes en entregar y recibir una prestación por otra**, alid por alio, y d) **la capacidad de ambas partes, acreedor y deudor, para realizar la nueva prestación y sustituirla a la anterior** (...)” (el resaltado me corresponde)

Al respecto, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 11620 de 17 de diciembre de 2020, al atender una consulta formulada por

⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen VI, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 361.*

18772

una empresa pública, sobre el artículo 1583 del CC, que establece los modos de extinguir obligaciones, y su aplicación para el pago de una obligación contractual legalmente contraída, esta analizó y concluyó que:

“(…) la dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones; sin embargo, en el caso de las entidades del sector público en general (…), dicho mecanismo podría ser aplicable respecto, exclusivamente, de bienes que formen del dominio privado, a los que se aplican los principios del derecho privado, entre ellos, los bienes que no estén destinados, o afectados a la prestación de servicios.

(…)

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 8 de la LOIAPP y 131 del COPLAFIP, las empresas públicas pueden hacer dación de un bien inmueble para el pago de una deuda legalmente contraída, de acuerdo con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada y con base en el justo precio, siempre que se trate de bienes de los que puedan disponer libremente, en concordancia con lo previsto en los artículos 9 numeral 10 de la LOEP y 1583 numeral 1 del CC, esto es bienes del activo de las empresas de los GAD que no prestan los servicios de su competencia, conforme prevé la letra b) del artículo 419 del COOTAD”.

En tal contexto resulta oportuno considerar que el artículo 604 del CC clasifica de forma general a los bienes del Estado en bienes nacionales y bienes fiscales, los artículos 416 a 419 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁸ (en adelante COOTAD) establecen el régimen jurídico aplicable a los bienes de dominio público, de los bienes afectados al servicio público y de los bienes de dominio privado⁹, debiéndose considerar el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo.

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento General de Administración de Bienes establece que su objeto es regular *“la administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios de propiedad de las instituciones, entidades y organismos del sector público y empresas públicas”*. (el resaltado me corresponde)

El artículo 77 del mencionado reglamento, ubicado en el TÍTULO IV *“DEL EGRESO Y BAJA DE BIENES O INVENTARIOS”*, CAPÍTULO I *“ACTOS EN LOS QUE SE TRANSFIERE O NO EL DOMINIO DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES”*, establece que: *“Entre las entidades u organismos señalados en el artículo 1 del presente Reglamento o éstas con instituciones del sector privado que realicen labor social u obras de beneficencia sin fines de lucro”* se podrán efectuar los siguientes *“actos de*

⁸ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁹COOTAD, “Art. 419.- Bienes de dominio privado. - Constituyen 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 serán administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado” (el resaltado me corresponde)

18772

transferencia de dominio de bienes: remate, compraventa, transferencia gratuita, donación, permuta y chatarrización". (el resaltado me corresponde)

Adicionalmente, se observa que la dimisión de bienes está prevista por el artículo 416 del COGEP solamente para el caso de insolvencia del deudor.

De lo expuesto se observa que: *i)* el Reglamento General de Administración de Bienes regula los actos por los que se transfiere el dominio de bienes muebles e inmuebles entre las entidades u organismos públicos, o éstas con instituciones del sector privado que realicen labor social u obras de beneficencia sin fines de lucro; *ii)* según ha concluido ya este organismo, en el caso de ciertas entidades del sector público, la dación en pago podría ser aplicable únicamente para el pago de una obligación contractual legalmente contraída, respecto de bienes que formen parte del dominio privado de la entidad; y, *iii)* el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta a la que se le debe, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

2.2. Las disposiciones sobre ejecución de sentencias aplicables al sector público. -

En este acápite se analizarán las normas generales del COGEP considerando que el Estado y las instituciones del sector público pueden ser parte en procesos que corresponden a distintas materias, así como las disposiciones específicas sobre la intervención de dichas entidades en los procesos judiciales, además de aquellas que corresponden a las acciones que se rigen por Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰ (en adelante LOGJCC) y las contenidas en el COPLAFIP sobre ejecución de sentencias condenatorias al Estado.

El COGEP, de acuerdo con su artículo 1, "*regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral, de extinción de dominio y penal*", y con respecto a la ejecución de sentencias en materia contencioso administrativo, en el artículo 331 señala que: "*Una vez ejecutoriada la sentencia la o al (sic) juzgador ordenará bajo prevenciones legales que la institución del Estado cumpla lo dispuesto en la misma*".

El citado artículo señala además que, si existiere imposibilidad legal o material para dar cumplimiento a la sentencia, la institución pública no podrá suspender la ejecución del fallo "*a no ser que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine la o el juzgador*". (el resaltado me corresponde)

Para iniciar la ejecución de una sentencia ejecutoriada el artículo 371 del COGEP establece que el juzgador "*designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto*", para lo cual, de tratarse de procesos laborales, los juzgadores "*cuando condenen a una de las partes al pago de*

¹⁰ LOGJCC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.52 de 22 de octubre de 2009.

indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar". (el resaltado me corresponde)

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 374 del COGEP, el ejecutado tiene la opción de proponer una fórmula de pago para el cumplimiento de la obligación determinada en sentencia. El segundo inciso del citado artículo prevé que: "*Podrá también proponerse como fórmula de pago la dación de cualquier bien aceptado por la o el ejecutante*". (el resaltado me corresponde)

Concordante, el numeral 2 del artículo 392 del COGEP agrega que en la audiencia de ejecución se pueden "*aprobar fórmulas de pago, incluso cuando impliquen la suspensión del procedimiento de ejecución*". (el resaltado me corresponde)

A manera de ejemplo se observa que en el proceso No. 17811-2017-00533, respecto al pago de valores pendientes en materia de contratación pública, mediante auto de 09 de febrero de 2022, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dispuso que: "*Una vez que se ha llegado aún (sic) acuerdo entre las partes se acepta la fórmula de pago propuesta por el demandado (...)*". En este caso, la obligación económica fue cumplida en dos partes: i) mediante dación en pago de bonos del estado; y, ii) mediante la cantidad en efectivo, restante, del valor dispuesto por el tribunal. (el resaltado me corresponde)

Por su parte y en relación a la fase de ejecución de sentencia de los procesos constitucionales que disponen reparación económica, el artículo 19 de la LOGJCC prevé que cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado "*la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado*"; y, agrega que únicamente podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite. (el resaltado me corresponde)

Cabe considerar que en torno al tema, la Corte Constitucional¹¹ ha establecido como regla interpretativa lo siguiente:

"El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13SAN-CC, caso No. 0015-10-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 25 de junio de 2013.

En el caso sub judice, dada la naturaleza de la entidad demandada, (...) y al haber encontrado la Corte vulneración de derechos constitucionales, en la especie, la seguridad jurídica, que deber ser resarcida mediante una reparación integral, **se debe proceder a la cuantificación económica por la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de un término razonable**, luego de lo cual se deberá informar a esta Corte.” (el resaltado me corresponde)

En este contexto, el artículo 22 de la LOGJCC prevé las sanciones aplicables a las personas, instituciones, servidores públicos, incluidos los servidores judiciales, que incumplan la sentencia o acuerdo reparatorio.

Por otra parte, corresponde considerar las disposiciones específicas que para la atención de contingencias¹² y ejecución de sentencias en el sector público constan en el COPLAFIP. Así, el artículo innumerado posterior al artículo 102 del COPLAFIP dispone que el ente rector de las finanzas públicas *“deberá incluir en la proforma del Presupuesto General del Estado una asignación en el gasto, con el objeto de atender las posibles contingencias generadas por la materialización de riesgos fiscales”*.

Adicionalmente, el segundo inciso del artículo innumerado agregado después del artículo 127 del COPLAFIP faculta el pago de obligaciones que surjan de sentencias judiciales o laudos arbitrales a través de títulos de deuda pública y certificados de tesorería que, según el primer inciso de esa norma, requiere petición y aceptación de las partes.

En este contexto, el artículo 170 del COPLAFIP reitera que las entidades del sector público deberán dar cumplimiento inmediato a las sentencias ejecutoriadas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, y *“si implican el egreso de recursos fiscales, dicha obligación se financiará con cargo a las asignaciones presupuestarias de la respectiva entidad u organismo, para lo cual si es necesario se realizarán las reformas respectivas en el gasto no permanente”*. (el resaltado me corresponde)

De lo manifestado se desprende que: *i)* ejecutoriadas las sentencias y pasadas en autoridad de cosa juzgada, las entidades y organismos del sector público y sus servidores tienen el deber de cumplirlas; *ii)* si las sentencias implican el egreso de recursos fiscales, dicha obligación se debe financiar con cargo a las asignaciones presupuestarias de la respectiva entidad u organismo, para lo cual, si es necesario, se realizarán las reformas pertinentes en el gasto no permanente, de acuerdo con el COPLAFIP, que además faculta a las entidades públicas a efectuar el pago de obligaciones que surjan de sentencias mediante títulos de deuda pública y certificados de tesorería, siempre que exista petición en ese sentido y aceptación de las partes; *iii)* en los procesos sujetos a la LOGJCC que ordenen reparación económica, el monto de tal reparación a cargo del Estado será

¹² El inciso tercero del artículo innumerado posterior al artículo 85 del COPLAFIP define a los riesgos fiscales como *“aquellos factores o eventos imprevistos que pueden conducir a que las variables fiscales de ingresos, gastos, financiamiento, activos y pasivos”, se desvíen de las previsiones de la programación fiscal plurianual y anual, los mismos que pueden originarse en condiciones macroeconómicas internas y externas, gestión de banca pública, desastres naturales, entre otras causas.*

determinado por la jurisdicción contenciosa administrativa; y, según la regla interpretativa de la Corte Constitucional la cuantificación económica constituye un proceso de ejecución y debe proceder dentro de un término razonable; y, iv) de acuerdo con las reglas generales del COGEP, el ejecutado tiene la opción de proponer una fórmula de pago para el cumplimiento de la obligación, que excepcionalmente podría ser la dación de un bien de dominio privado, lo que está sujeto a la aceptación del ejecutante y a la aprobación del respectivo órgano judicial.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, para cumplir con el pago de indemnizaciones establecidas en sentencias ejecutoriadas, las entidades públicas se rigen por las disposiciones específicas de los artículos 170 y agregado después del artículo 127 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que en su orden prevén que dichas obligaciones se financien con cargo a las asignaciones presupuestarias de la respectiva entidad y de ser el caso se realicen las reformas pertinentes en el gasto no permanente, y facultan el pago con títulos de deuda pública y certificados de tesorería, siempre que exista petición y aceptación de las partes. En tal virtud, según los artículos 374 y 392 del Código Orgánico General de Procesos una entidad pública podría proponer una fórmula de pago para cumplir con la sentencia, que excepcionalmente podría ser la dación, lo cual estará sujeto a la aceptación del acreedor ejecutante y a la aprobación del órgano judicial competente.

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,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Iván Saquicela Rodas,
Presidente de la Corte Nacional de Justicia.
Ing. Carlos Riofrio González,
Contralor General del Estado, Subrogante.
Dr. Simón Cueva Armijos,
Ministro de Economía y Finanzas.

Oficio N° 18673

Quito, DM, 11 de mayo de 2022

Señor ingeniero
Othón Zevallos Moreno,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y
SANEAMIENTO (EPMAPS).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. EPMAPS-GJC-034-2022-GG-055 de 16 de febrero de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Debe el reaseguro en los procedimientos de contratación de seguros ser presentado de forma conjunta con la oferta económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Capítulo X: ‘NORMAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LAS NOTAS TÉCNICAS QUE RESPALDAN LAS TARIFAS DE PRIMAS’ de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, sin perjuicio de lo señalado en el Formulario de Compromiso de Reaseguro, establecido por el SERCOP en la Resolución N° RE-SERCOP-2021-0118, de 23 de septiembre de 2021?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 17802 y 17803 de 22 de febrero de 2022, este organismo solicitó a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS) y al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 18019 de 11 de marzo de 2022 se insistió en dicho requerimiento a la SCVS.

1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas a esta entidad, en su orden, por la Directora General del SERCOP y por la Superintendente de Compañías, con oficios Nos. SERCOP-SERCOP-2022-0112-OF y SCVS-INS-DNNR-2022-00014644-O, ambos de 10 de marzo de 2022, recibidos el primero en la misma fecha y el segundo al día siguiente.

1.3. El informe jurídico de la Gerente Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (en adelante EPMAPS), contenido en memorando No. GJC-

061-2022-GJ-059 de 16 de febrero de 2022, citó los artículos 76 numeral 7, 82, 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 25 del Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, que contiene la Ley General Seguros² (en adelante LGS), 54, 55, 56, 57, 58 y 59 de su Reglamento General³ (en adelante RGLGS); 789 del Código del Comercio⁴ (en adelante CDC); 7 numeral 18, 1454, 1561 y 1562 del Código Civil⁵ (en adelante CC); 107 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante RGLOSNC); la Sección IV “*VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS TÉCNICAS*”, numeral 4.1.3 “*Formulario de compromiso de Reaseguro*” del Modelo de Pliegos de los Procedimientos de Contratación de Seguros, Versión SERCOP 1.0 de la Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118 de 23 de septiembre de 2021⁷, que contiene las Reformas a la Resolución Externa No. RE SERCOP-2016-0000072 mediante la cual se expidió la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP (en adelante Resolución No. 0118); y, los artículos 1 del Capítulo X “*Normas para la Estructuración de las Notas Técnicas que respaldan las tarifas de primas*”, 20 y la Disposición General Cuarta de la Sección IX del Capítulo XIV “*Normas relativas a las Operaciones de Reaseguros y Retrocesiones*” del Libro III, Tomo XII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros de la Junta Política y Regulación Monetaria y Financiera⁸ (en adelante CRMFVS), luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“3.- CRITERIO JURIDICO. -

De los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, sobre la base de la situación del **reaseguro exigible únicamente al adjudicado**, propuesto por el SERCOP, es criterio jurídico que la referida condición **es contraria a lo dispuesto en el artículo 1 del Capítulo X de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros**, que establece que para la conformación de las tarifas en servicios de seguros, se deberá contar con la certificación suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo, acción con la cual se compondrá su tarifa u oferta económica.

De la misma manera, el Organismo Rector de la Contratación Pública, no observa la obligación que tienen las prestadoras de seguros ecuatorianas de asumir en un solo riesgo, como retención máxima, más del 8% anual del patrimonio técnico, correspondiente al mes inmediato anterior a aquel en el cual se efectuó la operación, lo que se traduce en que al momento de presentar su oferta económica, las compañías de seguros por ley, deberán respaldar sus tarifas en certificados suscritos por los reaseguradores en cuanto al componente facultativo, lo que bajo el análisis del SERCOP, merece que únicamente el

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

² LGS, publicado en el Registro Oficial No. 403 de 23 de noviembre de 2006.

³ RGLGS, publicado en el Registro Oficial No. 342 de 18 de junio de 1998.

⁴ CDC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.

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

⁶ RGLOSNC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁷ Resolución No. 0118, publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 549 de 30 de septiembre de 2021.

⁸ CRMFVS, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 44 de 24 de julio de 2017.

adjudicatario presente dichos certificados, lo que deja a la oferta económica precontractual sin respaldo, y a la entidad contratante sin la posibilidad de verificar en esta etapa del procedimiento, la veracidad y seriedad de las ofertas económicas de los potenciales oferentes.

Por lo que resulta evidente que el SERCOP, con esta disposición, no solo que contraviene lo dispuesto en la normativa de seguros, sino que deja a las Entidades Contratantes sin la posibilidad de contar con primas reales, calculadas sobre valores de costo del reaseguro reales y debidamente respaldados, por lo que los oferentes que no cuenten con valores reales de reaseguros previo a la presentación de sus ofertas, no pueden hacer una calificación económica del costo final de la prima del seguro sobre el riesgo a asumirse, lo que vuelve a su oferta económica en irreal, y se constituiría además en un riesgo prominente, dado que en caso de adjudicarse el proceso, **de no contar dicho oferente, con el reaseguro de las tasas ofertadas, puede conllevar a la negativa de la suscripción del contrato y por ende poner en riesgo el patrimonio de las entidades públicas de no contar con los seguros que por ley le corresponden**” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la empresa pública consultante, citó los artículos 227 de la CRE y 14 del Código Orgánico Administrativo⁹ (en adelante COA), sobre cuya base analizó y concluyó:

“Para analizar su consulta hay que considerar dos elementos: El primero corresponde a la disposición contenida en el artículo 1 del Capítulo X: ‘NORMAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LAS NOTAS TÉCNICAS QUE RESPALDAN LAS TARIFAS DE PRIMAS’ de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros; y, el segundo momento que corresponde a la contratación de seguros a través del procedimiento de Licitación de Seguros, expedido por el SERCOP mediante Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118, de 23 de septiembre de 2021.

En lo que corresponde al primer elemento, por **Bases técnicas de un seguro**, también conocidas como notas técnicas, se entiende a: ‘[1] los cálculos que se llevan a cabo para determinar el coste de la prima en función del tipo de seguro que se contrate (seguro de vida, de coche, de hogar, etc.) y de la modalidad que se quiera adquirir: básica, todo riesgo, etc.’ (el resaltado corresponde al texto original)

De acuerdo con la doctrina y la normativa correspondiente **estas bases técnicas permiten establecer el monto de los contratos que se celebren con las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. Por lo tanto, estos documentos son requeridos cuando la aseguradora suscriba contratos con estas entidades, situación que es ajena a la contratación pública.** (El resaltado me corresponde)

⁹ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

En lo que corresponde al segundo elemento tenemos a **la contratación de seguros a través de la licitación de seguros que se encuentra reglada en la Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118, de 23 de septiembre de 2021, emitida por el SERCOP** de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 155 publicado en el Cuarto Suplemento, del Registro Oficial Nro. 516 de 16 de agosto del 2021.

Para este procedimiento el SERCOP ha considerado que los proveedores que participan en el procedimiento deben llenar además del formulario único de oferta, el formulario denominado: 'Formulario de compromiso de Reaseguro', la finalidad de este formulario adicional es conocer si las aseguradoras participantes cuentan con reaseguros que puedan respaldar el riesgo asumido por el proveedor adjudicado, por lo que no es necesario que se deba adjuntar esta nota técnica determinada en el artículo 1 de las Normas para la Estructuración de las Notas Técnicas que Respaldan las Tarifas de Cuotas y Primas a la oferta económica (el resaltado me corresponde).

(...)

II. CONCLUSIÓN:

(...) este Servicio Nacional concluye que **no es necesario que se adjunte a la oferta económica el reaseguro, sin embargo, si existe obligación de las empresas de incluir el Formulario de compromiso del Reaseguro en su oferta**, por cuanto este documento constituye una declaración de que la aseguradora cuenta a futuro con un reasegurador, en cuanto a la oferta económica, esta oferta debe ajustarse al presupuesto referencial establecido para este proceso de contratación, la oferta será igual o inferior al presupuesto referencial determinado en los términos de referencia (el resaltado me corresponde).

(...) **En ningún caso se obviará la entrega del formulario de compromiso de Reaseguro. La falta de presentación del mismo constituirá causal para la descalificación de la oferta.** (4.1.3 Formulario de compromiso de Reaseguro de las Condiciones Particulares del Modelo de Pliegos de Licitación de Seguros aprobado por el SERCOP)" (el resaltado me corresponde).

1.5. De su parte, el criterio jurídico de la SCVS, además de las disposiciones enunciadas por la consultante, citó el artículo 213 de la CRE y manifestó que *"se abstiene de emitir su pronunciamiento"*, sin perjuicio de lo cual, sobre la CRMFVS expuso lo siguiente:

"(...) debe tenerse en cuenta que el artículo 1 de las *'NORMAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LAS NOTAS TÉCNICAS QUE RESPALDAN LAS TARIFAS DE PRIMAS'* de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, se limita a establecer que en caso de que la tarifa de la prima sea el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, ésta deberá estar sustentada por la certificación

suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo.

Por lo antes indicado, **se colige que dicha Norma no regula los procedimientos de contratación pública** estableciendo qué documentos han de formar parte de la oferta técnica y económica presentada dentro de un proceso de contratación de seguros mediante licitación; **por lo que, las disposiciones contenidas en la resolución No. RE-SERCOP-2021-0118**, de fecha 23 de septiembre de 2021, referente al modelo de pliegos de uso obligatorio para la licitación de seguros, **corresponden al ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas al Servicio Nacional de Contratación Pública por la ley de la materia.**” (El resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la empresa pública consultante difiere de los criterios jurídicos coincidentes del SERCOP y de la SCVS. Para la EPMAPS el exigir el reaseguro únicamente al oferente adjudicado es contrario a lo dispuesto en el artículo 1 del Capítulo X de la CRMFVS, que establece que para la conformación de las tarifas en servicios de seguros se deberá contar con la certificación del reasegurador que acredite que la misma es el resultado de su respaldo, a fin de que no exista negativa posterior para la suscripción del contrato que ponga en riesgo el patrimonio de las entidades públicas contratantes.

Por su parte, para el SERCOP y la SCVS el artículo 1 del Capítulo X de la CRMFVS no regula los procedimientos de contratación de seguros mediante licitación como sí lo hace la Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118 de 23 de septiembre de 2021. En este sentido, el SERCOP especifica que no es necesario que se adjunte a la oferta económica la nota técnica a la que alude la CRMFVS, pero aclara que sí existe la obligación de las empresas de seguros que participan en los procedimientos de contratación pública de incluir el Formulario de compromiso del reaseguro en su oferta económica, por cuanto ese documento constituye una declaración de que la aseguradora contará a futuro con un reasegurador.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* ámbito de aplicación del Capítulo X de la CRMFVS; y, *ii)* competencia del SERCOP como organismo de control para determinar el modelo de pliegos a aplicarse en los procesos de licitación de seguros.

2.1. Ámbito de aplicación del Capítulo X de la CRMFVS. -

De acuerdo con el artículo 1 de la LGS dicha ley regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y *“las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado¹⁰; las cuales se someterán a las leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros”*.

El artículo 25 de la LGS, ubicado en el Título II *“DE LA CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN, ACTIVIDADES Y FUNCIONAMIENTO”*, Capítulo III *“De las Pólizas y Tarifas”*, prevé que: *“Las tarifas de primas y notas técnicas requerirán autorización previa de la Superintendencia”* y se sujetarán, entre otros, a los siguientes principios: *“2. Ser el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el inciso segundo del artículo 27 de la LGS, ubicado en el Capítulo IV *“De los Reaseguros”*, establece que: *“Las empresas de seguros deberán contratar los reaseguros con empresas reaseguradoras en forma directa o a través de intermediarias de reaseguros autorizadas a operar en el país”* o registradas en la SCVS, según sea el caso (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 1 del Capítulo X *“Normas para la estructuración de las notas técnicas que respaldan las tarifas de primas”* del Libro III *“SISTEMA DE SEGUROS PRIVADOS”* de la CRMFVS, materia de su consulta, contempla que en caso de que la tarifa de primas sea el resultado de la aplicación del principio de utilización de información estadística siniestral que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad deberá estar respaldada por la nota técnica; y, *“en caso de que sea el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, deberá estar sustentada por la certificación suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo”* (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 59 del RGLGS señala que: *“Las empresas de seguros y compañías de reaseguros no podrán asumir en un solo riesgo como retención más que el porcentaje de su patrimonio”* determinado por la SCVS, correspondiente al mes inmediato anterior a aquel en el cual se efectúe la operación.

De lo expuesto se observa que: *i) las actividades y funcionamiento de las compañías de seguros y reaseguros deben observar las leyes vigentes y someterse al control de la SCVS; ii) las empresas de seguros deben contratar reaseguros con empresas reaseguradoras de reconocida solvencia técnica y financiera; iii) las tarifas de primas y*

¹⁰ LGS, artículo 2: *“Integran el sistema de seguro privado: a) Todas las empresas que realicen operaciones de seguros; b) Las compañías de reaseguros; c) Los intermediarios de reaseguros; d) Los peritos de seguros; y, e) Los asesores productores de seguros”*.

notas técnicas requieren autorización previa de la SCVS; y, *iv*) el Capítulo X de la CRMFVS contiene normas para la estructuración de las notas técnicas que respaldan las tarifas de primas y su artículo 1 prevé que si la tarifa de la prima es el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, deberá estar sustentada por la certificación suscrita por el reasegurador que acredite que dicha tarifa es el resultado de su respaldo.

2.2. Competencia del SERCOP como organismo de control para determinar el modelo de pliegos a aplicarse en los procesos de licitación de seguros. -

De conformidad con el numeral 6 del artículo 132 de la CRE se requiere de ley para *“Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”* (el resaltado me corresponde).

La CRE en su artículo 288 establece que las compras públicas *“cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social”*, en concordancia con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) que señala 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 resaltado me corresponde).

El numeral 24 del artículo 6 de la LOSNCP define a los pliegos como los *“Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública”* (el resaltado me corresponde).

Según el inciso primero del artículo 10 de la LOSNCP, el SERCOP es un *“organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria”*, al que le corresponde ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante SNCP) (el resaltado me corresponde).

Entre las atribuciones del SERCOP, como organismo que ejerce la rectoría del SNCP, los numerales 8 y 9 del artículo 10 de la LOSNCP incluyen el *“Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública (...)”*; y, el *“Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley”*.

Por su parte, el artículo 107 del RGLOSNCOP prevé que para la contratación de seguros las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCOP “*se sujetarán al proceso de licitación de seguros*”, y su segundo inciso agrega que, por la especialidad y naturaleza de la contratación de seguros, el SERCOP “*determinará el modelo de pliegos a aplicarse, sin que sean aplicables al mismo las condiciones establecidas en los artículos 73, 74, 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el numeral 4 del artículo 7 del RGLOSNCOP contempla como una de las atribuciones de la máxima autoridad del SERCOP el “*Emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del SNCOP y del SERCOP, que no sea competencia del Directorio*”. Con tal antecedente, mediante Resolución No. 0118 el SERCOP emitió los “*MODELOS OBLIGATORIOS DE DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES REFERENTES AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DE SEGUROS*”, entre los cuales consta el “*Formulario de Compromiso de Reaseguro del procedimiento de Licitación de Seguros*” (el resaltado me corresponde).

La Sección IV “*VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS TÉCNICAS*”, numeral 4.1.3 “*Formulario de compromiso de Reaseguro*” del Modelo de Pliegos de los Procedimientos de Contratación de Seguros, Versión SERCOP 1.0 de la Resolución No. 0118 establece que la entidad contratante debe verificar que “*el proveedor presente el formulario de compromiso de Reaseguro como parte integrante de su oferta*”, y agrega que, el compromiso de reaseguro, tendiente a respaldar el riesgo asumido por el proveedor adjudicado, no podrá ser menor al veinte por ciento (20%) ni mayor al cincuenta por ciento (50%). El citado formulario resalta que “*en ningún caso se obviará la entrega del formulario de compromiso de Reaseguro*” y que la “*falta de presentación del mismo constituirá causal para la descalificación de la oferta*”.

De lo manifestado se desprende que: *i)* las compras públicas deben cumplir, entre otros criterios, con el de eficiencia y deben observar, entre otros, los principios de legalidad y oportunidad; *ii)* los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento se deben sujetar a los modelos establecidos por el SERCOP, en su calidad de organismo técnico regulatorio; *iii)* por la especialidad y naturaleza de la contratación de seguros, al SERCOP le corresponde determinar el modelo de pliegos a aplicar para la contratación de seguros por las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LOSNCOP; *iv)* en los modelos aprobados por el SERCOP para la contratación de seguros consta el “*Formulario de Compromiso de Reaseguro del procedimiento de Licitación de Seguros*”; y, *v)* corresponde a la entidad contratante verificar que el proveedor presente el formulario de compromiso de Reaseguro como parte integrante de su oferta.

3. Pronunciamento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 10 numeral 8 y 24 numeral 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 107 de su Reglamento General, en los procedimientos de contratación de seguros a través de la licitación de seguros es obligación de las empresas de seguros incluir el Formulario de compromiso del Reaseguro en su oferta, según lo previsto en la Resolución No. RE-SERCOP-2021-0118 de 23 de septiembre de 2021 emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Seguros, es deber de las empresas de seguros contratar los reaseguros con empresas reaseguradoras de reconocida solvencia técnica y financiera y cumplir con el artículo 1 de las “*Normas para la Estructuración de las Notas Técnicas que respaldan las tarifas de primas*” de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, que establece la obligación de la aseguradora de contar con el certificado del reasegurador cuando la tarifa de la prima que oferte sea el resultado del respaldo del reasegurador, por lo cual, la entidad contratante está facultada para exigir tal certificación.

El presente pronunciamento 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,

DIEGO FERNANDO
ANTONIO REGALADO
ALMEIDA

Firmado digitalmente por DIEGO
FERNANDO ANTONIO REGALADO
ALMEIDA
Fecha: 2022.05.11 11:07:46 -05'00'

Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, Subrogante

C.C. Dra. María Sara Jijón Calderón, LLM
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública

Ab. Dorys Alvarado Benites
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros (R)

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec