



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Noviembre 2022

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de noviembre de 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	1-nov-22	CENTRO DE INTELIGENCIA ESTRATÉGICA ADMINISTRATIVAS - ENTREGA INFORMACIÓN RESERVADA	4
2	1-nov-22	EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO - EPMAPS CONTRATACIÓN PÚBLICA - RECEPCIÓN DE PLENO DERECHO	17
3	1-nov-22	CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL B.P. FINANCIERO Y BANCARIO - REMISIÓN POR LEY ORGÁNICA SIMPLIFICACIÓN Y PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA	26
4	8-nov-22	GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE SANTA CRUZ ADMINISTRATIVAS - COMPETENCIA AMBIENTAL SOBRE FAUNA URBANA	33
5	8-nov-22	MUNICIPIO DE GUAYAQUIL CONTRATACIÓN PÚBLICA - APLICACIÓN DE MULTAS EN APLICACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO	42
6	23-nov-22	BANCO CENTRAL DEL ECUADOR MERCADO DE VALORES - APLICACIÓN SIMULTANEA DE MEDIDAS CORRECTIVAS Y MEDIDAS JURISDICCIONALES	47

Oficio N° 20890

Quito, DM, 01 de noviembre de 2022

Señor Coronel (sp)
Fausto Antonio Cobo Montalvo,
DIRECTOR GENERAL,
CENTRO DE INTELIGENCIA ESTRATÉGICA
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CIES-DG-O-0059-2022-OF de 28 de septiembre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿A la información que custodia el Centro de Inteligencia Estratégica le son aplicables los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por tratarse de información reservada, secreta y secretísima de acuerdo al Art. 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, para ser entregada a las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales de la Asamblea Nacional, Asambleaístas o al Pleno de la Asamblea Nacional, en sesiones reservadas u ordinarias, sin realizar previamente el proceso de desclasificación correspondiente?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 20506 y 20509 de 3 de octubre de 2022, este organismo solicitó a la Secretaría Nacional de Seguridad Pública y del Estado (en adelante SNSPE) y a la Asamblea Nacional (en adelante AN), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta.

Con oficio No. 20740 de 19 de octubre de 2022 se atendió la solicitud formulada por el Coordinador General Jurídico de la AN, a través de oficio No. AN-PR-2022-001-P de 17 de los mismos mes y año, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, en el sentido de que “*el plazo de 10 días corra a partir del 13 de octubre de 2022 fecha de recepción del documento en el correo electrónico*”.

1.2. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en este organismo, en su orden por: *i*) por el Secretario de la SNSPE, con oficio No. PR-SNSPE-2022-12-O de 18 de octubre de 2022, ingresado el 21 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el informe jurídico No. SENASEG-DIRJUR-2022-002 de 18 de octubre del presente año; y, *ii*) por el Presidente de la AN a través de oficio No. AN-PR-2022-0050-O de 24 de octubre de 2022, recibido en el correo institucional único al día siguiente, al que

se adjuntó el memorando No. AN-CGAJ-PR-2022-0011-M de 24 de octubre del presente año, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica.

1.3. El informe jurídico del Coordinador General Jurídico del Centro de Inteligencia Estratégica (en adelante CIES), contenido en el memorando No. CIES-CGJ-O-0207-2022-M de 27 de septiembre de 2022 citó, en lo principal, los artículos 18 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 180, 233 y 472 del Código Orgánico Integral Pena² (en adelante COIP); 17 y 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública³ (en adelante LOTAIP); 13, 16, 19 y 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado⁴ (en adelante LSPE); 9, 26, 75 y 110 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁵ (en adelante LOFL); 8, 9 letras c), e) y g), 28, 29 y 33 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado⁶ (en adelante RLSPE); el Decreto Ejecutivo No. 526 de 21 de septiembre de 2018, a través del cual se suprimió la Secretaría de Inteligencia y se creó el CIES⁷; y, el Decreto Ejecutivo No. 208 de 27 de septiembre de 2021 con el cual, el Presidente de la República designó al actual Director General del CIES⁸, con fundamento en los cuales concluyó:

“5.- PRONUNCIAMIENTO:

Por lo expuesto, el criterio jurídico de esta Coordinación, es que, cualquiera que sea la condición de la sesión, sea ésta ordinaria, extraordinaria, pública o reservada, o **el requerimiento de información** prevenga de manera verbal o escrita, **por parte de Asambleístas, Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales y el Pleno de la Asamblea Nacional, no constituye un condicionante para que el CIES entregue** de manera verbal o escrita **información de circulación restringido, sin efectuar el proceso de desclasificación** de la información previsto en el RLSPE. En este sentido el Art. 472 del COIP establece que, la información calificada por los organismos que conforman el Sistema Nacional de Inteligencia, es información de circulación restringida, en concordancia con el Art. 17 literales a) numeral 2; y, b) de la LOTAIP y considerando lo dispuesto en el Art. 19 de la LSPE, que señala que, el Reglamento a la ley establecerá los niveles de acceso exclusivo a la información y documentación clasificada, así como el proceso para su desclasificación. **Se considera como información de circulación restringida aquella protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley, por tanto, no procede el derecho a acceder a la información pública** de acuerdo a los Arts. 17 y 18 de la LOTAIP. En consecuencia, dicha información no está sujeta al principio de publicidad, lo que impide su libre circulación” (el resaltado me corresponde).

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

² COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

³ LOTAIP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 337 de 18 de mayo de 2004.

⁴ LSPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

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

⁶ RLSPE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 30 de septiembre de 2010.

⁷ Decreto Ejecutivo No. 526, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 358 de 30 de octubre de 2018.

⁸ Decreto Ejecutivo No. 208, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 15 de octubre de 2021..

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la SNSPE, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 120 numeral 9 de la CRE; y, 32 y 33 de la LSPE, luego de lo cual concluyó lo siguiente:

“4. PRONUNCIAMIENTO

(...) **la entrega de información clasificada, requerida por asambleístas, comisiones especializadas permanentes y ocasionales y al pleno de la Asamblea Nacional**, en uso de la facultad prevista en el Art. 120 num. 9 de la Constitución del Estado, y el Art. 9 num. 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, **únicamente debe proceder previa desclasificación de la misma realizada por la SENASEG, cumpliendo el procedimiento establecido en el Art. 33 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado.**

No cumplir con el procedimiento reglamentario de desclasificación, previo a atender el requerimiento de entrega de información que no esté sujeta al principio de publicidad, **podría representar incurrir en los delitos** de difusión de información de circulación restringida o en un delito contra la información pública reservada legalmente, tipificados y sancionados en los Arts. 180 y 233 del Código Orgánico Integral Penal.

El requerimiento de información de circulación restringida que se realice a los organismos competentes del Estado, **debe estar debidamente fundamentado en una necesidad de control y fiscalización de los actos del poder público**, a fin de que no exista un uso doloso o negligente de la misma que pueda afectar la seguridad del Estado o comprometer los intereses nacionales (...)” (el resaltado me corresponde).

1.5. Finalmente, el criterio jurídico de la AN citó, además de las normas referidas, los artículos 3, 11 numerales 1, 2, 6, 7 y 9, 66 numeral 23, 82, 83 numerales 5 y 11, 118, 131, 225, 227, 235, 237 y 425 de la CRE; 10, 74, 76 y 77 de la LOFL; 3 y 18 de la LSPE; y, el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 15565 de 08 de septiembre de 2021 sobre la facultad que tienen los Asambleístas, las Comisiones especializadas y el Pleno de la Asamblea Nacional de requerir información sujeta a reserva, así como la atribución del Pleno de dicho órgano para requerir a los servidores públicos información clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima, siempre que el requerimiento se motive en procesos de fiscalización y control político, bajo prevención de guardar la reserva, con base en los cuales concluyó:

“IV.- CONCLUSIÓN:

(...) es una función y atribución de la Asamblea Nacional, la de **requerir a las servidoras y a los servidores públicos**, la información necesaria para los **procesos de fiscalización y control político**, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales. **La información clasificada como confidencial, RESERVADA, SECRETA Y SECRETÍSIMA será proporcionada bajo prevención de guardar la reserva que la ley dispone**, que quiere decir que la responsabilidad de quien recibe la información proporcionada deberá guardar la misma reserva de quien lo recibe, siendo responsable civil y penalmente por su difusión. El artículo 74 y siguientes de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, dispone con exactitud que **le corresponde la fiscalización y control político a**

las y los Asambleístas, a las Comisiones Especializadas y al Pleno de la Asamblea Nacional, de acuerdo a las disposiciones de la Constitución de la República, esta Ley y los reglamentos internos emitidos por esta Función del Estado (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

Le corresponde a la Secretaría Nacional de Inteligencia y las máximas autoridades de los órganos ejecutores al marco del artículo 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado el **rendir cuentas de su gestión**, para su debido control, al Ejecutivo y cada tres (3) meses **a la Asamblea Nacional**, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación. Es así que cualquier asambleísta por mandato legal determinado en el número 3 del artículo 110 y 75 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa podrá solicitar directamente información a las y los servidores públicos, **incluida la información reservada** que sea necesaria **dentro de los procesos de fiscalización y control político**, según el trámite establecido en esta Ley. Para los pedidos de información no se requerirá autorización previa de la o del Presidente de la Asamblea Nacional; y, **requerir información o comparencias** a las y los funcionarios detallados en los artículos 120 numeral 9, 225 y **131** de la Constitución de la República, de conformidad con esta Ley (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

(...) **la Ley Orgánica de la Función Legislativa, al ser una norma de carácter orgánico tiene prevalencia sobre las disposiciones de la Ley de Seguridad Pública y del Estado que tiene carácter de ordinaria**. Por lo tanto, en contraposición de normas eminentemente prevalecería la Ley Orgánica de la Función Legislativa (el resaltado me corresponde).

(...) a la información que custodia el Centro de Inteligencia Estratégica le son aplicables los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y consecuentemente entregará a las y los Asambleístas, a las Comisiones Especializadas o al Pleno de la Asamblea Nacional, la información reservada, secreta y secretísima, cuando este centro de inteligencia estratégica observe, **evidencie, que se hubiere iniciado un proceso de investigación** para los **procesos de fiscalización y control político** (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

Sin perjuicio de lo manifestado el Pleno de la Asamblea Nacional a través del trámite correspondiente **podrá levantar en cualquier momento la reserva de la información considerada como reservada conforme las funciones y atribuciones constantes en los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa** (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que la entidad consultante y la SNSPE coinciden en señalar que el requerimiento de información por parte de asambleístas, comisiones especializadas permanentes y ocasionales, y el Pleno de la AN únicamente procede previa desclasificación de la misma por parte de la SENASEG, cumpliendo el procedimiento establecido en el RLSPE. El CIES y la SENASEG agregan que no realizar el procedimiento reglamentario de desclasificación, previo a atender el requerimiento de entrega de información que no esté sujeta al principio de publicidad, podría dar lugar a que se incurra en un delito.

Por su parte, la AN considera que requerir a los servidores públicos información necesaria para los procesos de fiscalización y control político es una función y atribución constitucional y legal de dicho órgano, para lo cual la información clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima debe ser proporcionada bajo prevención de guardar la reserva que la ley dispone, sin perjuicio de que el Pleno, a través del trámite correspondiente, pueda levantar en cualquier momento la reserva de la misma. Señala adicionalmente que le corresponde al CIES y las máximas autoridades de los órganos ejecutores, en el marco del artículo 24 de la LSPE, rendir cuentas de su gestión cada tres meses a la AN, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada.

Finalmente, la AN menciona que la LOFL es una norma de carácter orgánico que tiene prevalencia sobre las disposiciones de la LSPE, que es carácter de ordinaria.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* principio de publicidad de la información pública y la excepción de la información reservada; *ii)* el requerimiento de información por la Función Legislativa, como parte de sus competencias de fiscalización y control político; y *iii)* niveles de accesibilidad de la información relacionada con la seguridad pública y del Estado, y procedimientos para preservar el secreto, la reserva, la clasificación, reclasificación y desclasificación de información del SNI.

2.1. Principio de publicidad de la información pública y la excepción de la información reservada.-

De acuerdo con el artículo 18 de la CRE, todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a *“Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”*, además de *“Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas”*. La norma agrega que *“No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley”* (el resaltado me corresponde).

El artículo 1 de la LOTAIP, promulgada con anterioridad a la entrada en vigencia de la CRE, igualmente prevé el principio de publicidad de la información pública y señala que el acceso a la misma *“es un derecho de las personas que garantiza el Estado”*. Al efecto, el inciso segundo de esa norma establece la regla general de publicidad de la información que posean las instituciones públicas y determina que: *“toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”* (el resaltado me corresponde).

Al efecto, la letra b) del artículo 17 y los incisos segundo y cuarto del artículo 18 de la LOTAIP se refieren a la información reservada, que está excluida del principio de publicidad, cuyo uso ilegal genera responsabilidades y acciones legales, pero también prevén los casos en que la reserva no se puede invocar. Tales artículos en su orden disponen:

“Art. 17.- De la Información Reservada.- No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes”.

“Art. 18.- Protección de la Información Reservada.-

(...) El Ministerio de Coordinación de Seguridad, en los casos de reserva por motivos de seguridad nacional y los titulares de las instituciones públicas, serán responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con esta Ley. La clasificación de reserva no podrá efectuarse posteriormente a la solicitud de información.

(...) Las instituciones públicas elaborarán semestralmente por temas, un índice de los expedientes clasificados como reservados. En ningún caso el índice será considerado como información reservada. Este índice de información reservada, detallará: fecha de resolución y período de vigencia de esta clasificación” (el resaltado me corresponde).

Sobre la aplicación de los artículos 17 y 18 de la LOTAIP, cuyos textos conservan vigencia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09859 de 21 de septiembre de 2012, esta Procuraduría General consideró lo siguiente:

“El Art. 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, establece las excepciones al derecho a acceder a la información pública y, entre ellas, la contenida en la letra b) que se refiere a: *‘Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en las leyes vigentes’*, de lo que se desprende que terceros no tienen derecho a acceder a información que la Ley ha determinado como reservada, (...)

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se debe aclarar que **la reserva frente a terceros no representa una reserva para entidades que, por mandato legal, deben acceder a información que la Ley ha calificado como reservada (...)**” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* la información que posean las instituciones del Estado es pública, salvo las excepciones establecidas en leyes vigentes; *ii)* en los casos de reserva por motivos de seguridad nacional, los titulares de las instituciones públicas serán responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con la ley; *iii)* la reserva frente a terceros no representa una reserva para entidades que, por mandato legal, deben acceder a información que la ley ha calificado como reservada; y, *iv)* la LOTAIP se refiere al acceso a la información pública como un derecho de las personas, lo que difiere conceptualmente de la facultad que asiste a la AN de requerir información en ejercicio de sus atribuciones de fiscalización y control político, que se rige por la LOFL.

2.2. El requerimiento de información por la Función Legislativa, como parte de sus competencias de fiscalización y control político.-

El numeral 9 del artículo 120 de la CRE incluye entre las atribuciones y deberes de la AN, además de las que determine la ley, la siguiente: ***“Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias”*** (el resaltado me corresponde). Similar prescripción consta en el numeral 9 del artículo 9 de la LOFL.

En este contexto, el acceso a la información pública al que se refiere la LOFL se trata por esa ley como una atribución de la AN y sus órganos. Al efecto, los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la LOFL, ubicado en el Capítulo III ***“DE LA ORGANIZACIÓN”***, Sección II ***“DEL PLENO”***, al abordar las funciones y atribuciones de la AN incluye las siguientes:

“9. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social y los otros órganos del poder público;

10. **Requerir a las servidoras y a los servidores públicos, la información necesaria para los procesos de fiscalización y control político**, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales. **La información clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima será proporcionada bajo prevención de guardar la reserva que la ley dispone**. Si del proceso de fiscalización y control político se derivan indicios de presuntos actos de corrupción, la información será puesta en conocimiento de la Fiscalía General del Estado” (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, el numeral 3 del artículo 26 de la LOFL, ubicado en el Capítulo III ***“DE LA ORGANIZACIÓN”***, Sección IX ***“DE LAS COMISIONES ESPECIALIZADAS PERMANENTES Y OCASIONALES”***, establece como una función de las Comisiones especializadas permanentes de la AN, de acuerdo con el ámbito de sus competencias, el ***“requerir a las servidoras y servidores públicos su comparecencia y/o la información que consideren necesaria, bajo criterios de especialidad y prevalencia legislativa”*** (el resaltado me corresponde), lo que impone el deber de motivar la necesidad de acceder a dicha información para el cumplimiento de sus atribuciones de fiscalización y control político.

Adicionalmente, la LOFL en el Capítulo VIII ***“DE LA FISCALIZACIÓN Y CONTROL POLÍTICO”***, Sección II ***“DEL PROCEDIMIENTO DOCUMENTAL Y DE FISCALIZACIÓN A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA”***, inciso primero del artículo 75 faculta a los asambleístas directamente o a las Comisiones especializadas para ***“requerir información o comparecencias a las y los funcionarios detallados en los artículos 120 numeral 9, 225 y 131 de la Constitución de la República, de conformidad con esta Ley”*** (el resaltado me corresponde).

Finalmente, el numeral 3 del artículo 110 de la LOFL, ubicado en el Capítulo XII “DE LAS Y LOS ASAMBLEÍSTAS Y LAS BANCADAS LEGISLATIVAS”, prescribe como un deber y atribución de los asambleístas el **“Solicitar directamente información a las y los servidores públicos, incluida la información reservada que sea necesaria dentro de los procesos de fiscalización y control político”**, según el trámite establecido en esa ley y precisa además que: *“Para los pedidos de información no se requerirá autorización previa de la o del Presidente de la Asamblea Nacional”*. El citado numeral agrega que los pedidos de información y la documentación respectiva serán remitidos, de manera mensual, al Secretario General para el respectivo registro y difusión, esto último entendido en el contexto de la información no reservada.

En relación al tema, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 15565 de 8 de septiembre de 2021, sobre la aplicación de los artículos citados de la LOFL, al atender una consulta de la Superintendencia de Bancos respecto a requerimientos de información protegida por reserva y sigilo, esta procuraduría analizó y concluyó lo siguiente:

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

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

En el mismo sentido, en pronunciamiento contenido en oficio No. 15741 de 22 de septiembre de 2021, respecto a la aplicación de los mismos artículos de la LOFL, al atender dos consultas formuladas por la Contraloría General del Estado sobre pedidos de información relacionada con expedientes abiertos por exámenes especiales, responsabilidades administrativas, responsabilidades civiles e indicios de responsabilidad penal, esta procuraduría consideró en su análisis las disposiciones de la LOTAIP, que establecen los casos de información no considerada como pública, que tiene carácter confidencial, que se deriva de los derechos personalísimos y fundamentales de la persona, así como el pronunciamiento contenido en oficio No. 011818 de 29 de septiembre de 2004, en el que al

atender una consulta formulada por el referido organismo de control, respecto a la información que consta en los procedimientos de control en curso, la procuraduría concluyó que:

“La ‘información pública’ es aquella cuya ‘titularidad’ corresponde al pueblo, y su conocimiento permite controlar la gestión de la Administración pública. (...)

Toda vez que los ‘memorandos de antecedentes o de responsabilidades’, no son ni contienen una decisión del Organismo de Control, sino que constituyen únicamente un instrumento de trabajo que permitirá adoptar la Resolución pertinente por parte del órgano administrativo competente, considero que no constituyen ‘información pública’, tanto más si se considera el hecho de que pudieran contener la imputación de alguna acción u omisión irregular respecto de una persona, pues es evidente que su difusión afectaría severamente su derecho a la honra”.

Sobre dicha base, el mencionado pronunciamiento contenido en oficio No. 15741 de 22 de septiembre de 2021 examinó que:

- “v) La LOFL faculta a los Asambleístas a requerir información reservada, siempre que tenga relación directa con los procesos de fiscalización y control político;
- vi) El **Pleno de la Asamblea Nacional tiene atribución para requerir** a los servidores públicos **información clasificada como** confidencial, **reservada, secreta y secretísima, necesaria para los procesos de fiscalización y control político, con la obligación de mantener la información bajo reserva (...)** (el resaltado me corresponde).
- ix) La información relacionada con los procedimientos de control en curso no está sujeta al principio de publicidad, según concluyó este organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 011818 de 29 de septiembre de 2004, emitido con base a las normas de la LOTAIP y de la LOCGE que conservan vigencia como se dejó expuesto en el numeral 2.3.1 del presente pronunciamiento”.

2.3. Niveles de accesibilidad de la información relacionada con la seguridad pública y del Estado, y procedimientos para preservar el secreto, la reserva, la clasificación, reclasificación y desclasificación de información del SNI.-

De conformidad con el inciso primero del artículo 1 de la LSPE, dicha ley tiene por objeto *“regular la seguridad integral del Estado democrático de derechos y justicia y todos los habitantes del Ecuador, garantizando el orden público, la convivencia, la paz y el buen vivir”*, en el marco de sus derechos y deberes de las personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, *“asegurando la defensa nacional, previniendo los riesgos y amenazas de todo orden”*, a través del Sistema de Seguridad Pública y del Estado (en adelante SSPE).

Adicionalmente, el artículo 3 de la LSPE establece que: *“es deber del Estado promover y garantizar la seguridad de todos los habitantes, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos del Ecuador, y de la estructura del Estado”*, a través del SSPE,

“responsable de la seguridad pública y del Estado”, con el fin de coadyuvar al bienestar colectivo, al desarrollo integral, al ejercicio pleno de los derechos humanos y de los derechos y garantías constitucionales.

Respecto al SSPE, el artículo 5 de la LSPE determina que está conformado por la Presidencia de la República, que lo dirige, así como por las entidades públicas, las políticas, los planes, las normas, los recursos y los procedimientos, con sus interrelaciones, definidos para cumplir con el objeto de dicha ley; y, las organizaciones de la sociedad que coadyuven a la seguridad ciudadana y del Estado. Agrega su segundo inciso que los organismos e instituciones responsables del SSPE *“están sujetos al control de los organismos superiores de las funciones del Estado, legislativo, judicial y de Control y Transparencia social”* (el resaltado me corresponde).

El artículo 13 de la LSPE, en armonía con lo dispuesto en el artículo 8 de su reglamento, prevé que la Secretaría Nacional de Inteligencia es una entidad de derecho público, con independencia administrativa y financiera, con personalidad jurídica, responsable del Sistema Nacional de Inteligencia (en adelante SNI).

En este contexto, la Disposición General del Decreto Ejecutivo No. 62 de 5 de agosto de 2013⁹ reformó el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁰ (en adelante ERJAFE) y cambió la denominación de Secretaría Nacional de Inteligencia por la de Secretaría de Inteligencia. Esta entidad sería posteriormente suprimida, según el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 526 de 21 de septiembre de 2018, para crear el CIES conforme el artículo 2 ibídem. Al efecto, la Disposición General Primera del citado Decreto Ejecutivo contempló que en toda la normativa vigente en donde se haga referencia a la Secretaría Nacional de Inteligencia o a la Secretaría de Inteligencia se lea como CIES.

Considerando el referido antecedente, el artículo 16 de la LSPE precisa, entre otros temas, que *“los niveles de accesibilidad de la información, el establecimiento de sistemas de pesos y contrapesos interinstitucionales o de procedimientos para preservar el secreto, la reserva, la clasificación, reclasificación y desclasificación de información”* y el correcto uso y destino de la información del CIES *“se establecerán en el reglamento a esta Ley”*.

El artículo 19 de la LSPE agrega que el CIES y los organismos de seguridad podrán clasificar la información resultante de las investigaciones o actividades que realicen, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad respectiva, en cuyo caso la información y documentación se clasificará como reservada, secreta y secretísima. Precisa la mencionada norma que *“el reglamento a la ley determinará los fundamentos para la clasificación, reclasificación y desclasificación y los niveles de acceso exclusivos a la información clasificada”*.

⁹ Decreto Ejecutivo No. 62, publicado en el Registro Oficial No. 63 de 21 de agosto de 2013.

¹⁰ ERJAFE, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Por su parte, el inciso primero del artículo 24 de la LSPE prevé que el CIES y las máximas autoridades de los órganos ejecutores rendirán cuentas de su gestión, para su debido control, al Ejecutivo y “*cada tres (3) meses a la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación*” (el resaltado me corresponde).

Sobre los documentos producidos y procesados en el CIES y en los organismos integrantes del SNI, así como la información resultante de las investigaciones, el artículo 28 del RLSPE establece que se clasificarán, previa resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad respectiva, de acuerdo a lo establecido en la LSPRE, en los niveles: “*Reservado, Secreto y Secretísimo*”.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 28 del RLSPE, es *reservado* el documento o material que contiene información cuya utilización no autorizada podría perjudicar los intereses del CIES o de los organismos integrantes del SIN y su acceso será permitido a los funcionarios autorizados por dichas instancias.

Según el inciso tercero del artículo 28 del RLSPE, es *secreto* el documento o material que contiene información cuya revelación no autorizada podría ocasionar daño a las instituciones públicas y a los funcionarios que laboran en ellas, por ello su acceso es exclusivo a las máximas autoridades de los organismos de seguridad, de los coordinadores de área y del titular del CIES y de la SNSPE.

El inciso cuarto del artículo 28 del RLSPE se refiere al documento o material *secretísimo* como aquel que contiene información cuya revelación no autorizada podría incidir en un peligro excepcionalmente grave para la seguridad integral del Estado y en este sentido, únicamente podrán tener acceso a esta información las máximas autoridades de los organismos de seguridad, el titular del CIES, la SNSPE y el Presidente de la República.

En relación a la información *secretísima*, el artículo 32 del RLSPE establece que la SNSPE, cuando conozca de una solicitud de desclasificación o reclasificación, analizará la procedencia de la misma y el contenido de la documentación para verificar que no exista afectación a la seguridad pública y del Estado, de lo cual emitirá el correspondiente informe. Agrega que únicamente de considerar “*que no existe riesgo a la seguridad pública y de Estado, se procederá con el trámite de desclasificación o reclasificación de la información secretísima*” (el resaltado me corresponde).

Para la desclasificación y reclasificación de la información calificada como *secretísima*, *secreta* y *reservada*, el artículo 33 del RLSPE determina que la SNSPE deberá seguir el siguiente procedimiento:

- “a) **Antes de emitirse la resolución** de desclasificación o reclasificación **solicitará el pronunciamiento motivado de los organismos que hayan efectuado la calificación previa** de la información; y,

b) **Emitirá la resolución motivada** que decida la desclasificación o reclasificación, **en base al estudio correspondiente y previa evaluación del criterio del organismo que haya realizado la clasificación**” (el resaltado me corresponde).

Finalmente, de acuerdo con el inciso primero del artículo 34 del RLSPE, cuando el informe de análisis efectuado por la SNSPE niegue el pedido de desclasificación, deberá ser obligatoriamente elevado en consulta al Consejo de Seguridad Pública y del Estado (en adelante CSPE), para que recomiende al Presidente de la República confirmar o revocar el informe. Según el inciso segundo del citado artículo, en caso de que se revoque el informe que niega el pedido se devolverá el expediente junto con la respectiva Resolución del Presidente de la República, *“para que se proceda con el trámite de desclasificación o reclasificación de la información secretísima”*. En tal contexto, es oportuno considerar que el Presidente de la AN integra el CSPE, según el artículo 6 de la LSPE¹¹.

De lo expuesto se observa que: *i)* La seguridad integral del Estado y de todos sus habitantes es el objeto y bien jurídico tutelado por la LSPE, y tiene por finalidad garantizar el orden público, la convivencia, la paz y el buen vivir de todos los habitantes del Estado. *ii)* La información relacionada con la seguridad pública y del Estado, que el CIES custodia, está sujeta a la LSPE y a los procedimientos de clasificación y desclasificación previstos por dicho cuerpo normativo y su reglamento, que constituyen la norma competente. *iii)* Las investigaciones que realizan los organismos e instituciones responsables del SSPE deben observar las autorizaciones judiciales previas pertinentes. Dichos organismos están sujetos a rendición de cuentas de su gestión, para su debido control, por el Ejecutivo y cada tres meses ante la AN, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación. *iv)* Cuando el informe de análisis efectuado por la SNSPE niegue el pedido de desclasificación, deberá ser elevado en consulta al CSPE, que incluye al Presidente de la AN entre sus miembros, para que recomiende al Presidente de la República confirmar o revocar el mismo y se proceda, de ser el caso, con el trámite de desclasificación o reclasificación de la información secretísima. *v)* Los documentos producidos y procesados en el CIES y en los organismos integrantes del SNI, así como la información resultante de las investigaciones se clasifican, previa resolución motivada de la

¹¹ LSPE, “Art. 6.- Del Consejo de Seguridad Pública y del Estado.- El Consejo de Seguridad Pública y del Estado, estará conformado por:

1. Presidente o Presidenta Constitucional de la República, quien lo presidirá;
2. Vicepresidente o Vicepresidenta Constitucional de la República;
3. **Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional;**
4. Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia;
5. Ministro o Ministra de Coordinación de Seguridad;
6. Ministro o Ministra de Defensa Nacional;
7. Ministro o Ministra de Gobierno, Policía y Cultos;
8. Ministro o Ministra de Relaciones Exteriores;
9. Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas;
10. Comandante General de la Policía.

Podrán además participar representantes de entidades públicas, y, representantes de entidades de la sociedad, ciudadanos y ciudadanas que la Presidenta o Presidente de la República considere necesario convocar.

El Secretario del Consejo será el Ministro o Ministra de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces.

El Consejo de Seguridad Pública y del Estado se reunirá cuando lo convoque el Presidente” (el resaltado me corresponde).

máxima autoridad de la entidad respectiva, en reservados, secretos y secretísimos, cuyo acceso, durante el curso de las investigaciones, es permitido únicamente a los funcionarios autorizados por dichas instancias, a sus máximas autoridades y al Presidente de la República, respectivamente, dada su naturaleza y el riesgo a la seguridad pública y del Estado que entrañan. En tal virtud, dada la trascendencia del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado, la obligación de rendición de cuentas a la AN, así como de entrega de información clasificada para fines de fiscalización y control político debe realizarse considerando los protocolos y estándares previstos en esa ley

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que los requerimientos de información que los órganos de la Asamblea Nacional hagan a los organismos del sistema nacional de inteligencia respecto de información relacionada con la seguridad pública y del Estado, se deben motivar en procedimientos de fiscalización o control político en curso para los cuales sea necesario acceder a dicha información, según los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Tales requerimientos no están sujetos a los procedimientos de desclasificación o reclasificación que establece el Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, norma de jerarquía inferior a la de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, sino al traslado del respectivo nivel de reserva legal al asambleísta u órgano de la Asamblea, acorde a la naturaleza del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado, así como a los estándares y protocolos mínimos de sesión reservada, según el artículo 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

El 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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.11.01 13:10:38
-05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.c. Dr. Diego Hernán Ordóñez Guerrero
Secretario Nacional de Seguridad Pública y del Estado

Dr. Javier Virgilio Saquicela Espinoza
Presidente de la Asamblea Nacional

Oficio N° 20889

Quito, DM, 01 de noviembre de 2022

Señor ingeniero
Hugo 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-098-2022-GG-243 de 03 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al díasiguiente, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“4.1.- De conformidad con el artículo 81, inciso cuarto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 122 de su Reglamento General: En aquellos casos en que la entidad contratante se haya negado, expresamente por escrito, dentro del término de diez (10) días a la solicitud de recepción del contrato efectuada por parte del contratista, ¿Surte efectos jurídicos la notificación de recepción presunta o de pleno Derecho que no haya tomado en cuenta esta contestación negativa?”

4.2.- De conformidad con el inciso final del artículo 18 de la Ley Notarial, en contraposición con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y del artículo 327 del Código Orgánico General de Procesos ¿Cuál es la autoridad jurisdiccional competente y tipo de procedimiento que permiten impugnar una notificación de recepción de pleno Derecho con la cual la Entidad Contratante se encuentre inconforme?”

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficio No. 19760 de 9 de agosto de 2022, este organismo solicitó a la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (en adelante EPMAPS) la ampliación del informe jurídico de la “Gerenta Jurídica”, en el cual se realice un análisis sobre las normas referidas al procedimiento y tipo de contrato materia de su consulta, lo que fue atendido por el Gerente General a través de oficio No. EPMAPS-GJC-106-2022-GG-254 de 18 de agosto de 2022, ingresado al día siguiente, al cual adjuntó el memorando No. GJC-270-2022-GJ-348 de 18 de agosto del presente año, suscrito por la “Gerenta Jurídica”, subrogante.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19913 y 19914 de 23 de agosto 2022, este organismo solicitó al Servicio



Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) y al Consejo de la Judicatura (en adelante CJ), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 20223 y 20224 de 12 de septiembre de 2022, se insistió en dichos requerimientos al SERCOP y al CJ, respectivamente.

1.3. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: *i*) por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2022-0076-OF de 12 de septiembre de 2022, recibido al día siguiente y por el Director de Asesoría Jurídica de la misma entidad, quien atendió la insistencia mediante oficio No. SERCOP-DAJ-2022-0250-OF de 15 de septiembre de 2022, recibido el mismo día; y, *ii*) por el Director General del CJ, mediante oficio No. Oficio-CJ-DG-2022-1822-OF de 15 de septiembre de 2022, recibido al día siguiente.

1.4. El informe jurídico de la “Gerenta Jurídica” de la EPMAPS, contenido en memorando No. GJC-256-2022-GJ-329 de 03 de agosto de 2022, citó los artículos 76 numeral 7 letras a), b) y c) y 82, 226 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 81, 94 y 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante LOSNCP); 122 y 123 de su Reglamento General³, actualmente derogado (en adelante RGLOSNCP); 300, 303, 304, 306, 326, 327 y 332 del Código Orgánico General de Procesos⁴ (en adelante COGEP); 217 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵ (en adelante COFJ); 18 de la Ley Notarial⁶ (en adelante LN); con fundamento en los cuales manifestó y concluyó:

“IV.- ANÁLISIS:

4.1.- Sobre la naturaleza jurídica de la recepción de pleno Derecho:

(...) es jurídicamente improcedente e inválida la notificación de recepción de pleno Derecho, a la que no le haya precedido una mínima diligencia por parte del Juez de lo Civil o Notario Público, mediante la cual dicha autoridad se haya cerciorado que la Entidad Contratante no dio contestación alguna al pedido de recepción por parte del contratista, dentro del término de diez (10) días previsto en el artículo 122 del RGLOSNCP. Esto último, siempre y cuando la Entidad Contratante pueda probar que dicha contestación (negativa de recepción) fue, en efecto, notificada por escrito al contratista, en el aludido término legal. (El resaltado corresponde al texto original)

En el supuesto descrito en el párrafo precedente, **la Entidad Contratante estaría habilitada para impugnar la notificación de recepción de pleno Derecho inválida, a través del mecanismo legal previsto para el efecto.** (El resaltado corresponde al texto original)

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

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

³ RGLOSNCP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

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

⁵ COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

⁶ LN, publicada en el Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.

4.2.- Sobre el mecanismo judicial para impugnar la recepción de pleno Derecho:

(...)

Queda claro, entonces, que, **si la Entidad Contratante se encuentra disconforme con la recepción de pleno Derecho practicada por un Notario Público, podrá presentar la respectiva demanda ante la justicia ordinaria, para que sea tramitada mediante procedimiento sumario.** Para tal efecto, previamente deberá dirigir una solicitud al Notario Público en cuestión, para que, en el término de tres (3) días, protocolice y entregue copias de todas sus actuaciones. (El resaltado corresponde al texto original)

Ahora bien, sobre **el juez competente para conocer esta controversia**, se debe señalar que el artículo 105 de la LOSNCP establece una regla especial en materia de contratación pública, en virtud de la cual, todo litigio surgido de la ejecución de un contrato administrativo debe ser resuelto por **los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo**; lo cual abarcaría a la oposición de una recepción presunta por parte de una Entidad Contratante. (El resaltado corresponde al texto original)

(...) el literal d) del artículo 326 del COGEP contempla una **acción especial** en el procedimiento contencioso administrativo para toda aquella **controversia en materia de contratación pública**; y, en concordancia con esto último, el artículo 306 del citado cuerpo legal determina un plazo diferente para presentar la correspondiente demanda en los casos de materia contractual, esto es, cinco años. (El resaltado corresponde al texto original)

Finalmente, vale puntualizar que, si bien el artículo 327 del COGEP dispone que todas las acciones contencioso administrativas deberán tramitarse en procedimiento ordinario, en virtud del principio de especialidad, deberá primar la aplicación de lo previsto en el numeral 1 del artículo 332 del COGEP, en concordancia con el inciso final del artículo 18 de la Ley Notarial; siendo procedente el **procedimiento sumario** en estos casos.”. (El resaltado corresponde al texto original)

La ampliación del informe jurídico de la EPMAPS, contenida en memorando No. GJC-270-2022-GJ-348 de 18 de agosto de 2022 citó adicionalmente los artículos 48 de la LOSNCP; 112 del RGLOSNCPP, actualmente derogado; el Capítulo II, del Título V, de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP⁷ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP); y, el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 07021 de 13 de diciembre de 2019, referido a las diferentes clases de recepciones, respecto al cumplimiento parcial, provisional o definitivo de las prestaciones por parte del contratista y señaló lo siguiente:

“II.- ANÁLISIS:

(...) el presente contrato es de licitación de servicios, por lo que, conforme el primer inciso del artículo 81 de la LOSNCP, en el mismo existirá una sola recepción, que tendrá los efectos de

⁷ Codificación de Resoluciones del SERCOP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Edición Especial No. 245 de 29 de enero de 2018.

recepción definitiva; y, además, a este tipo de contratos le son aplicables las reglas generales sobre la recepción de Pleno Derecho.

(...) esta Gerencia Jurídica **ratifica su criterio** relativo a que es jurídicamente improcedente e inválida la notificación de recepción de pleno Derecho, a la que no le haya precedido una mínima diligencia por parte del Juez de lo Civil o Notario Público, mediante la cual dicha autoridad se haya cerciorado que la Entidad Contratante no dio contestación alguna al pedido de recepción por parte del contratista, dentro del término de diez (10) días previsto en el artículo 122 del RGLOSNCNP.”. (El resaltado y subrayado corresponde al texto original).

1.5. El criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 12 del Código Civil⁸ (en adelante CC); y, 208 numeral 5 del COFJ, con base en los cuales analizó y concluyó:

“III. ANÁLISIS JURÍDICO:

(...) En atención a la primera pregunta, este Servicio Nacional considera que de conformidad con el cuarto inciso del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 122 del derogado Reglamento General y artículo 323 del vigente RGLOSNCNP, **si la entidad contratante se ha negado a recibir, ha objetado la solicitud de recepción o ha planteado observaciones de forma expresa, dentro de los términos establecidos para el efecto, no surte efectos jurídicos la notificación de recepción de pleno derecho o recepción presunta por parte del contratista.** Además según el artículo 323 del Reglamento a la LOSNCNP vigente para que opere la recepción presunta a más de lo antes indicado se deberá observar el procedimiento establecido en dicha norma.

(...)

Para los casos en que la **entidad contratante, si ha emitido algún pronunciamiento o efectuado observaciones a la entrega de bienes de la obra o prestación de los servicios, no cabe la aplicación de la recepción de pleno derecho o recepción presunta; en los casos que se aplique esta figura jurídica la entidad contratante tiene el derecho a impugnar la notificación** de la recepción presunta. (El resaltado me corresponde)

(...) me permito señalar que de conformidad al artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 12 del Código Civil, no es competencia de esta institución determinar la autoridad jurisdiccional o el tipo de procedimiento que permita impugnar una notificación de recepción de ‘Pleno Derecho’ con la cual la Entidad Contratante se encuentre inconforme.

Sin perjuicio de lo manifestado, y de conformidad al memorando No. GJC-256-2022-GJ-329, de 3 de agosto de 2022, **este Servicio Nacional comparte el criterio que la norma de aplicación es la Ley Notarial, considerando el artículo 12 del Código Civil, que establece la prevalencia de una ley especial**, en los casos de (sic) exista contradicciones entre disposiciones de una ley general y otra ley especial.”. (El resaltado me corresponde)

⁸ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

1.6. Por su parte, el CJ se abstuvo “*de emitir un pronunciamiento*” por considerar que la atención de las preguntas, por tratar sobre normas que regulan los procedimientos de contratación pública, corresponde al SERCOP como ente técnico.

1.7. De lo expuesto se observa que, respecto de la primera pregunta, el informe jurídico de la EPMAPS y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en que la notificación de recepción de pleno derecho es inválida y no surte efectos jurídicos en aquellos casos en los cuales la entidad contratante se haya negado a recibir, haya objetado la solicitud de recepción o haya planteado observaciones de forma expresa, dentro de los términos establecidos para el efecto. Agrega la entidad consultante que debe existir una mínima diligencia por parte del Juez de lo Civil o Notario Público a efectos de cerciorarse que la entidad contratante no dio contestación oportuna al pedido de recepción por parte del contratista, dentro del término de diez (10) días previsto en el artículo 122 del RGLOSNCPE, actualmente derogado.

En relación a la segunda pregunta, la EPMAPS considera que la entidad contratante puede impugnar la notificación ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través del procedimiento sumario. Por su parte, el SERCOP manifiesta que no le corresponde determinar la autoridad competente para efectos de tal impugnación y agrega que por su especialidad prevalece la LN.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i*) requisitos para que opere la recepción presunta o de pleno derecho y sus efectos; y, *ii*) la autoridad jurisdiccional competente y el procedimiento para impugnar la notificación de recepción de pleno derecho efectuada por un notario público.

2.1. Requisitos para que opere la recepción presunta o de pleno derecho y sus efectos. -

El artículo 288 de la CRE establece que son principios de la contratación pública la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, lo cual guarda armonía con lo previsto en el artículo 4 de la LOSNCP, que determina que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella se deriven se deben observar los principios de “**legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional**”, en este sentido, el artículo 5 *ibídem* precisa que los procedimientos y contratos sometidos a esa ley se interpretarán y ejecutarán conforme a los principios antes enunciados, “**tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.**”. (El resaltado me corresponde)

Por su parte, el inciso primero del artículo 81 de la LOSNCP dispone que: “*En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción*”, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato



“y tendrá los efectos de recepción definitiva”.

Respecto a la recepción de pleno derecho, el cuarto inciso del citado artículo 81 de la LOSNCP prevé que, en los casos en los que ante la solicitud del contratista, **“la Entidad Contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho”**, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, **“a solicitud del contratista notificará obligatoriamente que dicha recepción se produjo.”** (El resaltado me corresponde) Agrega la norma que: **“La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente.”** (El resaltado me pertenece)

En armonía con lo señalado, el artículo 122 del derogado RGLOSNCPP, actual artículo 323 del vigente RGLOSNCPP⁹, materia de su primera consulta, disponía lo siguiente:

“Art. 122.- Negativa a recibir.- La entidad contratante podrá, dentro del término de 10 días contados a partir de la solicitud de recepción del contratista, negarse a recibir la obra, bien o servicio, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista. La negativa se notificará por escrito al contratista y se dejará constancia de que la misma fue practicada.

Vencido el término previsto en el inciso primero de este artículo sin que la entidad contratante objetare la solicitud de recepción ni formulare observaciones al cumplimiento del contrato, operará, sin más trámite, la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará por intermedio de un Juez de lo Civil o un Notario Público.” (El resaltado me pertenece)

Es importante precisar que, de acuerdo a la ampliación del informe jurídico de la entidad consultante, el procedimiento materia de análisis se refiere a una contratación de servicios por licitación, prevista en el numeral 2 del artículo 48 de la LOSNCP, y en este sentido, al amparo del inciso primero del artículo 81 ibídem existe una sola recepción que tiene los efectos de recepción definitiva.

Con relación al expediente del proceso de contratación, el artículo 36 de la LOSNCP, en concordancia con el inciso segundo de su artículo 70, establece que en él se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, especialmente **“se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones”**.

Según el artículo 33 del RGLOSNCPP, sin perjuicio del expediente físico que conservará la entidad contratante, se deberá mantener un expediente electrónico que refleje **“las actuaciones de las entidades contratantes en los procesos de contratación pública”** a los que se refiere la LOSNCP y dicho reglamento, los mismos que deberán permanecer íntegros.

⁹ RGLOSNCPP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

En este sentido, de acuerdo con el numeral 19 del artículo 530.10 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, entre las funciones comunes del administrador del contrato consta el ***“Armar y organizar el expediente de toda la gestión de administración del contrato, dejando la suficiente evidencia documental a efectos de las auditorías ulteriores que los órganos de control del Estado, realicen.”*** (El resaltado me corresponde)

El artículo 316 del RGLOSNCN establece que en todas las recepciones a las que hace referencia el artículo 81 de la LOSNCP intervendrá el administrador del contrato, en tanto que, el artículo 317 ibídem, para el evento de que existan observaciones que deban ser corregidas por el contratista, prevé que el administrador le solicitará por escrito que subsane las mismas dentro de un término no mayor a diez (10) días, *“caso contrario se aplicará una multa no menor al uno por mil del valor total del contrato por cada día de retraso, la cual deberá considerarse en los pliegos y en contrato respectivo”*.

De lo expuesto se observa que: *i)* en el expediente del proceso de contratación debe constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, a efectos de las auditorías ulteriores que los órganos de control del Estado realicen; *ii)* la recepción debe ser solicitada por la contratista y da inicio a un procedimiento dentro del cual la entidad contratante está facultada a observar u objetar la misma de forma expresa, motivada y oportuna; *iii)* la falta de objeción o del inicio del procedimiento de recepción faculta al contratista a solicitar que un juez o notario efectúe la notificación que tiene por objeto que opere la recepción presunta o de pleno derecho, dejando a salvo el derecho de las partes para efectuar la liquidación técnico-económica correspondiente; y, *iv)* consecuentemente, en aquellos casos en los que la entidad contratante se hubiere pronunciado dentro del término establecido respecto a la solicitud, no operaría la recepción definitiva presunta y, por lo tanto, se debe continuar con el procedimiento de recepción del contrato y su liquidación.

2.2. La autoridad jurisdiccional competente y el procedimiento para impugnar la notificación de recepción de pleno derecho efectuada por un notario público. -

El artículo 105 de la LOSNCP prevé que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, *“el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*. Concordante, el numeral 4 del artículo 217 del COFJ determina como atribución de las salas de lo contencioso administrativo conocer y resolver *“todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado”*.

En el mismo sentido consta en los artículos 326 y 327 del COGEP, expedido con posterioridad a la publicación de la LOSNCP, que respecto de las controversias en materia de contratación pública prevén que se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo ordinario, salvo aquellas que correspondan al trámite sumario, según el numeral 1 del artículo 332 ibídem.

Por su parte, el último inciso del artículo 18 reformado de la Ley Notarial establece que, en el caso previsto en el artículo 81 de la LOSNCP, de existir controversia, **“los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria”**, para lo cual, **“el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado.”**. (El resaltado me corresponde)

De lo manifestado se desprende que: *i)* de acuerdo con la LOSNCP, las controversias en esa materia competen a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, siendo aplicables las disposiciones del COGEP; *ii)* la notificación de recepción presunta o de pleno derecho constituye un presupuesto previsto en el artículo 81 de la LOSNCP y corresponde tramitar su impugnación mediante acción especial, por la vía sumaria.

Finalmente, es importante señalar que: **“(…) la administración está capacitada como sujeto de derechos para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común de los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”**¹⁰, en virtud de su potestad de autotutela.

Del análisis efectuado se desprende que: *i)* en el expediente de contratación deben constar todos los hechos relevantes en el contrato, entre ellos el pedido de recepción del contratista así como las observaciones que el administrador del contrato hubiere realizado; *ii)* de haber obrado con sujeción a la ley, la entidad contratante podrá continuar el procedimiento de recepción que hubiere iniciado; y, *iii)* las controversias se deben solucionar utilizando mecanismos escalonados, considerando que los procedimientos y contratos sometidos a la LOSNCP se deben ejecutar tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 36, 70 y 81 inciso cuarto de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, y 33 y 317 de su reglamento general, la recepción presunta no surte efectos si la entidad contratante notificó al contratista sus observaciones expresamente y por escrito, dentro del término de diez días, contados desde la solicitud del contratista; todo lo cual debe constar en el respectivo expediente de contratación. En tal evento, la entidad contratante podrá continuar con el procedimiento de recepción y liquidación del contrato que hubiere iniciado.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las controversias que las partes no acuerden someter a métodos alternativos de solución de conflictos corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Tratándose de impugnaciones relacionadas con

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Editorial Temis S.A. Bogotá – Lima 2008. Pág. 491.

actuaciones notariales, es aplicable la vía sumaria, según el inciso final del artículo 18 de la Ley Notarial.

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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.11.01
13:27:49 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

Dr. Fausto Murillo Fierro,
Presidente del Consejo de la Judicatura.

Oficio N° 20888

Quito, D.M., 01 de noviembre de 2022

Señora economista
Virna Rossi Flores,
GERENTE GENERAL, ENCARGADA,
CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL B.P. (CFN).
Guayaquil. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CFN-B.P.-GG-2022-0469-OF de 9 de septiembre de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el mismo día, y remitido a este despacho con oficio No. PGE- DR1-2022-00357 de 23 de septiembre de 2022, recibido el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente jurídicamente, que la Corporación Financiera Nacional B.P., aplique directamente la condonación total de la deuda, capital, intereses de mora, multas y recargos derivados de obligaciones vencidas o convenio de pago, del deudor principal, su cónyuge o conviviente o hijos (en dependencia) que hayan fallecido o padezcan una enfermedad catastrófica, huérfana o rara definidas como tales por el ente rector de la salud pública, conforme lo dispuesto en el (sic) disposición general segunda de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria (LOSyPT), sin atar su cumplimiento a las condiciones establecidas en el capítulo I de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria (LOSyPT)?”

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico de la Gerente Jurídico de la Corporación Financiera Nacional B.P. (en adelante CFN), contenido en memorando No. CFN-B.P.-GEJU-2022-0555-M de 8 de septiembre de 2022, citó los artículos 35 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 1, 3, 4, 5, 6 y las Disposiciones Generales Segunda y Cuarta de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria² (en adelante LOSYPT); 146, 147 y 149 de su Reglamento³ (en adelante RLOSYP); y, el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 0648 de 30 de octubre de 2019, relacionado con la aplicación de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal⁴ (en adelante LOFP), luego de lo cual analizó y concluyó:

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

² LOSYPT, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 111 de 31 de diciembre de 2019.

³ RLOSYP, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 260 de 4 de agosto de 2020.

⁴ LOFP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto de 2018.

“Conforme ha sido analizado en el presente documento la LEY ORGÁNICA DE SIMPLIFICACIÓN Y PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA y su Reglamento, claramente han definido regímenes de condonación parcial y total. Así, **el artículo cuarto de la ley en concordancia con el art. 146 y 147 de su reglamento, establecen la remisión únicamente de pago de intereses, intereses por mora y costas judiciales, de obligaciones concedidas por la Corporación Financiera Nacional B.P. (sic) y que cumplan con las condiciones insertas en dicho artículo** y que han sido ampliamente detalladas en el numeral 1, del presente criterio. Inclusive, dentro del mismo artículo 4 se observa que el legislador determina que solamente las personas naturales o jurídicas que opten por acogerse al beneficio de remisión señalado en ese artículo (cuarto), deberán presentar ciertos requisitos.

Por otra parte, **en lo que corresponde a la disposición general segunda de la LOSyPT y artículo 149 de su Reglamento, el órgano legislativo creó una condonación total dirigida (sic) personas naturales (cónyuge/conviviente/hijos en relación de dependencia) que fallezcan o posean enfermedad catastrófica huérfana o rara, y que sean deudores de los regímenes de remisión dispuestos en la ley, es decir cuyos acreedores sean de obligaciones provenientes de créditos educativos, de vivienda rural, de la CFN B.P., / BANECUADOR B.P., de ciertos GAD.** Lo cual evidencia que es una norma con fin social toda vez que protege tal como lo dispone la Constitución de la República, los derechos de un grupo vulnerable como son las personas que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, y para que surta efectos se determinan en la misma disposición general y en el reglamento (art. 149), condiciones específicas como que las obligaciones a condonarse totalmente correspondan a operaciones vencidas o convenios de pago.

En este sentido, queda evidenciado que **el legislador no obliga a cumplir las condiciones establecidas en el artículo 4 de la LEY ORGÁNICA DE SIMPLIFICACIÓN Y PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA (LOSyPT), a los beneficiarios de la condonación total determinada en la disposición general segunda de la LOSyPT, pues como queda explicado en el presente criterio, la ley establece dos tipos de condonaciones con un ámbito de aplicación diferente**, en su artículo 4 describe al régimen de remisión parcial, es decir, remisión de pago de intereses, intereses por mora y costas judiciales en operaciones de crédito, para personas naturales o jurídicas en operaciones castigadas o coactivadas, que cumplan ciertos requisitos, montos y dentro del plazo establecido en el referido artículo; mientras, que la condonación total de la deuda rige para personas naturales en operaciones vencidas o convenios de pago, siempre y cuando, cumplan con los requisitos específicos y categóricos establecidos en la disposición general segunda de la LOSyPT y acrediten su calidad conforme lo dispone el artículo 149 de su Reglamento, para acceder al derecho (condonación de deuda)” (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) la remisión de pago de intereses, intereses por mora y

costas judiciales en operaciones de crédito; y, *ii*) la condonación total de la deuda, capital, intereses, interés de mora, multas y recargos derivados de las obligaciones vencidas o convenios de pago.

21. La remisión de pago de intereses, intereses por mora y costas judiciales en operaciones de crédito. -

El inciso primero del artículo 4 de la LOSYPT, ubicado en el Capítulo I “*REGÍMENES DE REMISIÓN NO TRIBUTARIAS*”, establece que la CFN y BANECUADOR B.P. “*efectuarán la remisión del pago de intereses, intereses por mora, costas judiciales y otros cargos derivados de obligaciones que personas naturales o jurídicas hubieren contraído con dichas entidades bancarias*”, en total “*hasta por el monto de cien mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$100.000,00) del saldo adeudado y que se encontraren castigadas o coactivadas*”. Agrega la norma que dicha remisión se aplicará en operaciones de crédito que se encuentren en esta condición a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley y que fueren iguales o superiores a noventa (90) días en el caso de microcréditos, exceptuándose las que correspondan a créditos de consumo, o que fueren iguales o superiores a ciento ochenta (180) días, para el segmento comercial (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el segundo inciso del citado artículo 4 de la LOSYPT determina que el Directorio de la CFN deberá autorizar la “*remisión del pago de intereses, intereses por mora, costas judiciales y otros cargos derivados de obligaciones que personas naturales o jurídicas en operaciones bancarias castigadas y coactivadas*”, que se hayan contraído “*hasta por un monto de cuatrocientos mil dólares de Estados Unidos de América (USD \$ 400.000,00)*”, debiendo establecer los segmentos y/o condiciones aplicables para el efecto. En este contexto, las personas naturales o jurídicas que opten por acogerse al beneficio de remisión señalado en este artículo, “*deberán formular por escrito y presentar su solicitud dentro del plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, debiendo realizar el pago del uno por ciento (1%) del saldo del capital de las obligaciones vencidas*”, el cual constituye requisito para la implementación del régimen (el resaltado me corresponde). La norma precisa también que, “*el plazo para el pago en operaciones de crédito otorgadas para capital de trabajo será de hasta cinco (5) años, en tanto que, para las de activo fijo será de hasta diez (10) años*” (el resaltado me corresponde).

El penúltimo inciso del referido artículo señala adicionalmente que el arreglo de obligaciones “*se respaldará con las garantías que cada caso requiera conforme la normativa interna*” de la CFN y BANECUADOR B.P., debiendo además contarse con un seguro de desgravamen para el caso de personas naturales (el resaltado me corresponde).

La condonación, o remisión como la denomina el artículo 1668 del Código Civil⁵ (en adelante CC), constituye un modo de extinguir las obligaciones según lo prevé el numeral 5 del artículo 1583 íbidem.

Por su parte, el inciso primero del artículo 146 del RLOSYPY, ubicado en el CAPÍTULO XIII “NORMAS ESPECÍFICAS PARA LA APLICACIÓN A LA LEY ORGÁNICA DE SIMPLIFICACIÓN Y PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA”, en concordancia con lo previsto en el artículo 4 de la ley, precisa que las operaciones de crédito otorgadas por BANECUADOR B.P. y por la CFN, “*cuyo saldo de capital adeudado al 31 de diciembre de 2019 sea de hasta cien mil dólares (US. \$ 100.000,00), que se encuentren coactivadas o castigadas*” y que registren intereses, intereses por mora, costas judiciales y otros cargos, con días vencidos iguales o superiores a 90 días para microcréditos, a excepción de los créditos de consumo, e iguales o superiores a 180 días para el segmento comercial, “*podrán aplicar para remisión bajo las condiciones normadas*” en la LOSYPY.

Así mismo, el segundo inciso del artículo 146 del RLOSYPY añade que podrán aplicar para remisión, bajo las condiciones normadas en el artículo 4 de la LOSYPY, las operaciones de crédito otorgadas por la CFN cuyo monto de capital haya sido contraído por “*hasta cuatrocientos mil dólares (US. \$ 400.000,00) y cuyo saldo de capital adeudado al 31 de diciembre de 2019 sea superior a cien mil dólares (US. \$ 100.000,00), que se encuentren coactivadas y castigadas y que registren intereses, intereses por mora, costas judiciales y otros recargos*” (el resaltado me corresponde).

Para el efecto, el artículo 147 del RLOSYPY especifica el procedimiento para acceder al beneficio establecido por el artículo 4 de la ley, y en este sentido señala que “*el beneficiario deberá realizar un pedido formal mediante documento escrito*”, expresando su interés de acogerse a la LOSYPY, en el plazo de ciento veinte (120) días a partir de su vigencia, y “*proceder con el pago del uno (1%) del saldo de capital de la o las operaciones*” sobre las que solicita el beneficio; “*a partir de lo cual se instrumentará un arreglo de obligaciones por el saldo de capital adeudado, cuyo plazo de pago será de hasta cinco (5) años para los operaciones de crédito otorgadas para capital de trabajo y hasta 10 años para activo fijo*” (el resaltado me corresponde).

El citado artículo indica además que el arreglo de obligaciones “*deberá contar con seguro de desgravamen, para el caso de personas naturales que apliquen*” y que, en los casos y/o condiciones no contempladas en la LOSYPY y en su reglamento, “*se aplicará lo establecido en las normativas internas de BANECUADOR B.P. y CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL B.P.*”, en armonía con lo establecido en el inciso primero de la Disposición General Cuarta de la LOSYPY.

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

De lo manifestado se desprende que: *i*) el artículo 4 y la Disposición General Cuarta de la LOSYPT y los artículos 146 y 147 de su Reglamento, determinan el régimen de remisión parcial, aplicable a intereses, intereses por mora y costas judiciales, dirigido a personas naturales o jurídicas cuyas obligaciones se encuentren castigadas o coactivadas, y cumplan con los criterios de montos y plazos ahí descritos; y, *ii*) el citado artículo 4 precisa que el arreglo de obligaciones que correspondan al capital de la deuda se instrumentará y respaldará con las garantías que cada caso requiera, conforme la normativa interna de la CFN y BANECUADOR B.P, deberá contar con seguro de desgravamen, para el caso de personas naturales que apliquen.

2.2. La condonación total de la deuda, capital, intereses, interés de mora, multas y recargos derivados de las obligaciones vencidas o convenios de pago. -

La Disposición General Segunda de la LOSYPT, materia de su consulta, según su tenor establece un régimen de ***“condonación total de la deuda, capital, intereses, interés de mora, multas y recargos derivados de las obligaciones vencidas o convenios de pago”***, en los casos en que el deudor principal de los regímenes de remisión previstos en esa ley, o su cónyuge o conviviente, hijo(a) bajo su dependencia económica ***“haya fallecido o padezca de una enfermedad catastrófica, huérfana o rara definidas como tales por el ente rector de la salud pública, conforme a la normativa que rija para la materia”*** (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el ya referido Capítulo I ***“REGÍMENES DE REMISIÓN NO TRIBUTARIAS”*** de la LOSYPT incluye en sus artículos 1 al 7 los siguientes: *i*) la remisión de intereses, multas y recargos para créditos educativos de cualquier nivel para estudios en el país o en el exterior; *ii*) la remisión de capital, intereses y multas correspondientes a obligaciones de pago o aporte de los beneficiarios del bono o incentivo de vivienda de emergencia; *iii*) la remisión de pago de intereses, intereses por mora y costas judiciales en operaciones de crédito con la CFN y BANECUADOR B.P; *iv*) la remisión de deudas tributarias y no tributarias con los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante GAD) de las provincias de Manabí y Esmeraldas; y, *v*) la condonación de intereses, recargos y multas en las operaciones de crédito de vivienda rural contemplados en el Programa Nacional de Vivienda Rural, que fueron concedidos por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda y cuya gestión de recuperación se encuentra a cargo del Banco Ecuatoriano de la Vivienda en Liquidación.

De otra parte, el artículo 149 del RLOSYPF contempla expresamente la forma en la que debe aplicarse lo previsto por la citada Disposición General Segunda de la LOSYPF, para cuyo efecto agrega que el beneficiario deberá presentar mediante documento escrito dirigido a la entidad acreedora, la documentación que se encuentra establecida en la ley, ***“que permita sustentar la condición de fallecido del deudor,***

cónyuge o hijo bajo relación de dependencia, siempre que dicho suceso haya ocurrido posterior a la fecha de concesión del crédito original y a la fecha de suscripción del documento de formalización de la obligación”.

Agrega el segundo inciso del artículo 149 del RLOSYPF que en el caso de que el deudor, su cónyuge o hijos bajo relación de dependencia padezcan de una enfermedad catastrófica, huérfana o rara, el beneficiario de la remisión deberá presentar mediante documento escrito la documentación emitida por parte del ente rector de la salud pública *“que permita sustentar dicha condición, siempre y cuando la enfermedad haya sido diagnosticada posterior a la fecha de concesión del crédito original o la fecha de suscripción”.*

Finalmente, el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 06482 de 30 de octubre de 2019, citado por la entidad consultante, con relación a la posibilidad de aplicar de forma directa el segundo inciso de la Disposición General Primera de la LOFP, para los casos de condonación ahí reglados, concluyó lo siguiente:

“Considerando que el ordenamiento jurídico constituye una unidad y, por tanto, cada una de sus partes debe guardar entre sí la debida correspondencia y armonía, **se observa que la Disposición General Primera de la LOFP y su reglamento deben entenderse en conjunto (...)**

Por tanto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, los deudores no vinculados de la Banca Cerrada de 1999 gozan de los derechos previstos en la Disposición General Primera de la LOFP, así como sus sucesores en derecho en el caso de que los deudores principales hubieren fallecido, considerando, para el efecto, que **el reglamento no puede modificar la ley y, por tanto, ésta se debe aplicar de manera directa**, siempre que medien las circunstancias establecidas en dicha norma y los beneficiarios acrediten sus respectivas calidades ante la institución titular de la cartera que tenga la obligación de condonar” (el resaltado me corresponde).

Por lo tanto, según la Disposición General Segunda de la LOSYPT, para efectos de la condonación total de la deuda, el deudor principal o su cónyuge o conviviente, hijo(a) bajo su dependencia económica, que haya fallecido o padezca de una enfermedad catastrófica, huérfana o rara definidas como tales por el ente rector de la salud pública deben observar las condiciones específicas establecidas directamente en dicha norma y lo determinado expresamente en el artículo 149 de su Reglamento.

Del análisis jurídico efectuado en el presente se observa que: *i)* el artículo 4 y la Disposición General Cuarta de la LOSYPT y los artículos 146 y 147 de su Reglamento determinan un régimen de remisión parcial, aplicable únicamente a intereses, intereses por mora y costas judiciales, dirigido a personas naturales o jurídicas cuyas obligaciones se encuentren castigadas o coactivadas, y cumplan con los criterios de montos y plazos

que esas normas establecen. Respecto del capital de la deuda, según esas normas, corresponde instrumentar y respaldar las obligaciones con garantías así como contar con seguro de desgravamen, para el caso de personas naturales que apliquen; *ii*) por su parte, la Disposición General Segunda de la LOSYPT establece la condonación total de la deuda, en los casos en que la persona natural que tenga la calidad de deudor principal, o su cónyuge, conviviente o hijo bajo su dependencia económica, haya fallecido o padezca de una enfermedad catastrófica, huérfana o rara. Al efecto, el artículo 149 del RLOSYPF prevé que el beneficiario deberá presentar, mediante documento escrito dirigido a la entidad acreedora, la documentación de sustento establecida en la ley que justifique que la condición o enfermedad se haya diagnosticado después de la fecha de concesión del crédito original y de la fecha de suscripción del documento de formalización de la obligación; y, *iii*) al tratarse de distintos regímenes de remisión, el uno parcial y el otro total, cada uno se rige por las normas específicas que los regulan, cuyas condiciones y requisitos corresponde verificar a la respectiva entidad acreedora.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria y en el artículo 149 de su Reglamento, la condonación total ahí prevista, es aplicable por la entidad acreedora una vez que se verifiquen documentadamente las condiciones específicas exigidas por las normas de la materia, relacionadas con la muerte o enfermedad del deudor principal, su cónyuge, conviviente, o hijo bajo su dependencia.

El presente pronunciamiento debe 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,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO

Firmado digitalmente por
ÍÑIGO FRANCISCO ALBERTO
SALVADOR CRESPO

SALVADOR CRESPO
Fecha: 2022.11.01 13:35:39
-05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

Oficio N° 20954

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2022

Señor
Ángel Amable Yáñez Vinueza,
ALCALDE,
GADM SANTA CRUZ.
Puerto Ayora. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. GADMSC-2022-0576-O de 19 de mayo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 3 de agosto del mismo año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“Pregunta 1.- ¿El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz debe asumir la competencia en el manejo de la fauna urbana, a pesar de que la Constitución en su artículo 258 indica que la provincia de Galápagos tiene un gobierno de régimen especial, y acorde al artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la provincia de Galápagos (ABG) tiene la competencia para controlar, regular, impedir y reducir el riesgo de la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos (que incluye perros y gatos)?

Pregunta 2.- ¿Para el ejercicio de la competencia del manejo de la fauna urbana el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz deberá recibir recursos por parte del Presupuesto General del Estado que son destinados a la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la provincia de Galápagos (ABG), entidad adscrita al Ministerio del Ambiente, para el ejercicio de la competencia municipal establecida en el artículo 415 de la Constitución?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19740, 19741, 19742 y 19743 de 08 de agosto de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos (en adelante ABG); al Consejo Nacional de Competencias (en adelante CNC); al Consorcio de Municipios Amazónicos y Galápagos (en adelante COMAGA); y, al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica (en adelante MAATE), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia de las consultas. Con oficio No. 19943 de 25 de agosto de 2022, este organismo insistió en dicho requerimiento al MAATE.

1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas, en su orden: i) por el Asesor Jurídico del COMAGA, con oficio

No. 636-AJ-COMAGA-2022 de 11 de agosto de 2022, ingresado el 15 de los mismos mes y año; *ii*) por el Secretario Ejecutivo del CNC a través de oficio No. CNC-CNC-2022-0487-OF de 18 de agosto de 2022, recibido el mismo día; *iii*) por la Directora Ejecutiva de la ABG con oficio No. ABG-ABG-2022-0622-O de 23 de agosto de 2022, ingresado al día siguiente al que se adjuntó el memorando No. ABG-SAJ-2022-0069 de 23 de agosto de 2022, suscrito por la Subdirectora de Asesoría Jurídica; y, *iv*) por el Ministro del MAATE, mediante oficio No. MAATE-MAATE-2022-0623-O de 16 de agosto de 2022, ingresado el mismo día, al cual se adjuntó el memorando No. MAATE-CGAJ-2022-1389-M de 9 de septiembre de 2022, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica.

1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal del cantón Santa Cruz (en adelante GADM Santa Cruz), contenido en memorando No. GADMSC-DPS-2022-0244-M de 17 de mayo de 2022, citó los artículos 258, 273 y 415 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 105 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas² (en adelante COPLAFIP); 54 letra r) y 204 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización³ (en adelante COOTAD); 27 numeral 8, 144 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Código Orgánico del Ambiente⁴ (en adelante COAM); 28 numeral 2 y 104 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos⁵ (en adelante LOREG); y, 399 del Reglamento al COAM⁶ (en adelante RCOAM), luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“PRONUNCIAMIENTO

Pregunta 1.- (...) El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz debe asumir la competencia en el manejo de la fauna urbana en cumplimiento del artículo 415 de la Constitución, el artículo 54 literal r del COOTAD y el artículo 27.8 del Código Orgánico del Ambiente, en concordancia con el artículo 144 ibídem que determina las atribuciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados referente (sic) a la fauna urbana (el resaltado me corresponde).

Pregunta 2.- (...) Para el ejercicio de las (sic) competencia municipal del manejo de la fauna urbana prevista en el artículo 415 de la Constitución, el (sic) 54 literal r del COOTAD y el artículo 27.8 y 144 del Código Orgánico del Ambiente, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz deberá recibir los recursos del Presupuesto General del Estado que son destinados a la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la provincia de Galápagos (ABG) para el ejercicio de las competencias municipales establecidas en el 415 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 273 de la Carta Magna” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico del COMAGA, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 104, 125 y 153 del COOTAD; y, 5 numeral 12, 20, 21 numeral 6 y 83 numeral 6 de la LOREG, con base en los cuales concluyó:

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

² COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

³ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁴ COAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.

⁵ LOREG, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 520 de 11 de junio de 2015.

⁶ RCOAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 507 de 12 de junio de 2019.

“De las norma (sic) jurídicas antes indicadas se desprende que al tratarse de una ley (sic) Orgánica de Régimen Especial que rige con exclusividad a la Provincia de Galápagos, está (sic) se debe aplicar cuando haya normas de similar jerarquía, por tanto considero que **quien tiene la facultad de controlar, regular y sancionar la introducción, movimiento y dispersión de la fauna urbana es la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la provincia de Galápagos.**

Debe ser transferido (sic) la competencia al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipalidad del cantón Santa Cruz el manejo de la fauna urbana con los recursos necesarios, para que ejerza dicha competencia y estos serán del presupuesto que el Consejo de Gobierno asigna a la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la provincia de Galápagos, o del Presupuesto General del Estado que asigna al Ministerio del Ambiente que es el ente rector que controla de áreas protegidas del país” (el resaltado me corresponde).

1.5. Por su parte, el CNC citó, adicionalmente, los artículos 14, 242, 270, 271, 272, 395 numeral 2 y 399 de la CRE; 140 del COOTAD; y, 1, 2 numerales 4 y 12 del Decreto Ejecutivo⁷ No. 1319, referido a la creación de la ABG como una entidad encargada del control, regulación, impedimento y disminución del riesgo de la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos, tras lo cual concluyó:

“De acuerdo con lo establecido en los artículos 415 de la Constitución, 54, literal r) del COOTAD y 27 numeral 8 del Código de (sic) Ambiente, **corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Santa Cruz asumir el manejo y control de fauna urbana**, en el ejercicio de la competencia de gestión ambiental. En consecuencia, **al no ser una nueva competencia, la fuente principal de financiamiento para su ejercicio son las preasignaciones presupuestarias** establecidas en el artículo 271 de la Constitución” (el resaltado me corresponde).

1.6. El criterio jurídico de la ABG, además de la normas mencionadas, citó los artículos 226 y 425 de la CRE; 28 numerales 1, 3 y 4, 29 y 32 de la LOREG; 123 de la Ley Orgánica de la Salud⁸ (en adelante LOS); 391, 393, 394, 395, 396, 397, 402 y 404 del RCOAM; y, 2 de la Resolución No. 027-CGREG-03-IX-2015 del Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos (en adelante CGREG), que regula la tasa por ingreso y conservación de las áreas naturales protegidas que será pagada por los turistas que ingresan a la provincia de Galápagos, con fundamento en los cuales concluyó:

“Sobre la consulta 1.

El control de fauna urbana, NO es una competencia de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos, pues existe norma expresa que determina que la responsabilidad recae sobre los gobiernos autónomos descentralizados (el resaltado me corresponde).

Sobre la consulta 2.

No, pues la **Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos no ha recibido recursos económicos por parte del Gobierno para el**

⁷ Decreto Ejecutivo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 811 de 17 de octubre de 2012.

⁸ LOS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

manejo de fauna urbana, únicamente se ha recibido aquellos destinados al cumplimiento de su misión institucional, cuyas actividades continúan desarrollándose. Adicionalmente conforme lo establece la Ley de Régimen Especial de la provincia (sic) de Galápagos y, concretamente, la Resolución 027-CGREG-03-IX-2015, el **Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Santa Cruz recibe el 10,90% del total de la Tasa por Ingreso y Conservación de las Áreas Naturales Protegidas. En consecuencia, el GAD Municipal de Santa Cruz recibe periódicamente recurso destinado a la ejecución de actividades de conservación y protección de las islas**” (el resaltado me corresponde).

1.7. Finalmente, el criterio jurídico del MAATE citó los artículos 54 letra s) del COOTAD; 67, 141, 142 y 143 del COAM; 82, 83 y 85 del Reglamento General de Aplicación de la LOREPG⁹ (en adelante RLOREPG); y, la sentencia No. 36-15-IN/20 de 22 de julio de 2020, emitida por la Corte Constitucional, respecto a las competencias exclusivas de los GAD en la preservación de la biodiversidad y protección ambiental y las correspondientes preasignaciones presupuestarias para el efecto, con sustento en los cuales concluyó:

“PRONUNCIAMIENTO

(...) en atención a la normativa legal citada, es claro que el **manejo de la fauna urbana se encuentra en competencia del GAD, entendiéndose por manejo de Fauna Urbana a aquellos animales de compañía, trabajo u oficio, consumo, entretenimiento, experimentación[1] que en el presente caso ya se encuentran introducidos** (en el hábitat) **en el Cantón Santa Cruz**; mientras que, la **competencia de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de la Provincia de Galápagos recae en controlar, regular, impedir y reducir el riesgo de la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos**, por lo tanto dicha competencia recae en el manejo de perros y gatos pero no como fauna urbana propiamente dicha, sino más como la aprobación directa **previo a que estos sean introducidos en el hábitat de la Isla.** (...)

(...) la **competencia asignada al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal respecto de la Fauna Urbana** se encuentra establecida tanto en el Código Orgánico del Ambiente como en el Código Orgánico de Organización Territorial (sic), es decir dicha competencia **se establece de manera exclusiva, sin que exista una delegación**, ya sea del **Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica o de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y cuarentena (sic) para Galápagos (ABG), por lo que, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional en su sentencia No. 36-15-IN/20 de 22 de julio de 2020, la principal fuente de financiamiento son las preasignaciones presupuestarias, así como las tasas establecidas** para el ejercicio de sus funciones en razón de mantener la capacidad de generar y administrar sus propios recursos; por lo que, en el presente caso **al ser la competencia exclusiva de los GADs Municipales o Metropolitanos, el manejo de la Fauna Urbana, el GAD Municipal de Santa Cruz no debería recibir recursos por parte de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos** por el ejercicio de la misma (el resaltado me corresponde).

1.8. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera pregunta, el informe jurídico de la entidad consultante y los criterios jurídicos del CNC, la ABG y el MAATE coinciden en

⁹ RLOREPG, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 989 de 21 de abril de 2017.

señalar que corresponde al GAD Santa Cruz el manejo y control de fauna urbana, en el ejercicio de la competencia de gestión ambiental. No obstante, el MAATE especifica que la competencia del GAD Santa Cruz se refiere a los animales ya introducidos en la provincia de Galápagos, razón por la cual estima que la ABG ejercería el control y la regulación para la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos, incluidos perros y gatos. Por su parte, el COMAGA difiere con todos al señalar que la competencia para el control de la fauna urbana corresponde a la ABG, según lo establecido en la LOREG, la misma que constituye ley especial, sin perjuicio de que deba ser transferida al GADM Santa Cruz, sea con recursos del presupuesto que el CGREG asigna a la ABG o con recursos del Presupuesto General del Estado que asigna al MAATE.

En cuanto a la segunda pregunta, la entidad consultante y el COMAGA coinciden en señalar que, para el ejercicio de la competencia de manejo de la fauna urbana por parte del GADM Santa Cruz, el financiamiento será a través del presupuesto que el CGREG asigna a la ABG. Agrega el COMAGA que el financiamiento también podrá provenir de Presupuesto General del Estado que asigna al MAATE. Por su parte, la ABG, el CNC y el MAATE consideran que el control de la fauna urbana, que debe realizar el GAD de Santa Cruz, está financiado con las preasignaciones del Presupuesto General del Estado; al efecto, el mencionado ministerio cita la sentencia No. 36-15-IN/20 de 22 de julio de 2020 de la Corte Constitucional.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* las competencias del CGREG y la ABG en materia de control de organismos exóticos en Galápagos; y, *ii)* las competencias de los GAD en materia de fauna urbana y los recursos para su ejercicio.

2.1. Las competencias del CGREG y la ABG en materia de control de organismos exóticos en Galápagos. -

El Ecuador es un Estado unitario y para su organización el artículo 239 de la CRE prevé que la ley establecerá *“un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo”*. Concordante, el artículo 399 de la CRE se refiere al sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, como mecanismo para *“El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación (...)”*.

Por su parte, el inciso primero del artículo 242 de la CRE prevé que *“Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales”*, como es el caso de la provincia de Galápagos, que según el inciso primero del artículo 258 *ibídem* *“tendrá un gobierno de régimen especial”*, cuya planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, de conformidad con lo que la ley determine. Agrega el segundo inciso de la norma constitucional que la administración de la provincia de Galápagos está a cargo del CGREG, *“presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y los representantes de los organismos que*

determine la ley”, en armonía con lo contemplado en el inciso final del artículo 10 del COOTAD.

El artículo 1 de la LOREG, al referirse a su objeto y ámbito, establece que *“regula el Régimen Especial de la provincia de Galápagos e instituye el régimen jurídico administrativo al que se sujetan, en el ámbito de sus competencias”*, el CGREG, los GAD y los organismos de todas las funciones del Estado, así como todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se encuentran dentro o que realicen actividades en la provincia de Galápagos, *“en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del Buen Vivir”*.

Entre las atribuciones del CGREG, según el numeral 9 del artículo 5 de la LOREG, consta *“la gestión ambiental provincial, en el marco de la planificación de la provincia, el sistema nacional descentralizado de gestión ambiental”*, para lo cual *“deberá acreditarse ante la Autoridad Ambiental Nacional”* (el resaltado me corresponde). El inciso final del referido artículo contempla que para el ejercicio de sus atribuciones el CGREG dictará *“ordenanzas provinciales y resoluciones”*, en concordancia con el numeral 2 del artículo 11 de la LOREG.

Por su parte, el inciso primero del artículo 85 de la LOREG determina que: *“La Autoridad Ambiental Nacional, a través de una entidad de derecho público adscrita, regulará y controlará la bioseguridad, realizará el control de introducción de especies exógenas hacia la provincia de Galápagos”*, en tanto que el inciso segundo del artículo 104 de la LOREG precisa que la ABG *“será competente para controlar, regular, impedir y reducir el riesgo de la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos”* de la provincia de Galápagos (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 82 del RLOREG prevé que la ABG *“con sede en el cantón Santa Cruz, es la entidad adscrita a la Autoridad Ambiental Nacional, con competencia para regular y controlar la bioseguridad en la provincia de Galápagos así como la introducción, movimiento y dispersión de organismos exóticos”* (el resaltado me corresponde). Al efecto, la letra n) del artículo 83 ibídem confiere atribución a la ABG para *“Aprobar el programa para la erradicación de especies exóticas vegetales y animales en zonas urbanas y rurales”* (el resaltado me corresponde),

De conformidad con el Glosario que consta en el COAM, las especies exóticas o introducidas son aquellas *“Especies, subespecie, raza, o variedad de animal, planta o microorganismo no nativo de un determinado espacio geográfico como producto de una actividad humana o natural”* (el resaltado me corresponde).

Sobre la regulación de *“especies exóticas”* incluidas las domésticas, el artículo 67 de COAM impone a la Autoridad Ambiental Nacional el deber de evaluar el riesgo de la introducción al territorio nacional y el manejo de dichas especies, mediante la aplicación de criterios técnicos *“sobre el potencial reproductivo de las especies exóticas y su adaptabilidad para convertirse en especies invasoras con el fin de precautelar la salud humana y los ecosistemas”*. Al efecto, la misma norma prevé que la Autoridad Ambiental Nacional podrá solicitar asesoría al Instituto Nacional de Biodiversidad y demás instituciones científicas del país que considere pertinente, y efectuará dicha evaluación conforme al principio de

precaución, en concordancia con la normativa sanitaria vigente del país y las disposiciones contenidas en ese Código.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 142 del COAM, los animales de compañía constituyen fauna urbana. El manejo de la fauna urbana se realiza mediante la rectoría del Gobierno Central, según el artículo 143 ibídem, y la gestión, que incluye el control, corresponde a los GAD municipales, de forma coordinada con el ente de control nacional, de conformidad con el numeral 1 del artículo 144 de dicho Código.

Las competencias concurrentes, según el inciso primero del artículo 115 del COOTAD, son aquellas cuya titularidad corresponde a dos o más niveles de gobierno. Adicionalmente, la gestión ambiental ya constaba como atribución de las municipalidades, de acuerdo con el artículo 168 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal¹⁰, por lo que no se trata de una competencia nueva para esos organismos que requiera ser financiada, en los términos de la letra b) del artículo 189 del COOTAD¹¹.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la gestión ambiental es materia que corresponde al sistema nacional descentralizado, pues implica el ejercicio de competencias concurrentes entre el Gobierno Central, que ejerce la rectoría del sistema, y los GAD; *ii)* por razones de conservación ambiental, la provincia de Galápagos está sujeta a un régimen especial; *iii)* corresponde al CGREG ejercer la gestión ambiental en la provincia de Galápagos, en el marco de la planificación de la provincia, con competencia para dictar ordenanzas y resoluciones; *iv)* la ABG, en calidad de entidad adscrita a la Autoridad Ambiental Nacional, tiene competencia para regular y controlar la introducción de organismos exóticos, entre ellos animales no nativos, que incluyen los animales domésticos o de compañía. Al efecto, la Autoridad Ambiental Nacional debe aplicar el principio de precaución y puede requerir asesoría a las instituciones científicas del país; y, *v)* los animales de compañía constituyen fauna urbana sujeta a control de los GAD municipales.

2.2. Las competencias de los GAD en materia de fauna urbana y los recursos para su ejercicio. -

De acuerdo con el artículo 415 de la CRE, el Estado central y los GAD adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, ***“que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes”*** (el resaltado me corresponde).

Con relación al régimen de competencias, el artículo 260 de la CRE señala que el ejercicio de las competencias exclusivas ***“no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”***, en armonía con lo contemplado en los artículos 114 y 126 del COOTAD (el resaltado me corresponde).

En este sentido, el artículo 226 de la CRE establece el deber de las instituciones del sector público y de sus funcionarios de ***“coordinar acciones para el cumplimiento de sus***

¹⁰ Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.159 de 5 de diciembre de 2005.

¹¹ COOTAD, “Art. 189.- Tipos de transferencias. - Las transferencias a los gobiernos autónomos descentralizados serán: (...) b) Transferencias destinadas a financiar el ejercicio de nuevas competencias”

fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con la letra r) del artículo 54 del COOTAD se incluye entre las funciones de los GAD municipales el: *“Crear las condiciones materiales para la aplicación de políticas integrales y participativas en torno a la regulación del manejo responsable de la fauna urbana promoviendo el bienestar animal”*. Concordante, el artículo 27 numeral 8 COAM confiere a los GAD municipales atribución para *“Regular y controlar el manejo responsable de la fauna urbana”*.

Según el inciso final del artículo 144 del COAM, los GAD provinciales *“podrán apoyar y participar en el manejo de la fauna urbana”*, que su artículo 140 define como la *“compuesta por los animales domésticos, los animales que tienen como hábitat espacios públicos y áreas verdes, y los animales que constituyen un riesgo por el contagio de enfermedades en el perímetro cantonal”* (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, los artículos 271 y 298 de la CRE establecen preasignaciones presupuestarias que benefician a los GAD; la primera norma citada agrega en su segundo inciso que: *“Las asignaciones anuales serán predecibles, directas, oportunas y automáticas, y se harán efectivas mediante las transferencias desde la Cuenta Única del Tesoro Nacional a las cuentas de los gobiernos autónomos descentralizados”*.

En ese orden de ideas, la letra b) del artículo 171 del COOTAD incluye entre los recursos financieros de los GAD a las *“Transferencias del presupuesto general del Estado”*, entendidas como aquellas correspondientes a *“ingresos permanentes y no permanentes; los que provengan por el costeo de las competencias a ser transferidas; y, los transferidos de los presupuestos de otras entidades de derecho público, de acuerdo a la Constitución y a la ley”*.

Los incisos segundo y tercero del artículo 99 del COPLAFIP señalan que *“Las preasignaciones constitucionales deberán constar cada año de manera obligatoria como asignaciones de gasto en el Presupuesto General del Estado”*, para lo cual, el Estado garantizará la entrega oportuna de las asignaciones específicas de ingresos permanentes y no permanentes para los GAD, de conformidad con el artículo 298 de la CRE.

De lo manifestado se observa que: *i) los GAD participan de los ingresos del Presupuesto General del Estado y se les reconoce asignaciones anuales predecibles, directas, oportunas y automáticas para el ejercicio de sus competencias y el cumplimiento de sus funciones; ii) corresponde a los GAD cantonales la regulación del manejo responsable de la fauna urbana, en concordancia con las políticas y normas emitidas por la Autoridad Ambiental Nacional; iii) la fauna urbana está compuesta por los animales domésticos o de compañía, como perros y gatos; y, iv) en la provincia de Galápagos, por el régimen especial al que está sujeta, compete a la ABG controlar la introducción de animales no nativos, entre ellos los animales domésticos o de compañía, mediante el respectivo análisis técnico, en tanto que, respecto de la fauna urbana ya introducida en dicha provincia, su control compete a los GAD municipales.*

3. Pronunciamiento. -

Del análisis jurídico efectuado se observa que compete a la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos el control, regulación, impedimento y reducción del riesgo de la introducción de animales no nativos de esa provincia, entre ellos los animales domésticos o de compañía, según los artículos 67 del Código Orgánico del Ambiente, 85 y 104 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, y 82 y 83 de su Reglamento General. En tal virtud, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 54 letra r) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 27 numeral 8 y 144 numeral 1 del Código Orgánico del Ambiente, corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz ejercer la competencia de manejo de la fauna urbana que ya se encuentre introducida en ese cantón.

En concordancia con lo expuesto, con relación a su segunda consulta se concluye que, las atribuciones de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena de para Galápagos y las de las municipalidades en materia de gestión ambiental son diferentes pero complementarias, y por tanto se trata de un caso de competencias concurrentes, según el artículo 115 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Adicionalmente, la gestión ambiental no es una nueva competencia de las municipalidades, que requiera ser financiada, en los términos de la letra b) del artículo 189 del mismo código.

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,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por
ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.11.08
18:02:23 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Freddy Adalberto Armijos Pérez,
Presidente del Consorcio de Municipios Amazónicos y Galápagos

Mgs. Juan Sebastián Arias,
Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Competencias

Dra. Marilyn Cruz Bedón,
Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos.

Ing. Gustavo Rafael Manrique Miranda,
Ministro del Ambiente, Agua y Transición Ecológica.

Oficio N° 20955

Quito, D.M., 08 de noviembre de 2022

Señora doctora
Cynthia Viteri Jiménez,
ALCALDESA,
GADM GUAYAQUIL.
Guayaquil. –

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. AG-CV-2022-8339 de 16 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 19 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Puede entenderse que al amparo del Art. 317 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, en calidad de Entidad Contratante puede aplicaren los contratos celebrados antes del 20 de agosto de 2022 una multa no menor al uno pormil del valor total del contrato por cada día de retraso, en el evento de que existan observaciones realizadas por el Administrador del Contrato y no subsanadas por parte de la contratista, previo a la suscripción del Acta de Entrega Recepción Definitiva?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 20363 de 21 de septiembre de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, lo que fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica con oficio No. SERCOP-CGAJ-2022-0079-OF de 28 de septiembre de 2022, ingresado al correo institucional único de este organismo el 30 de los mismos mes y año; y, reingresado, por la misma vía, el 4 de octubre del presente año.

1.2. El informe jurídico No. DAJ-CON-2022-10329 de 2 de septiembre de 2022, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil (en adelante GADM Guayaquil), citó los artículos 4, 5, 71 y 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante LOSNCP); 292 y 317 del Reglamento General de la LOSNCP² (en adelante RGLOSNCP); y, 6 y 7 numeral 18 del Código Civil³ (en adelante CC), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“4. CRITERIO JURÍDICO.-

En mérito de los antecedentes, la base legal citada y el análisis correspondiente; considerando la excepción al principio de irretroactividad de las penas para incumplimiento contractual, las cuales se sancionarán conforme a la ley bajo la cual se hubiera cometido, y toda vez que en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

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

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

³ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

vigente dentro del procedimiento de suscripción de las Actas de Entrega Recepción se encuentra prevista la facultad de aplicar una multa no menor al uno por mil del valor total del contrato por cada día de retraso, en el evento de que existan observaciones no subsanadas por parte de la contratista, previo a la suscripción del Acta de Entrega Recepción Definitiva; esta Dirección de Asesoría Jurídica considera procedente aplicar dentro de los contratos que actualmente se ejecutan en el GADM-G las multas establecidas en el numeral 3 del Art. 317 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre que la infracción hubiese sido cometida luego de la vigencia dicho Reglamento y sus reformas”.

1.3. De su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas ya mencionadas, citó los artículos 76 numeral 7 letra l) y 226 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante CRE); 14 y 16 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA); 11 de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera⁶ (en adelante Ley de Fortalecimiento de la Dolarización); 1568 y 1937 del CC; 60, 70 y 80 de la LOSNCP y 195 de su Reglamento General, así como los pronunciamientos de esta Procuraduría contenidos en oficios Nos. 12902 y 16251 de 12 de marzo y 31 de agosto de 2010, respectivamente, referidos al cálculo de multas, sobre cuya base analizó y concluyó:

“Las multas constituyen un mecanismo a través del cual la entidad contratante apremia al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto, **la determinación de las multas se realizará de conformidad a lo previsto en el artículo 71 de la LOSNCP**, en el que de forma expresa dispone que serán impuestas por el retardo en la ejecución e incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, y estas sanciones deben estar expresamente determinadas en el contrato.

(...) en este sentido, **como lo dispone el artículo 71 de la LOSNCP**, desde la fecha indicada las entidades contratantes impondrán las multas a los proveedores por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales por cada día de retardo sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutarse (el resaltado me corresponde)”.

2. Análisis. -

De conformidad con el numeral 8 del artículo 10 de la LOSNCP, el SERCOP ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública con atribución para *“Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública”*, en concordancia con lo establecido en el artículo 27 ibídem.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 71⁷ de la LOSNCP, reformado por el numeral 2

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

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

⁶ Ley de Fortalecimiento de la Dolarización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de enero de 2017.

⁷ LOSNCP, “Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato. En todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerán el incumplimiento, fechas y montos.

del artículo 11 de la Ley de Fortalecimiento de la Dolarización, en relación a la cláusula de multas establece que procede en dos casos: *i)* retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, conforme al cronograma valorado; y, *ii)* incumplimiento de las obligaciones contractuales. La norma agrega que las multas se calcularán por cada día de retardo y sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutar, considerando que, según el artículo 80 *ibídem*, corresponde al supervisor y fiscalizador del contrato la responsabilidad de *“tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos”*.

El numeral 2 del artículo 317 del RGLOSNC, materia de su consulta, determina que en caso de no estar conforme la entidad contratante rechazará por escrito la recepción provisional, indicando con precisión qué aspectos no cumple y qué cuestiones deben ser corregidas por la contratista, a efectos de proceder con la recepción provisional a entera satisfacción de la entidad contratante. A este efecto, señala además que el contratista tiene el término de diez (10) días para subsanar las observaciones formuladas, tiempo que no será imputable a multas; *“en caso no hacer tales correcciones dentro del tiempo indicado se aplicará una multa no menor al uno por mil del valor total del contrato por cada día de retraso, la cual deberá considerarse en los pliegos y en contrato respectivo.”* (El resaltado me corresponde)

Adicionalmente, el numeral 3 del citado artículo 317 del RGLOSNC dispone que luego de transcurrido el plazo de seis (6) meses desde la suscripción del acta de entrega recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias, el administrador del contrato coordinará con el contratista la recepción definitiva de la obra y agrega que, si existieren observaciones que deban ser corregidas por parte del contratista, el administrador le solicitará por escrito que subsane las mismas dentro de un término no mayor a diez (10) días, *“caso contrario se aplicará una multa no menor al uno por mil del valor total del contrato por cada día de retraso, la cual deberá considerarse en los pliegos y en contrato respectivo.”* (El resaltado me corresponde)

En este contexto, el segundo inciso del artículo 292 del RGLOSNC señala que la entidad contratante establecerá por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del contratista, *“la aplicación de una multa que en ningún caso será inferior al 1 x 1.000 del valor del contrato, que se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse, incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos”* y en el caso de las obras *“las multas se calcularán de conformidad con el retraso injustificado imputable a la planilla que corresponda”* (el resaltado me corresponde).

El artículo 9 de la Resolución No. 024, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por la Procuraduría General del Estado⁸ dispone que: *“En caso de que una consulta se refiera a normas vigentes respecto de cuya aplicación ya existiere pronunciamiento del Procurador General del Estado, no será necesario nuevo pronunciamiento”*.

Examinados el informe jurídico remitido por la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP y una vez revisado el Sistema de Consultas Absueltas por este organismo, al que se puede

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

⁸ Resolución No. 024, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

acceder a través del portal institucional www.pge.gob.ec⁹, consta que mediante oficio No. 06634 de 14 de noviembre de 2019, la Procuraduría General del Estado se pronunció sobre la aplicación de los artículos 10 numeral 8, 27 y 71 reformado de la LOSNCP, cuyos textos conservan vigencia y regulan tanto la competencia del SERCOP para expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, como el coeficiente para el cálculo de multas. Dicho pronunciamiento analizó y concluyó:

“(…) la proporcionalidad constituye un principio que orienta la actividad de las administraciones públicas y es aplicable en materia de contratación pública, por lo que las entidades contratantes tienen la potestad de determinar las multas que la ley les autoriza a imponer como sanción al contratista, dentro de los parámetros que establecen las normas y el contrato, con base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, rectores de las actuaciones administrativas, que pretenden que el acto específico de la autoridad, resulte justo en el caso particular y concreto.

(…)

3. Pronunciamiento.-

(…) se concluye que, es jurídicamente procedente aplicar el coeficiente del uno por mil (1 x 1 000), conforme consta en los modelos de pliegos de uso obligatorio (…), emitidos por el SERCOP, en aquellos instrumentos celebrados (…) que no cuenten con cláusula de multas, de acuerdo con los artículos 10 numeral 8 y 27 de la LOSNCP.

(…) el coeficiente para el cálculo de multas se debe aplicar conforme lo dispone el segundo inciso del artículo 71 reformado de la LOSNCP, es decir, sobre el valor de las obligaciones contractuales que se encuentren pendientes de ejecutar”.

Cabe reiterar que el artículo 71 de la LOSNCP ha sido examinado por este organismo en diferentes pronunciamientos. Dicha norma establece la incorporación de la cláusula de multas, las cuales serán calculadas sobre el porcentaje de obligaciones pendientes de ejecutar. En tal sentido, la entidad contratante aplicará las multas por incumplimiento, considerando las entregas parciales que se hubieren estipulado contractualmente y recibido a entera satisfacción.

Adicionalmente, cabe advertir que ninguna disposición reglamentaria, respecto a la aplicación de multas, puede contradecir lo dispuesto en el artículo 71 de la LOSNCP, en el cual debe encontrar su fundamento, de acuerdo con el criterio de la norma jerárquicamente superior¹⁰.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en materia de multas, el artículo 317 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe

⁹ En el portal 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 su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos de este organismo.

¹⁰ El principio de jerarquía de aplicación de las normas, previsto en el segundo inciso del artículo 425 de la CRE, dispone que “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”, en concordancia con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece los criterios aplicables para la solución de antinomias y dispone que “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (el resaltado me corresponde)

ser entendido en armonía con el artículo 71 de la ley de la materia. En tal virtud, de haber observaciones efectuadas por el administrador del contrato y no subsanadas por la contratista antes de la suscripción del acta de entrega recepción definitiva, las entidades contratantes pueden aplicar las multas por incumplimiento sobre el porcentaje de obligaciones pendientes de ejecutar, considerando las entregas parciales que se hubieren estipulado contractualmente y recibido a entera satisfacción, en observancia de los parámetros que establezcan los pliegos, la ley y el contrato.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado debe ser entendido en su integridad y trata sobre la aplicación general de disposiciones jurídicas. 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.

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.11.08
17:58:45 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

00091

Oficio No.

Quito, D.M., 23 NOV 2022

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

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. BCE-BCE-2022-0209-OF de 15 de noviembre de 2022, ingresado en este organismo al día siguiente y su alcance contenido en oficio No. BCE-BCE-2022-0217-OF de 17 de noviembre de 2022, ingresado al día siguiente, mediante el cual usted consultó:

“• ¿es legalmente aplicable ejecutar disposiciones administrativas cuando existen medidas cautelares judiciales vigentes sobre el mismo hecho, establecidas en los artículos 549 y 550 del Código Orgánico Integral Penal?; y,

• el Banco Central del Ecuador, en su calidad de sujeto controlado, ¿puede implementar las acciones administrativas necesarias para ejecutar una medida correctiva o de saneamiento emitida por un organismo de control; siempre y cuando, en todo momento, se mantenga la finalidad de una medida cautelar real de retención establecida en el artículo 549 del Código Orgánico Integral Penal, sobre los valores, fondos o títulos, que también son objeto de la medida correctiva?”.

1. Antecedentes. –

1.1. El informe jurídico No. BCE-CGJ-013-2022 de 17 de noviembre de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico del BCE, citó los artículos 77 numeral 11, 82, 226, 227 y 303 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 26, 27.1, 36 numeral 17, 57, 78 y 116 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero² (en adelante COMF); 13, 519, 520, 549 y la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal³ (en adelante COIP); 130 y la Disposición Reformativa Primera del Código Orgánico General de Procesos⁴ (en adelante COGEP); 3, 14, 46, 65, 67, 123 y 124 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA); 4, 6 y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante LOCGE); 10 numerales 2, 4 y 12, y 78 del Libro II del Código Orgánico

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

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

³ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

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

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

⁶ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

Monetario y Financiero que contiene la Ley del Mercado de Valores⁷ (en adelante LMV); con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“3. ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO:

3.1. De las medidas cautelares judiciales en materia penal

(...) las medidas cautelares son instrumentos jurídicos que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación resultante de actuaciones procesales. En materia penal, las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar la ejecución de una posible sentencia ejecutoriada; es decir, asegurar el cumplimiento de una posible sanción; de esta manera, se procura el cumplimiento de la justicia considerando que es posible que el presunto actor del ilícito pretenda evadir el cumplimiento de su obligación mientras el proceso penal se desarrolla; de tal manera, se entiende que, el principal fin es garantizar al perjudicado o la víctima del ilícito cometido para que el daño o perjuicio ocasionado sea resarcido de manera eficaz.

Para la presente consulta, el análisis se centra en las denominadas medidas cautelares de carácter real, las cuales inciden sobre objetos materiales y bienes del procesado, para asegurar los efectos civiles de la condena penal. Es así que, en nuestra legislación procesal penal, la medida cautelar real, se limita a la aprehensión de los bienes del justiciable con la pretensión de que la víctima del delito se encuentre asegurada en la posible futura indemnización, y el Estado en el pago de la pena pecuniaria, de ser el caso.

(...)

El Código Orgánico referido diferencia los tipos de medidas cautelares aplicables a los bienes y a las personas jurídicas; y, además, establece el efecto legal de prevalencia respecto de cualquier otra medida, de manera específica para aquellas detalladas en el artículo 550 del COIP. Por lo tanto, la prelación judicial analizada no se extiende a todos los tipos de medidas cautelares previstas, sino que la misma norma diferencia los tipos de medidas cautelares y su alcance en dos disposiciones distintas.

(...) al tenor de lo que dispone el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal, existe un deber de cumplimiento obligatorio a todo ciudadano, más aún los servidores públicos, de brindar la colaboración necesaria para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales; consecuentemente, el Banco Central del Ecuador tiene la obligación de ejecutar sus actividades en pro del cumplimiento de las disposiciones judiciales que receipte.

(...)

3.2. De las medidas correctivas en materia administrativa

Por lo expuesto, los actos de control se constituyen en actos administrativos expedidos por la autoridad competente que buscan el apego o enderezamiento de la actividad pública respecto a

⁷ LMV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero de 2006 incorporada y renombrada por el COMF Libro I publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
00051-2022
Página. 3

00091

la Constitución y las normas que rigen las competencias del sujeto controlado, por lo que gozan de los presupuestos necesarios que exigen su cumplimiento; y, las disposiciones que sean emitidas por cualquiera de los organismos de control referidos en este análisis, se constituyen en cumplimiento obligatorio para el Banco Central del Ecuador.

3.3. Análisis respecto a la posibilidad de cumplimiento simultáneo de dos disposiciones emitidas por autoridades competentes.

(...) en los casos en que existan ambas disposiciones emitidas, una por una autoridad administrativa y otra por una autoridad judicial, aquellas no se contraponen sino que al contrario se pueden complementar, ya que se precautela una situación o circunstancia que posteriormente habilita el cumplimiento de una medida correctiva, y se mantiene un determinado estado o condición en un primer escenario, que si bien sigue sujeto a la resolución jurisdiccional, aquello permite, en un segundo escenario, la ejecución de medidas correctivas de dicha conducta; es decir, sin estar directamente vinculadas las dos acciones, administrativa y judicial, al momento de su ejecución, resultan complementarias.

4. CRITERIO INSTITUCIONAL:

(...) se concluye que en los casos en los que un sujeto controlado reciba simultáneamente dos órdenes, una de carácter administrativo y otra de carácter judicial, sí puede dar cumplimiento a las medidas correctivas dispuestas por los organismos de control, garantizando que la finalidad de la medida cautelar judicial de retención se extienda a todos los registros, rectificaciones, operaciones o modificaciones que se deban realizar para aplicar las medidas correctivas y de saneamiento; es decir, con la debida diligencia, los sujetos controlados pueden dar cumplimiento a las disposiciones administrativas y a la vez mantener la finalidad de las medidas cautelares de retención, sin contrariarlas, hasta que la autoridad jurisdiccional habilite su disponibilidad.”.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas planteadas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* el control externo al BCE, la obligatoriedad del cumplimiento de las medidas correctivas previstas en la LOGGE y el COMF y su finalidad; *ii)* las medidas cautelares sobre bienes previstas en el COIP y su finalidad; y, *iii)* la prelación de la medida cautelar sobre bienes y la posibilidad de su ejecución simultánea con medidas correctivas.

2.1. Las medidas correctivas previstas en la LOGGE y el COMF que corresponde aplicar al BCE. -

2.1.1. El BCE y su control externo. -

El inciso final del artículo 330 instituye al BCE como “una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley”.



00091

Por su parte, el inciso primero del artículo 26 del Libro I del COFM establece que el BCE “*es una persona jurídica de derecho público, parte de la Función Ejecutiva, de duración indefinida, con autonomía institucional, administrativa, presupuestaria y técnica*”. Entre las funciones del BCE, el numeral 17 del acápite I del artículo 36 ibídem incluye la de “*Actuar como depósito centralizado de compensación y liquidación de valores;*”.

En cuanto al control externo, el BCE está sujeto a un doble control, el primero por la CGE, según el artículo 57 del Libro I del COMF, respecto a: “*1) El uso de los recursos públicos, en la parte correspondiente a la gestión administrativa del Banco. 2) Para la verificación del cumplimiento de las regulaciones y resoluciones emitidas por la Junta Política y Regulación Monetario y del propio Banco Central del Ecuador*”. Adicionalmente, el BCE está sujeto a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS), según el artículo 78 del COMF Libro I.

Así, el inciso primero del artículo 78 del Libro I del COMF I confiere a la SCVS el ejercicio de “*la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras*”, conforme las regulaciones legales aplicables, entre ellas, las que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en adelante JPMF).

2.1.2. Las medidas correctivas previstas en la LOCGE.-

El artículo 211 de la CRE determina a la CGE como un “*organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*”; y, el numeral 1 del artículo 212 ibídem señala entre las funciones de ese organismo de control “*1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos*”.

El artículo 77 de la LOCGE contempla entre las atribuciones y obligaciones específicas de los titulares de las instituciones del Estado: “*c) Colaborar y disponer la cooperación del personal a su cargo con los auditores gubernamentales y aplicar las medidas correctivas establecidas en las recomendaciones de auditoría*”, en concordancia con lo previsto en los artículos 45 y 92 ibídem⁸ (el resaltado me corresponde).

⁸LOCGE, “Art. 45.- Responsabilidad administrativa culposa.- (...)”

Incurrirán en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que, por acción u omisión, se encontraren comprendidos en una o más de las causales siguientes: (...) 9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control; (...)”.

“Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado”.

00091

2.1.2. Las medidas correctivas dispuestas por la SCVS. -

En cuanto a las superintendencias, el artículo 213 de la CRE las define como “organismos técnicos de vigilancia, auditoría, **intervención y control** de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas” (el resaltado me corresponde). Según la misma norma, las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano, y sus facultades y áreas de control, auditoría y vigilancia se determinarán por la ley.

En este contexto, el artículo 10 de la LMV establece entre las funciones de la SCVS la “vigilancia, auditoría, **intervención y control del mercado de valores con el propósito de que las actividades de este mercado se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general**” (el resaltado me corresponde). Entre las atribuciones del organismo de control se incluye:

“2. Inspeccionar, en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, con amplias facultades de verificación de sus operaciones, libros contables, información y cuanto documento o instrumento sea necesario examinar, sin que se le pueda oponer el sigilo bancario o bursátil, de acuerdo con las normas que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, exigiendo que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento en los casos que se dispongan”(el resaltado me corresponde).

En este contexto, mediante Resolución No. JPRF-V-2022-040⁹ de 13 de octubre de 2022, la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante JPRF) reformó el Libro II “Mercado de Valores” de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros¹⁰. El artículo primero de la mencionada resolución define a la medida correctiva y de saneamiento en los siguientes términos:

“Medida Correctiva y de Saneamiento: Es una orden emanada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en su calidad de organismo de control, en el ejercicio de sus atribuciones legales, dirigidas a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, a efectos de prevenir, impedir, suspender, corregir y/o revertir una determinada conducta, ajustándola al ordenamiento jurídico y a las buenas prácticas, y evitar que dicha conducta o situación ocurra nuevamente, en salvaguarda del interés general y la tutela del interés público.

La medida correctiva y de saneamiento no constituye un acto administrativo sancionador, y será cumplida dentro del plazo dispuesto por el organismo de control y de cumplimiento forzoso.

⁹ https://jprf.gob.ec/resoluciones_jprf/resolucion-no-jprf-v-2022-040/

¹⁰ El artículo 14.1 del COMF Libro I, prevé: “Art. 14.1.- Funciones. Para el desempeño de sus funciones, la Junta de Política y Regulación Financiera tiene que cumplir los siguientes deberes y ejercer las siguientes facultades:(...) 9. Emitir el marco regulatorio no prudencial para todas las entidades financieras, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada, el que incluirá, entre otras, normas de contabilidad, de transparencia y divulgación de información, de integridad de mercado, de protección al consumidor;”

La medida correctiva y de saneamiento, al ser una disposición de cumplimiento del ordenamiento jurídico en la esfera administrativa, no tiene naturaleza indemnizatoria; por lo tanto, **no excluye el derecho del perjudicado a presentar los reclamos o acciones civiles y/o penales que le asistan**” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* el BCE constituye una persona jurídica de derecho público sujeta al control de la CGE respecto al uso de los recursos públicos, en la parte correspondiente a su gestión administrativa y la verificación del cumplimiento de las regulaciones y resoluciones, así como a la vigilancia de la SCVS en cuanto a su actuación como depósito centralizado de compensación y liquidación de valores; *ii)* entre las obligaciones del titular del BCE se encuentran el aplicar las medidas correctivas establecidas en las recomendaciones de auditoría emitidas por al CGE y la SCVS; y, *iii)* las medidas correctivas y de saneamiento emanadas de la SCVS, en su calidad de organismo de control, tienen como propósito prevenir, impedir, suspender, corregir y/o revertir una determinada conducta, ajustándola al ordenamiento jurídico y a las buenas prácticas, y evitar que dicha conducta o situación ocurra nuevamente, en salvaguarda del interés general y la tutela del interés público sin que aquellas excluyan el derecho del perjudicado a presentar los reclamos o acciones civiles y/o penales que le asistan.

2.2. Las medidas cautelares sobre bienes previstas en el COIP y su finalidad. -

De acuerdo con los numerales 1 y 3 del artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial¹¹ (en adelante COFJ), a los jueces de garantías penales, en los procesos a su cargo, les compete: “1. *Garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales, conforme con las facultades y deberes que le otorga la ley*”; y, “3. *Dictar las medidas cautelares y de protección*”.

En este contexto, el COIP en el LIBRO PRELIMINAR “NORMAS RECTORAS”, TÍTULO V “MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN”, CAPÍTULO PRIMERO “REGLAS GENERALES”, artículo 519 determina las siguientes finalidades de las medidas cautelares y de protección previstas en ese Código:

- “1. *Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.*
2. *Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.*
3. *Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.*
4. *Garantizar la reparación integral a las víctimas*”.

Para tal efecto, el artículo 520 del COIP señala las reglas de aplicación de las medidas cautelares y de protección, por parte del juzgador, y prevé que tales medidas:

¹¹ COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 3 de marzo de 2009.

00091

“5. **Deberán cumplirse en forma inmediata** después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.
(...)

8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional” (el resaltado me corresponde).

El artículo 549 del COIP al que se refieren sus consultas, ubicado en el CAPÍTULO SEGUNDO “MEDIDAS CAUTELARES”, SECCIÓN SEGUNDA “Medidas cautelares sobre bienes”, que consta en los mismos Libro y Título ya referidos, contempla las modalidades de medidas cautelares que recaen sobre los bienes, y su numeral 3 incluye entre ellas a “La retención”. El inciso final del citado artículo dispone que: “Una vez ordenadas las medidas se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita en los registros respectivos”.

Respecto a la retención, el artículo 130 del COGEP¹² prevé que: “se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor **en poder de una o un tercero**” y agrega que: “basta que se notifique a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se retengan, para que no se los entregue sin orden judicial” (el resaltado me corresponde).

En cuanto a las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas, el artículo 550 del COIP dispone las siguientes: 1) Clausura provisional de locales o establecimientos; 2). Suspensión temporal de actividades; y 3) Intervención por el ente público de control competente. El inciso final de la mencionada norma, materia de su primera consulta, establece la prelación de la medida cautelar, en los siguientes términos: “**La medida cautelar dispuesta por el juzgador tendrá prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, aún si este último, se inició con anterioridad a la providencia judicial**” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* a los jueces de garantías penales les compete dictar las medidas cautelares y de protección, para proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal; *ii)* las medidas cautelares sobre bienes, entre ellas la retención sobre rentas, créditos o bienes en poder de un tercero, deben cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas; y, *iii)* las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas tienen prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, incluso cuando se haya instaurado con anterioridad.

¹² Mediante Resolución No. 04-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 847 de 23 de septiembre de 2016, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) resolvió, con fundamento en la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal: “ARTÍCULO ÚNICO.- En lo no previsto en el Código Orgánico Integral Penal, se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral. En materia penal esta regla será aplicable a todo proceso que se encuentra actualmente en sustanciación”.
<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2016a/16-04%20Normas%20supletorias%20COIP.pdf>



00091

2.3. La prelación de la medida cautelar sobre bienes y la posibilidad de su ejecución simultánea con medidas correctivas. -

Respecto al incumplimiento de las resoluciones judiciales, el artículo 75 de la CRE prescribe que el mismo **“será sancionado por la ley”** (el resaltado me corresponde). Por su parte, el inciso primero del artículo 78 ibídem garantiza a las víctimas de infracciones penales **“protección especial”**, para lo cual señala que se adoptarán **“mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”**.

Por su parte, los órganos de control, como se analizó oportunamente, tienen atribución legal para ordenar a sus controlados la aplicación de recomendaciones o medidas correctivas de su competencia, que son de cumplimiento obligatorio, y que tienen por finalidad proteger el interés público y el interés general, y corregir o revertir una conducta, ajustándola al ordenamiento jurídico.

En relación a la ejecutividad de las decisiones de la administración pública, la Corte Constitucional¹³ analizó lo siguiente:

“Ahora bien, cuando la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, expide un acto administrativo, este se impone obligatoriamente a sus destinatarios, que constituye en uno de los elementos importantes del acto administrativo, es decir, la ejecutividad: el carácter obligatorio del acto, el derecho de la administración de exigir su cumplimiento y el deber de cumplir el acto a partir de su notificación. De ahí que algunos doctrinarios hayan llegado a afirmar que aunque no toda la actividad administrativa se lleva a cabo mediante el ejercicio unilateral del imperium o poder público, es claro que una de las características más importantes de la administración pública es precisamente la prerrogativa de imponer decisiones de forma ejecutiva” (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, es competencia de los jueces de garantías penales adoptar las medidas cautelares y de protección previstas en el COIP¹⁴, con la finalidad de proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal, garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral, evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción y garantizar la reparación integral a las víctimas. Dichas medidas son de cumplimiento inmediato y están sujetas a la vigilancia del juez que las dispuso.

¹³ Corte Constitucional para el período de Transición, sentencia 1156-12-SEP-CC de 17 de abril de 2012, en el caso 1127-10-EP.

¹⁴ COIP, Art. 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

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”** (el resaltado me corresponde).

00091

En este contexto, el objeto de la medida cautelar real de retención, a la que se refieren sus consultas, según el artículo 519 del COIP, es que el tercero que tiene en su poder rentas, créditos o bienes no los entregue sin orden judicial, para cumplir con las finalidades de la medida, entre ellas la protección especial de la víctima, que garantiza el artículo 78 de la CRE.

La existencia simultánea de medidas correctivas, dispuestas por un organismo de control, y una medida cautelar sobre bienes, como la retención, ordenada por un órgano judicial competente, impone realizar un análisis sobre la complementariedad de sus fines o, por el contrario, su incompatibilidad y por tanto la prevalencia de la medida judicial de acuerdo con lo previsto en inciso final de artículo 550 del COIP, lo que corresponde examinar a la entidad a la que están dirigidas tales medidas.

Por lo tanto, en caso de existir disposiciones administrativas de organismos de control emitidas con el fin de corregir o revertir una conducta, ajustándola al ordenamiento jurídico, que viabilicen a su vez el cumplimiento de medidas cautelares dictadas por una autoridad jurisdiccional penal competente, corresponderá a los sujetos controlados velar por la observancia de las primeras sin contrariar en ningún caso la disposición del juez.

Del análisis jurídico efectuado se observa que: *i)* corresponde al sujeto controlado cumplir las medidas correctivas y de saneamiento emanadas de los organismos de control así como las medidas cautelares sobre bienes dispuestas por las instancias judiciales competentes, siempre que las primeras sean compatibles con las segundas; *ii)* si examinadas las medidas correctivas y las medidas cautelares sobre bienes, el sujeto controlado observa que son incompatibles entre sí, prevalecerán las cautelares dispuestas por el juez; *iii)* la medida correctiva será compatible con la medida cautelar sobre bienes cuando los fines de ambas sean claramente complementarios entre sí y por tanto permitan instrumentar la protección especial a la víctima; y, *iv)* en todos los casos, el órgano ejecutor deberá mantener la medida cautelar real en los mismos valores dispuestos por el órgano judicial, por lo que no podrá entregar los bienes o rentas retenidas sino con orden judicial.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, para la implementación de medidas correctivas dispuestas en sede administrativa por organismos de control, según los artículos 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 10 de la Ley del Mercado de Valores, el sujeto controlado deberá previamente verificar que la finalidad de las mismas sea compatible con la medida cautelar que sobre bienes haya ordenado el juez de garantías penales, considerando que, de conformidad con el inciso final del artículo 550 del Código Orgánico Integral Penal, la medida cautelar dispuesta por el juzgador tiene prelación. La retención de los bienes o rentas, según el numeral 3 del artículo 549 del Código Orgánico Integral Penal, se deberá mantener en los mismos términos (esto es, que dichos bienes o rentas no puedan ser devueltos o ser entregados sin orden de Juez competente) y en los valores dispuestos por el órgano judicial.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
00051-2022
Página. 10

00091

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 las entidades consultantes, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec