



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Septiembre 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 septiembre de 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	30-sep-22	CUERPO DE BOMBEROS DE BIBLIÁN CONTRATACIÓN PÚBLICA - CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA	3
2	28-sep-22	AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL TELECOMUNICACIONES - SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN ESTADO DE EXCEPCIÓN	8
3	28-sep-22	MINISTERIO DE SALUD DELEGACIÓN PARA INTEGRAR DIRECTORIO DE LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS PROVINCIALES	15
4	27-sep-22	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO SERVICIO PÚBLICO - ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LOSEP	22
5	23-sep-22	CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL FINANCIERO Y BANCARIO - DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTE AL COACTIVADO	29
6	23-sep-22	CELEC EP CONTRATACIÓN PÚBLICA - GARANTÍA TÉCNICA	36
7	23-sep-22	CONADIS ADMINISTRATIVAS - EJERCICIO DE COMPETENCIAS	48
8	20-sep-22	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO SERVICIO PÚBLICO - CONSEJEROS PRESIDENCIALES AD HONOREM	63
9	19-sep-22	MINISTERIO DE TURISMO SERVICIO PÚBLICO - CACULO DE LA DEVENGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN RECIBIDA POR SUPRESIÓN DE PUESTOS	74
10	16-sep-22	JUNTA PARROQUIAL SAN BARTOLOMÉ ADMINISTRATIVAS - ADQUISICIÓN INMUEBLES DE PARTICULARES POS ESTADO NO APLICA COA	79
11	16-sep-22	CELEC EP CONTRATACIÓN PÚBLICA - SUSPENSIÓN DE PAGOS	88
12	12-sep-22	ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS ADMINISTRATIVAS - ELABORACIÓN DE PRESUPUESTO PARTICIPATIVO EN PRESUPUESTOS PRORROGADOS	97
13	7-sep-22	AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL FITO Y ZOOSANITARIO ADMINISTRATIVAS - PROTECCIÓN DE SANIDAD Y EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES	107
14	5-sep-22	SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS MERCADO DE VALORES - APLICACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS Y DE SANEAMIENTO	118
15	5-sep-22	MUNICIPIO DE PEDRO MONCAYO RÉGIMEN AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO - AVALUÓ DE QUEBRADAS, TALUDES Y FRANJAS DE PROTECCIÓN PARA EXPROPIACIÓN	127

Oficio N° 20500

Quito. D.M., 30 de septiembre de 2022

Señor Teniente (B)
Manuel Sarmiento,
**JEFE DE BOMBEROS, ENCARGADO,
CUERPO DE BOMBEROS DE BIBLIÁN.**
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 064-2022-PJ-CBCB de 18 de agosto de 2022, ingresado en la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca al día siguiente, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRAZ-2022-01058 de 05 de septiembre de 2022, recibido al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Si el Cuerpo de Bomberos de Biblián, al ser una institución pública adscrita al GAD Municipal del Cantón (sic) Biblián, con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa y al haber participado en las sesiones del COE cantonal del (sic) Biblián, en las cuales se recomendó la declaratoria de emergencia, realizada por el Alcalde del GAD Municipal de Biblián mediante las Resoluciones 082-2022-ALCALDÍA de Declaratoria de situación de emergencia del 27 de abril del 2022 y la Resolución 119-2022-ALCALDE del 24 de junio de 2022 de prórroga de la declaración de situación de emergencia.- DEBE REALIZAR UN (sic) NUEVA DECLARATORIA DE EMERGENCIA, al amparo de los artículos 6,31 y 57 de la Codificación de las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, para hacer uso de las contrataciones de emergencia establecidas en el Art. 57.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional del (sic) Contratación Pública.?”

1. Antecedentes. -

1.1 Mediante oficio No. PGE-DRAZ-2022-01048 de 26 de agosto de 2022, la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado, solicitó al Cuerpo de Bomberos del Cantón Biblián (en adelante CBB) ***“Se remita copia de la ‘Ordenanza que Regula la Integración y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos Municipales del Cantón (sic) Biblián’***, referida en el informe jurídico suscrito por la Asesora Jurídica de dicha entidad, requerimiento que fue atendido a través de oficio No. 065-2022-PJ-CBCB de 29 de agosto de 2022, ingresado el mismo día.

1.2. El informe jurídico de la Asesora Jurídica del CBB, contenido en documento sin número, de 18 de agosto del 2022, citó los artículos 264 numeral 13 de la Constitución

de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 55 letra m) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante COOTAD); 2 numeral 5, letra c), 274 y 280 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público³ (en adelante COESCOP); 6 numeral 31, 30, 57 y 57.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante LOSNCP); 30 del Código Civil⁵ (en adelante CC); 361 y 361.2 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP); y, 1 de la Ordenanza que Regula la Integración y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos Municipales del Cantón Biblián; y, la Gestión de los Servicios de Prevención, Protección, Socorro y Extinción de Incendios en el Cantón Biblián⁷ (en adelante Ordenanza de Funcionamiento del CBB), con fundamento en los cuales concluyó:

“(…) al ser el Cuerpo de Bomberos Municipales del cantón Biblián una institución de derecho público con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa, no es suficiente la declaratoria de emergencia realizada por parte de la máxima autoridad administrativa del GAD Municipal del cantón Biblián *mediante las* (sic) Resoluciones (sic) 082-2022-ALCALDÍA de Declaratoria de Situación de Emergencia del 27 de abril del 2022 y la Resolución 119-2022-ALCALDE del 24 de junio de 2022 de prórroga de la declaración de situación de emergencia, tampoco basta la participación de la Jefe del Cuerpo de Bomberos - que es la representante legal de la entidad bomberil- en las reuniones del COE, en las cuales éste órgano recomendó la declaración de emergencia; sino que es necesario cumplir con el mandato de la ley y normas vigentes citadas, esto es que: **Para que el Cuerpo de Bomberos de Biblián pueda usar, la figura jurídica de las contrataciones de emergencia** contenidas (sic) en el Art. 57.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, **la máxima Autoridad del Cuerpo de Bomberos de Biblián -JEFE- deberá proceder con la respectiva declaratoria de emergencia, la cual deberá ser debidamente motivada, para justificar la contratación, justamente en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 6.31 y 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 361 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública**, a las que se ha hecho referencia en este informe.” (el resaltado me corresponde)

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia de su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) la naturaleza jurídica de los Cuerpos de Bomberos; y, ii) requisitos para que operen las contrataciones en situación de emergencia.

2. 1. La naturaleza jurídica de los Cuerpos de Bomberos. -

El numeral 13 del artículo 264 de la CRE otorga a los gobiernos autónomos descentralizados municipales (en adelante GAD) la competencia exclusiva

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

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

³ COESCOP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 21 de junio de 2017.

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

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

⁶ Codificación de Resoluciones del SERCOP, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018

⁷ Ordenanza Funcionamiento del CBB, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 494 de 11 de febrero de 2016.

para “*Gestionar los servicios de prevención, protección socorro y extinción de incendios*”. Similar disposición consta en la letra m) del artículo 55 del COOTAD.

Por su parte, el artículo 2 del COESCOP incluye en su ámbito de aplicación a los Cuerpos de Bomberos, según lo dispuesto en la letra c) de su numeral 5. Luego, su artículo 274, ubicado en su Libro IV “*ENTIDADES COMPLEMENTARIAS DE SEGURIDAD CIUDADANA*”, TÍTULO II “*ESTRUCTURA DE LAS ENTIDADES COMPLEMENTARIAS DE SEGURIDAD*”, CAPÍTULO TERCERO “*ASPECTOS ESPEFÍCOS*”, Subsección Tercera, al referirse a los “*Cuerpos de Bomberos*” establece que son “*entidades de derecho público adscritas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales o metropolitanos*”, que cuentan con “*patrimonio y fondos propios personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa*” (el resaltado me corresponde).

Respecto a la estructura orgánica de los Cuerpos de Bomberos, el numeral 1 del artículo 280 del COESCOP prevé los niveles Directivo y Técnico Operativo. Respecto al primero, el numeral 1 del citado artículo incluye el “*Rol de Conducción y Mando a cargo de los Jefe de Bomberos y Subjefe de Bomberos; y el Rol de Coordinación a cargo del Inspector de Brigada.*” (el resaltado me corresponde)

De otro lado, el inciso primero del artículo 6 de la Ley de Defensa Contra Incendios⁸ (en adelante LDCI) contempla que: “*El Primer Jefe de cada cuerpo de bomberos será el representante legal y el ejecutivo de la Institución, la misma que contará, además, con el personal administrativo necesario.*” (el resaltado me corresponde)

En armonía con lo mencionado, el artículo 1 de la Ordenanza de Funcionamiento del CBB reitera que se trata de una institución de derecho público, adscrita al GAD del Cantón Biblián, que “*contará con patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa*”; y, regulará sus procedimientos en base a lo establecido en la CRE, el COOTAD, la LDCI y sus reglamentos. (el resaltado me corresponde)

Finalmente, el inciso primero del artículo 35 de la Ordenanza de Funcionamiento del CBB, en concordancia con el citado artículo 6 de la LDCI, dispone que el Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos Municipales del cantón Biblián tiene la calidad de Ejecutivo de la institución, y es su primera autoridad administrativa y como tal representante legal, judicial y extrajudicial de la misma.

De las normas citadas se desprende que: i) los cuerpos de bomberos son entidades de derecho público, adscritas a los GAD municipales, que cuentan con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa; y, ii) a los Jefes de Bomberos corresponde la calidad de representantes legales, judiciales y extrajudiciales de esas entidades.

⁸ LDCI, publicada en el Registro Oficial No. 815 de 19 de marzo de 1979.

2. 2. Requisitos para que operen las contrataciones en situación de emergencia. -

El artículo 288 de la CRE señala como principios de las compras públicas la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, en concordancia con el artículo 4 de la LOSNCP que contempla que, para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven **“se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”** (el resaltado me corresponde)

De acuerdo con el numeral 16 del artículo 6 de la LOSNCP “Máxima Autoridad” es “Quien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad u organismo contratante” y según el numeral 31 del mismo artículo las “Situaciones de emergencia” son aquellas generadas por acontecimientos graves, tales como **“accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional”**, especificando que tal situación deben ser **“concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”** (el resaltado me corresponde)

En cuanto al procedimiento previsto para las contrataciones en situaciones de emergencia, el inciso primero del artículo 57 de la LOSNCP establece que, antes de iniciar cualquier contratación, **“la máxima autoridad de la entidad contratante deberá emitir una resolución motivada que declare la emergencia para justificar las contrataciones”**, la misma que se publicará de forma inmediata en el portal de COMPRAS PÚBLICAS. Agrega el referido artículo que **“La facultad de emitir esta resolución no podrá ser delegable.”** (el resaltado me corresponde)

El inciso segundo del artículo 57 de la LOSNCP reitera que la resolución debe ser emitida por la máxima autoridad de la respectiva entidad, a quién le corresponde calificar la situación de emergencia como **“concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”** y declarar la imposibilidad de efectuarla mediante procedimientos de contratación común para prevenir el daño inminente.

En armonía con lo señalado, el inciso primero del artículo 57.1 de la LOSNCP, materia de su consulta, insiste en que: **“La entidad contratará bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia.”** El inciso quinto del mismo artículo agrega que: **“Toda contratación de emergencia deberá contar con la disponibilidad de recursos financieros.”** (el resaltado me corresponde)

En este mismo sentido, el primer inciso del artículo 236 del Reglamento General a la LOSNCP⁹ (en adelante RGLOSNCP), en concordancia con el primer inciso del artículo 361 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, dispone que: **“La máxima autoridad de la entidad contratante podrá declarar la emergencia”** únicamente para atender las situaciones definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP,

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

observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la referida Ley y la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 361 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP prevé que: *“En la declaración de emergencia se calificará la situación de emergencia que requiere ser solventada, **a través del correspondiente acto administrativo debidamente motivado y justificado.**”* (el resaltado me corresponde)

De lo manifestado se observa que: i) para la aplicación de la LOSNCP y de los contratos que de ella deriven se debe observar el principio de legalidad, entre otros; ii) la LOSNCP define a las situaciones de emergencia como aquellas generadas por acontecimientos graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional; iii) para las contrataciones en situaciones de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante, debe emitir una resolución motivada y justificada que declare la emergencia; iv) quien ejerce la representación legal de la entidad u organismo contratante es su máxima autoridad; y, v) toda contratación de emergencia debe contar con la disponibilidad de recursos financieros.

3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 6, numerales 16 y 31, 57 y 57.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 236 de su Reglamento General y 361 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, corresponde al Jefe del Cuerpo de Bomberos, en calidad de máxima autoridad de esa entidad contratante, emitir la resolución motivada que declare la emergencia que justifique las contrataciones necesarias para superarla.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR CRESPO

Firmado digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.30 17:13:25
-05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. María José Ramírez Cardoso,
Directora Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio N° 20478

Quito, D.M., 28 SEP 2022

Señor magíster

Juan Carlos Soria Cabrera,

DIRECTOR EJECUTIVO, ENCARGADO,

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL).**

Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero al oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2022-0453-OF de 24 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿La facultad (sic) otorgada en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al Ministerio de Defensa Nacional implica que este tenga la competencia para suspender o limitar los servicios de telecomunicaciones en el área afectada (que defina el estado de excepción)?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 19963 de 29 de agosto de 2022, este organismo solicitó al Ministerio de Defensa Nacional (en adelante MIDENA), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, lo que fue atendido por el Ministro con oficio No. MDN-MDN-2022-1345-OF de 5 de septiembre de 2022, recibido en la Procuraduría General del Estado el mismo día.

1.2. A través de correo electrónico remitido a la cuenta única de la Procuraduría General del Estado el 15 de septiembre de 2022, ingresado al día siguiente, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante ARCOTEL) insistió en la atención de la consulta, a fin de *“concluir el proceso de emisión del Protocolo para el control inmediato de los servicios de telecomunicaciones por parte del ente rector de la Defensa Nacional durante una Declaratoria de Estado de Excepción.”*

1.3. El informe jurídico No. ARCOTEL-CJUR-2022-001 de 24 de agosto de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico, subrogante, de la ARCOTEL, citó en lo principal los artículos 164 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); y, 8, 22 numeral 18, 24 numeral 17 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones² (en adelante LOT), con fundamento en los cuales concluyó:

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

² LOT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015.

“(…) es criterio de la Coordinación General Jurídica que durante el periodo de ejecución del artículo 8 y siempre que en el Decreto Ejecutivo, en el que se declara el estado de excepción y se determine que es necesario la utilización de los servicios de telecomunicaciones, el Ministerio de Defensa Nacional puede disponer como autoridad la emisión de alertas de emergencia, el uso de los servicios de telecomunicaciones o la limitación, el bloqueo, entorpecer o restringir la prestación de los mismos, conforme lo dispone el numeral 18 del artículo 22 y numeral 17 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.” (el resaltado me corresponde)

1.4. Por su parte, el criterio jurídico del MIDENA, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 165 de la CRE; 29 y 35 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado³ (en adelante LSPE); 18 del Código Civil⁴ (en adelante CC); y, 115 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁵ (en adelante RLOT), con base en los cuales analizó y concluyó:

“Conforme a la base legal señalada, se debe considerar que la facultad de determinar la ‘(...) necesidad de utilización de los servicios de telecomunicaciones (...)’, no le corresponde al señor ministro de Defensa Nacional, sino, **es una competencia exclusiva e indelegable del señor Presidente de la República, a través de la emisión del Decreto Ejecutivo de declaratoria del Estado de Excepción**, conforme lo prevé el artículo 165 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado; y el artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por otra parte, el Código Civil en el artículo 18 contiene varias reglas normativas, a través de las cuales los jueces deben interpretar la Ley; y, en su regla primera señala lo siguiente: ‘(...) Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu (...)’; en este sentido, vuestra autoridad se servirá examinar el contenido literal del artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a través del cual se faculta al señor Presidente de la República la determinación de la necesidad de la utilización de los servicios de telecomunicaciones, mediante la emisión del Decreto Ejecutivo de declaratoria de Estado de Excepción; y, solamente en este caso, corresponde a la autoridad de la Defensa Nacional, ejercer el control directo e inmediato de los servicios de telecomunicaciones; cuyo alcance (control) debe regular la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Es preciso señalar que el segundo inciso del citado artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece: ‘**El Gobierno Central a través de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, regulará el alcance, derechos, obligaciones, pago del valor justo del servicio utilizado, así como el procedimiento a implementarse a través del correspondiente protocolo**’, en el mismo sentido el artículo 115 del Reglamento a la Ley la Agencia de Regulación y Control ARCOTEL (sic) establece: ‘(...) Con el informe de dicha Comisión, **el o la Director Ejecutivo de la ARCOTEL será quien de forma directa y motivada determine el justo precio a pagar por los servicios utilizados**’; por lo expuesto, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones posee la facultad de regular el alcance,

³ LSPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

⁴ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵ RLOT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016.

20478

ARCOTEL
0013206-2022
Página. 3

derechos, obligaciones y el pago del valor justo del servicio utilizado y la determinación del procedimiento a implementarse por medio del protocolo en el cual sería participe el Ministerio de Defensa Nacional” (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

1.5. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del MIDENA coinciden en que, en el contexto de un estado de excepción, corresponde al Presidente de la República, a través de la emisión del respectivo Decreto Ejecutivo, determinar la necesidad de usar los servicios de telecomunicaciones, en cuyo caso al MIDENA corresponde el control directo e inmediato de dichos servicios, a fin de disponer la emisión de alertas de emergencia, el uso de los servicios de telecomunicaciones o limitar, bloquear, entorpecer o restringir su prestación.

Agrega el MIDENA que la ARCOTEL tiene competencia para regular el alcance, derechos, obligaciones y el pago del valor justo del servicio utilizado, así como para determinar el procedimiento a implementarse por medio del protocolo elaborado en coordinación con dicha cartera de Estado.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que se trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) el régimen de las telecomunicaciones y las competencias del Gobierno Central; y, ii) el Estado de Excepción y la autoridad competente para suspender o limitar los servicios de telecomunicaciones.

2.1. El régimen de las telecomunicaciones y las competencias del Gobierno Central. -

En el contexto del principio de legalidad que rige en derecho público y que consta previsto por el artículo 226 de la CRE se observa que, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 261 ibídem el Estado Central tiene competencia exclusiva sobre: “*El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.*” (el resaltado me corresponde)

De conformidad con el artículo 313 de la CRE: “*El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia*”. Entre los sectores estratégicos, el inciso final del citado artículo incluye a “*las telecomunicaciones*”. (el resaltado me corresponde)

Por su parte, el artículo 1 de la LOT establece que dicha ley tiene por objeto desarrollar el régimen general de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado, que comprende “*las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el territorio nacional, bajo los principios y derechos constitucionalmente establecidos*”. (el resaltado me corresponde)

20478

ARCOTEL
0013206-2022
Página. 4

Respecto al ámbito de aplicación de la LOT, el inciso primero de su artículo 2 señala que la misma se aplicará a ***“todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones”*** y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades, ***“a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios.”*** (el resaltado me corresponde)

Entre los objetivos de la LOT, los numerales 7, 14 y 17 de su artículo 3 incluyen los siguientes:

“7. Establecer el marco legal para la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones como responsabilidad del Estado Central, con sujeción a los principios constitucionalmente establecidos y a los señalados en la presente Ley y normativa aplicable (...)

14. Garantizar que los derechos de las personas, especialmente de aquellas que constituyen grupos de atención prioritaria, sean respetados y satisfechos (...)

17. Establecer los mecanismos de coordinación con organismos y entidades del Estado para atender temas relacionados con el ámbito de las telecomunicaciones en cuanto a seguridad del Estado, emergencias y entrega de información para investigaciones judiciales, dentro del debido proceso.” (el resaltado me corresponde)

El inciso primero del artículo 7 de la LOT reitera que el Estado, a través del Gobierno Central, tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones, y dispone ***“del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales”***, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado. Adicionalmente, el inciso segundo del citado artículo precisa que: ***“La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley.”*** (el resaltado me corresponde)

En este sentido, el artículo 8 de la LOT, materia de su consulta, prevé la posibilidad de que el ente de defensa nacional realice el control de los servicios de telecomunicaciones, cuando así lo establezca el Decreto Ejecutivo que declara el Estado de Excepción, y asigna a la ARCOTEL atribución para regular el protocolo aplicable, según se desprende del tenor de esa norma legal, que dispone:

“En caso de agresión; conflicto armado internacional o interno; grave conmoción interna, calamidad pública; o desastre natural o emergencia nacional, regional o local, cuando el Decreto Ejecutivo de Estado de Excepción que emita el Presidente o Presidenta de la República, involucre la necesidad de utilización de los servicios de telecomunicaciones, los prestadores que operen redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de permitir el control directo e inmediato por parte del ente rector de la defensa nacional, de los servicios de telecomunicaciones en el área afectada. Dicho control cesará cuando se

20478

ARCOTEL
0013206-2022
Página. 5

levante la declaratoria de Estado de Excepción conforme lo previsto en el artículo 166 de la Constitución de la República del Ecuador y el Decreto de Estado de Excepción.

El Gobierno Central a través de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, regulará el alcance, derechos, obligaciones, pago del valor justo del servicio utilizado así como el procedimiento a implementarse a través del correspondiente protocolo.

Dentro de las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión y sistemas de audio y vídeo por suscripción se incluye la difusión de alertas dispuestas por la autoridad competente, que sus servicios lo permitan, para casos de seguridad nacional o desastres naturales así como las demás acciones y obligaciones que se establezcan dentro de dicho ámbito.” (el resaltado me corresponde)

De lo expuesto se desprende que: i) el Estado Central tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de telecomunicaciones y se reserva el derecho de regular y controlar dicho sector estratégico en todo el territorio nacional, observado los principios y derechos constitucionales; ii) entre los objetivos de la LOT consta el establecer los mecanismos de coordinación con organismos y entidades del Estado para atender temas relacionados con el ámbito de las telecomunicaciones en cuanto a seguridad del Estado; iii) cuando el Decreto Ejecutivo que declare un Estado de Excepción involucre la necesidad de utilizar los servicios de telecomunicaciones, los prestadores tienen la obligación de permitir el control directo e inmediato de dichos servicios, en el área afectada y durante la vigencia del Estado de Excepción, por parte del MIDENA, en calidad de ente rector de la defensa nacional; y, iv) corresponde al Gobierno Central, a través de la ARCOTEL, regular el procedimiento a implementarse mediante el respectivo protocolo.

2.2. El Estado de Excepción y la autoridad competente para suspender o limitar los servicios de telecomunicaciones. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 164 de la CRE, el Presidente de la República tiene la facultad de decretar el Estado de Excepción en todo el territorio nacional o en parte de él **“en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.”** (el resaltado me corresponde)

El inciso segundo del referido artículo establece además que el Estado de Excepción deberá observar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, y contendrá la determinación de la causal y su motivación, así como el **“ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, derechos que podrán suspenderse o limitarse”** y las notificaciones que correspondan de acuerdo con la CRE y los tratados internacionales. (el resaltado me corresponde)

El inciso primero del artículo 166 de la CRE determina la obligación del Presidente de la República de notificar la declaración del Estado de Excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda, dentro de las cuarenta

20478

ARCOTEL
0013206-2022
Página. 6

y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. En este contexto, el numeral 8 del artículo 436 ibídem, en concordancia con el segundo inciso del artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante LOGJCC), dispone que compete a la Corte Constitucional ***"Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales"***, sin que el trámite del control afecte la vigencia de dichos actos normativos. (el resaltado me corresponde)

Sobre el tema, el artículo 165 de la CRE contempla los derechos que se pueden suspender o limitar durante un Estado de Excepción e incluye expresamente entre ellos la ***"libertad de información, en los términos que señala la Constitución"***. En este orden de ideas, declarado el Estado de Excepción, el Presidente de la República está facultado para ***"4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado."*** (el resaltado me corresponde)

En concordancia con lo señalado, el inciso primero del artículo 29 de la LSPE reitera la facultad indelegable del Presidente de la República para declarar el Estado de Excepción cumpliendo con los principios y formalidades establecidos en la CRE. En este contexto, el inciso tercero del mismo artículo prevé que el Decreto Ejecutivo expresará la causa, motivación, ámbito territorial, duración y medidas, y deberá contener en forma clara y precisa ***"las funciones y actividades que realizarán las instituciones públicas y privadas involucradas."*** (el resaltado me corresponde)

Sobre los órganos ejecutores del Sistema de Seguridad Pública y del Estado, la letra a) del artículo 11 de la LSPE señala que la defensa de la soberanía del Estado y la integridad territorial tendrá como entes rectores al MIDENA y al Ministerio de Relaciones Exteriores (actual Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana), en los ámbitos de su responsabilidad y competencia.

Por su parte, el numeral 18 del artículo 22 de la LOT se refiere a los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y a la prohibición aplicable a los prestadores de dichos servicios de limitar aquellos derechos, previendo entre las excepciones los casos en los cuales exista disposición de autoridad competente.

En igual sentido, el numeral 17 del artículo 24 de la LOT, al referirse a las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, establece que éstos no podrán limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo ***"aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera***

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

20478

ARCOTEL
0013206-2022
Página. 7

previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, o por disposición de autoridad competente." (el resaltado me corresponde)

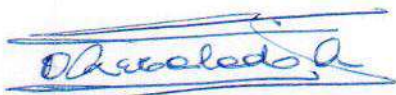
Del análisis efectuado se observa que: i) el Presidente de la República tiene facultad para decretar Estados de Excepción en todo el territorio nacional o en parte de él, por las causas expresamente previstas por la CRE; ii) el Decreto que declara el Estado de Excepción debe contener las medidas a aplicar y los derechos que podrán suspenderse o limitarse, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones y la libertad de información; corresponde a la Corte Constitucional efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción; iii) el Decreto Ejecutivo que declara el Estado de Excepción debe expresar las funciones y actividades que realizarán las instituciones públicas involucradas; iv) los derechos de los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones no pueden ser limitados, salvo expresa autorización de aquellos o por disposición de autoridad competente; y, iv) los prestadores de servicios de telecomunicaciones no pueden limitar el derecho de sus usuarios o abonados salvo su autorización expresa o disposición de autoridad competente.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones refiere a la atribución privativa que tiene el Presidente de la República de expedir un Decreto Ejecutivo que declare un Estado de Excepción y disponga la necesidad de utilizar, suspender o limitar los servicios de telecomunicaciones. Sobre esta base, el mismo artículo confiere al ente rector de la defensa nacional, a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, competencia para efectuar el control directo e inmediato de dichos servicios, en el área afectada y durante la vigencia del Estado de Excepción, en aplicación del protocolo que al efecto expida la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, lo que impone a dichos organismos el deber de coordinar sus acciones.

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

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. GRAD (SP) Luis Lara Jaramillo,
MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL (MIDENA)



Oficio N° 20464

Quito, D.M., 28 SEP 2022

Señor doctor
José Leonardo Ruales Estupiñán,
MINISTRO,
MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MSP-MSP-2022-2575-O de 19 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 4 de agosto del presente año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“¿Es procedente delegar a un sujeto de derecho privado la atribución que el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación le otorga al Director Provincial de Salud o su delegado de formar parte del Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, conforme lo previsto en el artículo 69 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo?”

¿Considerando que la actual estructura del Ministerio de Salud Pública no contempla la figura de director provincial de salud, qué funcionario es el competente para ejercer la atribución de formar parte del Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, contemplado en el literal d del artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación?”. (el resaltado me pertenece)

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficio No. 19744 de 8 de agosto de 2022, este organismo solicitó al Ministerio del Deporte (en adelante MD) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, lo que fue atendido por el Ministro del Deporte con oficio No. MD-DM-2022-0834-OF de 23 de agosto de 2022, ingresado el mismo día, al cual se adjuntó el criterio jurídico No. MD-DAJ-CJ-AN-2022-001 de 18 de agosto de 2022.

1.2. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP), contenido en memorando No. MSP-CGAJ-2022-0357-M de 3 de julio de 2022, citó los artículos 3 numeral 1, 32, 226, 275, 279 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 47, 65, 68, 69 numerales 1 y 5, y 99 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante COA); 100 del

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

²COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones³ (en adelante COPCI); 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación⁴ (en adelante LDEFR); 217 literal c) de la Ley Orgánica de Salud⁵ (en adelante LOS); 6 y la Disposición General Tercera del Decreto Ejecutivo No. 878⁶ de 18 de enero de 2008, que estableció el Sistema Nacional de Planificación (SNP) como una instancia pública, liderada y coordinada por la entonces Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo-SENPLADES; Decreto Ejecutivo No. 1290⁷ de 30 de agosto de 2012 por el que se creó la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA); y, Decreto Ejecutivo No. 703⁸ de 25 de junio de 2015, mediante el cual el Presidente de la República dispuso la reorganización del Ministerio de Salud Pública, con fundamento en lo cual manifestó y concluyó:

“Consecuente a lo expuesto, resulta improcedente delegar a un sujeto de derecho privado, una atribución que la ley otorga a una autoridad de salud, conforme lo contemplado en el literal c) del artículo 217 de la Ley Orgánica de Salud, cuya actuación y participación en la toma de decisiones que le corresponde al órgano colegiado antes citado, reflejaría la posición que dicho sector mantiene al respecto, considerando que el deporte, la educación física y la recreación son actividades que contribuyen a la salud de la población, derecho éste cuya garantía le corresponde al Estado acorde lo previsto en los artículos 3 numeral 1 y 32 de la Constitución de la República. (...)

CRITERIO JURIDICO:

Con mérito en la base jurídica invocada y el análisis realizado a criterio de la Coordinación General de Asesoría Jurídica, no es procedente delegar a un sujeto de derecho privado la atribución que el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, otorga al Director Provincial de Salud de formar parte del Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, correspondiéndole a la máxima autoridad de esta Cartera de Estado designar de entre sus funcionarios quien deberá cumplir con esta responsabilidad”.

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del MD, a más de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 381 de la CRE; 20, 66, 74 y 77 del COA; 13 y 35 de la LDEFR; 2 y 7 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de la Ley del Deporte Educación Física y Recreación⁹ (en adelante RGLDEFR); 1 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 3 de 24 de mayo de 2021, que creó la Secretaría Nacional de Planificación y 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁰ (en adelante ERJAFE), en base a lo cual concluyó lo siguiente:

³COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

⁴LDEFR, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 255 de 11 de agosto de 2010.

⁵LOS, publicada en el Registro Oficial No 423 de 22 de diciembre de 2006.

⁶Decreto Ejecutivo 878, publicado en el Registro Oficial No. 268 de 8 de febrero de 2008.

⁷Decreto Ejecutivo 1290, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 788 de 13 de septiembre de 2012.

⁸Decreto Ejecutivo No. 703 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 534 de 1 de julio de 2015.

⁹RGLDEFR, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 268 de 17 de agosto de 2020.

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

20464

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA
013099-2022
Página. 3

“El artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, determina la conformación de los miembros del directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, entre los cuales se encuentran los delegados del Ministerio Sectorial, es decir, del Ministerio del Deporte, así como del Director Provincial de Salud o su delegado, esto es, del Ministerio de Salud Pública; por consiguiente, es necesario que existan dos representantes del Estado en los ámbitos de salud y deporte, conforme al Régimen en el que se encuentran inmersas estas Organizaciones Deportivas, en aplicación a lo previsto en el artículo 35 del Cuerpo Legal que contempla ‘un régimen especial denominado Régimen de Democratización y Participación’. (...)

IV. CONCLUSIONES:

Conforme la normativa legal expuesta y el análisis realizado a las consultas elaboradas esta Cartera de Estado concluye en relación a las dos consultas, que no es procedente delegar a un sujeto privado la atribución que el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación le otorga al Director Provincial de Salud o su delegado de formar parte del Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales; toda vez que la administración pública debe ajustar su proceder a las competencias legalmente otorgadas; cuyo cumplimiento es requisito fundamental para la validez de los actos administrativos emanados.

Los sujetos pasivos señalados en el artículo 69 numeral 5, hace referencia a empresas privadas que obtienen la concesión para satisfacer el interés público cuando las instituciones del estado no cuentan con la capacidad técnica o económica para brindar un servicio y que el mismo no pueda ser cubierto por una empresa pública o mixta, es decir que esto no guarda relación a la delegación a que hace alusión el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, para el Director Provincial de Salud, o quien haga sus veces dentro de la estructura organizacional actual del Ministerio de Salud Pública, o a quien la máxima autoridad delegue”.

1.3. Los criterios jurídicos del MSP y MD coinciden en que es improcedente delegar a un sujeto de derecho privado la competencia que el artículo 36 de la LDEFR establece para que los directores provinciales de salud integren los directorios de las federaciones deportivas.

Al respecto, el MSP señala que, en virtud de que actualmente su estructura institucional no contempla al director provincial de salud, corresponde a la máxima autoridad de esa cartera de Estado designar de entre sus funcionarios al servidor que deberá cumplir con la delegación prevista por el artículo 36 de la LDEFR.

Por su parte, el MD enfatiza que, de acuerdo con el régimen de democratización y participación aplicable a las organizaciones deportivas, según lo previsto en el artículo 35 de la LDEFR, es necesario que en sus directorios existan dos representantes del Estado provenientes de los ámbitos de salud y deporte.

2. Análisis. -

Para atender su consulta es necesario considerar que de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes, considerando para el efecto, que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, el artículo 15 de la LDEFR define a las organizaciones deportivas sujetas a esa ley como *“entidades de derecho privado sin fines de lucro con finalidad social y pública”*, que tienen como propósito *“la plena consecución de los objetivos que ésta contempla en los ámbitos de la planificación, regulación, ejecución y control de las actividades correspondientes, de acuerdo con las políticas, planes y directrices que establezca el Ministerio Sectorial”*. Similar disposición consta en el artículo 7 del RGLDEFR.

Según el artículo 33 de la LDEFR, las Federaciones Deportivas Provinciales (en adelante FDP) tienen sus sedes en las capitales de provincia y *“son las organizaciones que planifican, fomentan, controlan y coordinan las actividades de las asociaciones deportivas provinciales y ligas deportivas cantonales, quienes conforman su Asamblea General”*, cuyos deberes se hallan establecidos en el artículo 34 ibídem.

Concordante, el artículo 35 de la LDEFR define a las FDP como las *“organizaciones deportivas sin fines de lucro que se rigen por un régimen especial denominado Régimen de Democratización y Participación para cumplir con el fin social que les compete así como para recibir recursos económicos del Estado”*.

En ese sentido, las letras b) y d) del artículo 36 de la LDEFR, al que se refiere su consulta, respecto a la conformación del Directorio de las FDP, incluyen en ella a *“b) Dos delegados del Ministerio Sectorial; especializados en materia financiera y técnica”*, y *“d) El Director Provincial de Salud o su delegado”*, precisando su inciso final que dichos representantes contarán con voz y voto para la toma de decisiones y resoluciones de Directorio.

De su parte, el artículo 4 de la LOS prevé que la autoridad sanitaria nacional es el MSP, entidad a la que corresponde *“el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley”*; y agrega que *“las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias”* (el resaltado me corresponde).

Concordante, los numerales 1 y 2 del artículo 6 ibídem establecen que es responsabilidad del MSP *“Definir y promulgar la política nacional de salud con base en los principios y enfoques establecidos en el artículo 1 de esta Ley, así como aplicar, controlar y vigilar su cumplimiento”*; y *“Ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Salud”*.

De acuerdo con el artículo 219 de la LOS, el Ministro de Salud Pública tiene competencia en todo el territorio nacional, mientras que en el ámbito provincial la competencia corresponde a los directores provinciales de salud. De acuerdo con el artículo 6 ibídem, corresponde a esa cartera de Estado ejercer la rectoría en materia de salud.

En este contexto, es preciso considerar que mediante Acuerdo Ministerial No. 00144-2021¹¹, el Ministro de Salud Pública expidió la ***“REFORMA AL ESTATUTO ORGÁNICO SUSTITUTIVO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, emitido mediante Acuerdo Ministerial Nro. 4520, publicado en el registro oficial Edición Especial Nro. 118 de 31 de marzo de 2014”***, mediante el cual se eliminó de la estructura organizacional de esa cartera de Estado a las Direcciones Provinciales de Salud.

Al respecto, cabe considerar que, de acuerdo con el primer inciso del artículo 17 del ERJAFE, los ministros de Estado *“son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo los casos expresamente señalados en leyes especiales”*.

Por otro lado, el artículo 65 del COA conceptualiza a la competencia de los órganos administrativos como *“(…) la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”*.

En ese orden de ideas, el artículo 68 del COA dispone que la competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos o entidades señalados en el ordenamiento jurídico, ***“salvo los casos de delegación, avocación, suplencia, subrogación, descentralización y desconcentración cuando se efectúen en los términos previstos en la ley”*** (el resaltado me corresponde).

El artículo 69 del COA, que cita su consulta, faculta la delegación del ejercicio de competencia, en los siguientes términos:

“Los órganos administrativos pueden delegar el ejercicio de sus competencias, incluida la de gestión, en:

1. Otros órganos o entidades de la misma administración pública, jerárquicamente dependientes.
2. Otros órganos o entidades de otras administraciones.
3. Esta delegación exige coordinación previa de los órganos o entidades afectados, su instrumentación y el cumplimiento de las demás exigencias del ordenamiento jurídico en caso de que existan.
4. Los titulares de otros órganos dependientes para la firma de sus actos administrativos.

¹¹ Acuerdo Ministerial No. 00144-2021, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 400 de 1 de marzo de 2021.

5. Sujetos de derecho privado, conforme con la ley de la materia”.

Agrega el inciso final de la citada norma que **“La delegación de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia”** (el resaltado me corresponde).

La delegación de la gestión de servicios públicos o sectores estratégicos a sujetos de derecho privado, a la que se refieren de manera general los artículos 69, numeral 5 y 74 del COA¹², procede por excepción, se rige por leyes especiales, y por tanto es una materia distinta a la que motiva su consulta.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que: i) las organizaciones deportivas, entre ellas las FDP, son entidades de derecho privado sin fines de lucro, por consiguiente, no integran el sector público; ii) de acuerdo con el régimen de democratización y participación aplicable a las organizaciones deportivas, el Directorio de las FDP se integra por dos representantes del Estado, provenientes de los ámbitos de salud y deporte, entre ellos el Director Provincial de Salud o su delegado, quien tendrá voz y voto en la toma de decisiones y resoluciones; iii) la nueva estructura del MSP no contempla a las Direcciones Provinciales de Salud como parte de su organización institucional; iv) el Ministro de Salud Pública es competente para el despacho de todos los asuntos inherentes a ese ministerio; v) la competencia es irrenunciable, se ejerce por los órganos o entidades señalados en el ordenamiento jurídico, salvo los casos de delegación de su ejercicio; y, vi) los órganos administrativos pueden delegar el ejercicio de sus competencias, en la forma prevista por el COA.

3. Pronunciamiento. -

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, que establece el régimen de democratización y participación que rige a las organizaciones deportivas, el Directorio de las Federaciones Deportivas se integra por dos representantes del Estado, provenientes de los organismos rectores de salud y deporte. En tal virtud, respecto de su primera consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que la representación que institucionalmente corresponde al Director Provincial de Salud, según la letra d) del artículo 36 de la misma ley, se ejerza por un sujeto de derecho privado.

En consecuencia, respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 47 del Código Orgánico Administrativo y 17 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, corresponde a la máxima autoridad del Ministerio de Salud Pública designar de entre los funcionarios de esa entidad

¹² COA “Art. 74.- Excepcionalidad. Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector.

La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas”.

20464

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA
013099-2022
Página. 7

pública al delegado institucional que integre el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales.

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

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Mgs. Juan Sebastián Palacios Muñoz
Ministro del Deporte



Oficio N° 20421

Quito, D.M., 27 SEP 2022

Señor ingeniero

Carlos Alberto Riofrío González,

CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE.

Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 317 DNJ-2022 de 27 de julio de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 29 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“La Contraloría General del Estado de conformidad con los artículos 204 de la Constitución de la República del Ecuador; 29, 31 numeral 23, 35 y Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, 51 y 52 de su Reglamento, es un organismo autónomo que tiene personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; por lo que, ¿Le es legalmente aplicable a la Contraloría General del Estado el ámbito establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 19657 y 19870 de 2 y 18 de agosto de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Ministerio del Trabajo (en adelante MDT) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, lo que fue atendido por la Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo con oficio No. MDT-SISPTE-2022-0671-O de 9 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 12 de los mismos mes y año.

1.2. El informe jurídico del Director Nacional Jurídico de la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), contenido en memorando No. 473-DNJ-AGAJ-2022 de 26 de julio de 2022, citó los artículos 204, 211 y 212 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 6 numerales 1 y 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²; 29, 30, 31 numeral 23, 35, 95 y la Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante LOCGE), 51 y 52 de su Reglamento⁴ (en adelante RLOCGE); 3 numeral 1, 50 y 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁵ (en

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2010.

² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 15 de diciembre de 2005

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

⁴ RLOCGE, publicado en el Registro Oficial No. 119 de 7 de julio de 2003.

⁵ LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

adelante LOSEP); y, el principio número 8 del XIX Congreso de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“La Contraloría General del Estado es parte de otra Función del Estado como es la Función de Transparencia y Control Social, tiene **‘personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa’** tiene su Ley específica, debe realizar su propio manejo administrativo de conformidad a sus necesidades institucionales y su presupuesto; **es importante señalar que la autonomía no exime a la entidad pública autónoma de la sujeción a las normas constitucionales y jurídicas y a los controles de legalidad ejercido por organismos especializados de control del Estado**, pero la sujeción a ciertas normas jurídicas puede limitar en ciertos aspectos, como es el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, a la autonomía garantizada en la Constitución **y que estaría en franca oposición con la norma suprema.** (el resaltado me corresponde).

(...) la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (...) artículos 30, numeral 23 del artículo 31 (...) establece los parámetros relacionados con el presupuesto, la emisión y actualización de reglamentos, la administración de personal de su competencia, las escalas y su régimen propio de remuneraciones; norma legal específica que rige a la Entidad de Control; además, el numeral 3 del artículo 212 de la Constitución de la República del Ecuador, le faculta expedir la normativa para el cumplimiento de sus fines, por lo que, cualquier otra normativa distinta, que interfiera en dicho fin, no es aplicable. Es por eso que, el término autonomía, se le conceptúa como la facultad que tienen ciertas entidades que se rigen bajo sus propias normas, sea una comunidad o un órgano del Estado, con los cuales se regule entre otros aspectos al talento humano que requiere para cumplir con su actividad, poder administrar de una manera adecuada y eficiente los fondos que por ley le corresponden y que han sido asignados del Presupuesto General del Estado; así como también su aspecto de organización.

Por lo expuesto, en virtud de los artículos 204 de la Constitución de la República del Ecuador, 29, 30 numeral 23; y, 31 y Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, 51 y 52 de su Reglamento, se colige que el Organismo Técnico de Control, es un organismo autónomo que tiene personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”.

1.3. De su parte, el criterio jurídico del MDT, en base al análisis de las disposiciones invocadas por el organismo consultante, manifestó y concluyó lo siguiente:

“Conforme lo indicado, corresponde precisar que efectivamente, la Contraloría General del Estado, goza de autonomía inclusive por mandato Constitucional, sin embargo, dicha autonomía se restringe a los aspectos administrativos, financieros, presupuestarios y organizativos. Por lo que, si bien la Contraloría General del Estado, al igual que los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ostentan su propia autonomía, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LOSEP; la cual, al ser norma especial en materia de recursos humanos, debe ser aplicada de manera obligatoria en las cuestiones inherentes a recursos humanos, en los que dicho sea de paso, el Ministerio del Trabajo ejerce rectoría.

ORA

4. PRONUNCIAMIENTO

(...) si bien la Contraloría General del Estado, se encuentra reconocida en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, por su naturaleza jurídica, emanada de la Constitución de la República, goza de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, lo que permite a la institución, que pueda normar a la interna las cuestiones inherentes a su autonomía.

Sin embargo, al estar inmersa en ámbito de aplicación de la LOSEP de manera expresa, en materia de recursos humanos, la Contraloría General del Estado deberá aplicar las disposiciones normadas por la mencionada Ley Orgánica”.

1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la consultante y el criterio jurídico del MDT se refieren a la autonomía de la que goza la CGE, pero difieren en su alcance. Así, la CGE considera que su autonomía le permite regular aspectos relativos al talento humano, en tanto que el MDT manifiesta que en materia de recursos humanos la CGE se encuentra expresamente incluida en el ámbito de aplicación de la LOSEP, razón por la cual sus disposiciones le son aplicables a ese organismo de control.

Finalmente, el MDT señala que la LOSEP constituye norma especial en materia de recursos humanos y por lo tanto debe ser aplicada de manera obligatoria por las entidades y organismos sujetos a su ámbito de aplicación, precisando que aquella cartera de Estado ejerce la rectoría en esa materia.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* naturaleza jurídica, competencias y autonomía de la CGE; *ii)* naturaleza y competencia del MDT en materia de recursos humanos y remuneraciones; y, *iii)* identificación de las normas en conflicto, contenidas en la LOCGE y la LOSEP.

2.1. Naturaleza jurídica, competencias y autonomía de la CGE.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 225 de la CRE, el sector público comprende, entre otros, a los organismos y dependencias de la Función de Transparencia y Control Social (en adelante FTCS), que, según el inciso final del artículo 204 ibídem, se integra, entre otros organismos, por la CGE. Todas las entidades de la FTCS cuentan con “*personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa*”; respecto de la CGE dicha autonomía se reitera por el artículo 29 de la LOCGE.

Por su parte, el artículo 211 de la CRE define 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*”.

Entre las funciones previstas para la CGE, el artículo 212 de la CRE contempla las siguientes: 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; 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control; y, "3. *Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones*" (el resaltado me corresponde).

En armonía con lo indicado, el numeral 23 del artículo 31 de la LOCGE, expedida con anterioridad a la CRE y la LOSEP, le confiere a la CGE atribución para emitir y actualizar para su funcionamiento interno *"los reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, los demás que fueren necesarios"*.

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 35 de la LOCGE reitera que el Contralor General del Estado *"expedirá y mantendrá actualizado el Reglamento Orgánico Funcional, que contendrá la estructura administrativa y las funciones de las respectivas unidades"* para el cumplimiento de los fines y objetivos de la CGE.

Finalmente, la Disposición General de la LOCGE prevé que *"se garantiza la independencia de la Contraloría General del Estado, en el aspecto administrativo y en consecuencia, no dependerá de ninguna de las entidades que controla y fiscaliza"* (el resaltado me corresponde).

En el mismo sentido, el primer inciso del artículo 52 del RLOCGE determina que la CGE *"organizará, y manejará su personal, dentro de la autonomía administrativa y presupuestaria que le otorgan la Constitución y su propia ley"* (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: i) la CGE es un organismo técnico que forma parte del sector público e integra la FTCS y en ese contexto tiene personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; ii) la potestad normativa de la CGE se refiere a sus competencias específicas relacionadas con el control del uso 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. Para su funcionamiento interno, la CGE tiene atribución para emitir y actualizar los reglamentos orgánico funcional, de administración de personal que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, iii) la LOCGE garantiza la independencia administrativa de la CGE, respecto de las entidades que controla y fiscaliza.

2.2. Naturaleza y competencia del MDT en materia de recursos humanos y remuneraciones.

De acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 141 de la CRE, la Función Ejecutiva está integrada, entre otros, por los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, *"las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas"* (el resaltado me corresponde).

o. p. a.

El inciso segundo del artículo 229 de la CRE señala que *“La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público”* y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, prevé que sus disposiciones *“son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”*, que comprende, entre otros, según su numeral 1 a los organismos de la FTCS, dentro de la cual consta la CGE.

El inciso posterior al numeral 4 del referido artículo 3 de la LOSEP agrega que todos los organismos previstos en el artículo 225 de la CRE *“se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio del Trabajo en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”*. Al efecto, el artículo 50 de la LOSEP determina como organismos encargados de la aplicación de dicha ley, en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones, al MDT y a las Unidades de Administración de Talento Humano de cada entidad comprendida en su artículo 3.

Concordante, la letra a) artículo 51 de la LOSEP establece como una competencia del MDT *“Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley”*. El antepenúltimo inciso del mismo artículo prevé adicionalmente que en las entidades del sector público *“el porcentaje de incremento de las remuneraciones y cualquier otro beneficio que cause un egreso económico de un ejercicio a otro, como máximo, será el que determine el Ministerio del Trabajo”*, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de la disponibilidad económica cuando fuere del caso.

De lo expuesto se observa que: i) el MDT es el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público; y ii) las disposiciones de la LOSEP son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que incluye a la CGE como parte de la FTCS.

2.3. Identificación de las normas en conflicto, contenidas en la LOCGE y la LOSEP.

Como se señaló oportunamente, los artículos 31 numeral 23 y 35 de la LOCGE, expedida con anterioridad a la CRE y a la LOSEP, otorgan competencia a la CGE para emitir y actualizar su Reglamento Orgánico Funcional y su reglamento de administración de personal, que según esas normas podía incluir la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones de los servidores de ese organismo de control, lo que se contrapone a lo establecido expresamente en los artículos 3, 50 y 51 de la LOSEP que prevén, en su orden, la obligatoriedad del cumplimiento de sus disposiciones en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública y la rectoría del MDT en materia de remuneraciones del sector público.

Si bien los artículos citados de la LOCGE y el artículo 52 de su Reglamento General confieren atribución al organismo de control para organizar y manejar su personal, en el contexto de la autonomía administrativa y presupuestaria que le otorga su ley y adicionalmente la Disposición General de la dicha ley agrega que la CGE no dependerá de ninguna de las entidades que controla y fiscaliza, es necesario analizar su contenido a la luz de las normas expedidas con posterioridad y considerando que de conformidad con el segundo inciso del artículo 229 de la CRE corresponde a la ley definir *“el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público”*.

Al respecto, el inciso segundo del artículo 425 de la CRE determina 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”*. Dicho artículo agrega en su último inciso que la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, *“el principio de competencia”* (el resaltado me corresponde).

Concordante, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante LOGJCC), al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, dispone que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*, por lo tanto, cuando las disposiciones generales y especiales entraren en conflicto u oposición, predomina el principio de especialidad normativa.

Adicionalmente, cabe señalar que los incisos primero y segundo de las Derogatorias de la LOSEP prevén, en su orden, que: *“En cumplimiento de lo que dispone el Art. 39 del Código Civil, derógase en forma expresa toda disposición legal que se oponga a lo establecido por la presente Ley”* y, adicionalmente agrega que, en todas las leyes vigentes, *“deróguense las disposiciones relacionadas a remuneraciones de las servidoras y servidores que trabajen en el sector público y en el servicio público, los que se sujetarán a esta Ley, su reglamento”* y la Norma Técnica que para el efecto expida el MDT (el resaltado me corresponde).

Finalmente, cabe considerar que 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 fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*. La coordinación es, a su vez, un principio previsto por el artículo 9 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante COA), por lo que, de ser necesario, las entidades del Estado deberán coordinar acciones y mecanismos idóneos para el cumplimiento de sus fines.

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

⁷ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que: i) la CGE es un organismo que integra la FTCS y goza de autonomía y potestad normativa para el ejercicio de sus competencias específicas; y ii) la LOSEP es la norma especial y competente en materia de recursos humanos y remuneraciones de los servidores públicos y es aplicable a los organismos y entidades sujetos a su ámbito, entre ellas, las CGE, como parte de la FTCS.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que la Contraloría General del Estado, sin perjuicio de la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera que le reconoce su ley orgánica, está incluida en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, según el numeral 1 de su artículo 3 y, por ende, le son aplicables las disposiciones sobre talento humano y remuneraciones del personal previstas en esta última.

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

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Arq. Patricio Donoso Chiriboga,
Ministro del Trabajo



Oficio N° 20390

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2022

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

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CFN-B.P.-GG-2022-0282-OF de 24 de junio 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-DR1-2022-00261 de 4 de julio de 2022 recibido al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es aplicable la resolución SB-2022-099 del 14 de enero de 2020, la cual contiene las Normas para la Devolución al Coactivado del Excedente Cuando el Valor del Bien Rematado Supere el Monto Adeudado, a pesar que el último inciso del artículo 42 del COA indica que: ‘para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código’?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Con oficios Nos. PGE-DR1-2022-00239 y PGE-DR1-2022-00252 de 15 y 22 de junio de 2022, la Dirección Regional 1 de este organismo, solicitó que la consulta inicialmente contenida en oficio No. CFN-B.P.-GG-2022-0184-O de 9 de junio de 2022, ingresada en dicha Dirección Regional al día siguiente, se reformule de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas sobre cuya aplicación exista duda, así como se remita el informe jurídico de la Gerente Jurídico de la Corporación Financiera Nacional B.P. (en adelante CFN) respecto al objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 19406 y 19601 de 12 y 28 de julio de 2022, respectivamente, este organismo solicitó e insistió a la Superintendencia de Bancos (en adelante SB), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de consulta, requerimiento que fue atendido por el Intendente Nacional Jurídico de la SB, a través de oficio No. SB-INJ-2022-0111-O de 9 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día.

1.3. El informe jurídico de la Gerente Jurídico de la CFN, contenido en memorando No. CFN-B.P.-GEJU-2022-0414-M de 24 de junio de 2022, citó en lo principal los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 42, 301, 303, 311, 312 y 317 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante COA); 62 y 143 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero³ (en adelante COMF); y, 2 y 3 de la Resolución No. SB-2020-099 de 14 de enero de 2020, que reformó el Capítulo IV “*Normas para la Devolución al Coactivado del Excedente, cuando el valor del bien rematado supere el monto adeudado*”, del Título XX “*Disposiciones Generales*”, Libro I “*Normas de control para las entidades de los sectores financieros público y privado*”, de la Codificación de Resoluciones de la SB⁴ (en adelante NDCE), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“(…) las instituciones financieras públicas que ejercen la potestad coactiva deben aplicar solamente los procedimientos plenamente establecidos en el Código Orgánico Administrativo, conforme a su artículo 42. Por lo que, la resolución emitida por la Superintendencia de Bancos al contemplar un procedimiento y condiciones distintas a las establecidas en el COA, así como al haberse emitido aquella fuera de las atribuciones dadas a este organismo de control, puesto que no se enmarca dentro de las actividades financieras que este puede regular, de acuerdo al Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero; no podría ser aplicada por parte de las entidades mencionadas, al transgredir los principios de legalidad y seguridad jurídica” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico de la SB, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 457, 467, 478 y 501 del Código de Procedimiento Civil⁵ (en adelante CPC); 1611 del Código Civil⁶ (en adelante CC); 412 y la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos⁷ (en adelante COGEP); artículo 1 de las NDCE; y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 12349 de 2 de febrero de 2021, que examinó el deber de la entidad ejecutora de devolver al coactivado el remanente del remate. Sobre dicha base analizó y concluyó:

“(…) la resolución SB-2020-099, la cual no tiene vigencia retroactiva, debe entenderse en conjunto con (sic) artículo 317 del Código Orgánico Administrativo así como en (sic) los artículos 1 y 2, Capítulo IV, Título XX, Libro I de la Codificación de Normas de la Superintendencia de Bancos, que con sustento en dicha norma legal, disponen que en caso de existir un remanente a favor del deudor coactivado, los empleados recaudadores lo devolverán inmediatamente al deudor, cuando la postura por la que se adjudicó el bien haya sido pagada íntegramente al contado; y, que, en el caso de darse una adjudicación a plazos y exista un remanente a favor del deudor coactivado dentro del pago a plazo de las posturas en el remate de bienes, establecido en el numeral 1) del artículo 303 ibídem,

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

² COA, publicada en el Registro Oficial 31 de 07 de julio de 2017

³ COMF, publicada en el Registro Oficial 332 de 12 de septiembre de 2014

⁴ CRSB, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 123 de 31 de octubre de 2017.

⁵ CPC, publicada en el Registro Oficial 58 de 12 de julio de 2005

⁶ CC, publicada en el Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005

⁷ COGEP, publicada en el Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015

permite a la entidad financiera acreedora instrumentar la correspondiente operación crediticia al adjudicatario a fin de cancelar el valor del remate y desvincular dicha operación crediticia de la deuda coactivada.

Sin embargo, **la normativa de la Superintendencia de Bancos es independiente del caso en que el deudor coactivado se oponga al procedimiento de ejecución coactiva, para lo cual cabe la demanda de excepciones** ante las o los juzgadores competentes de acuerdo con el artículo 327 del Código Orgánico Administrativo; y, como vendrá a su conocimiento, **dicha oposición en modo alguno vulnera lo previsto en el inciso final del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, ya que la alternativa expuesta favorece la aplicación de la ley pero no impide la ejecución del proceso coactivo**” (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se desprende que el informe jurídico de la entidad consultante difiere del criterio jurídico de la SB. Para la CFN las instituciones financieras públicas con facultad coactiva únicamente deben aplicar el procedimiento previsto en el artículo 42 del COA y no las NDCE, al estimar que éstas exceden las atribuciones de la SB.

Por su parte, la SB considera que las NDCE deben entenderse en armonía con el artículo 317 del COA, en tanto el pago a plazo por el adjudicatario del bien rematado, previsto por el numeral 1 del artículo 303 del COA, requiere instrumentar una operación crediticia por la entidad financiera acreedora, para con ello cancelar el remate y desvincular dicha operación de la deuda ejecutada mediante coactiva.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis examinará los siguientes puntos: *i)* el procedimiento coactivo respecto de las posturas y devolución del remanente según el COA; y, *ii)* las atribuciones de la SB para expedir normas en las materias propias de su competencia y el alcance de las NDCE.

2.1.- El procedimiento coactivo respecto de las posturas y devolución del remanente según el COA. -

De conformidad con la normativa vigente, se distingue la coactiva tributaria de la no tributaria; la primera regida por las normas del Código Tributario⁸ (en adelante CT) y la segunda prevista en el COA, que guarda relación con la materia de su consulta.

El inciso final del numeral 9 del artículo 42 del COA, aplicable para la ejecución coactiva, prescribe que: *“Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas*

⁸ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

previstas en este Código”. Lo relativo a las posturas para el remate, sus requisitos y formas de pago consta regulado por los artículos 301⁹, 302¹⁰ y 303¹¹ del COA.

De acuerdo con el artículo 303 del COA, las posturas para el remate se pueden pagar al contado o a plazo. Para el caso de remate de bienes inmuebles con oferta de pago a plazo la misma norma prevé que *“no se admitirán posturas en que se fije plazos que excedan de cinco años contados desde el día del remate, ni las que no ofrezcan el pago de, por lo menos, el interés legal, pagadero por anualidades adelantadas”*, y agrega que la cosa rematada quedará *“hipotecada por lo que se ofrezca a plazo”* debiendo inscribirse este gravamen en el correspondiente registro, al mismo tiempo que el traspaso de la propiedad.

En lo referente a bienes muebles, el penúltimo inciso del mismo artículo 303 del COA prescribe que: *“todo pago se hará al contado, sin que puedan admitirse ofertas a plazo, a menos que el órgano ejecutor y la o el ejecutado convengan lo contrario”*.

En relación al caso en que ejecutado el remate se hubiere determinado un remanente a favor del coactivado, al amparo del derogado CPC, en pronunciamiento contenido en oficio No. 012349 de 2 de febrero de 2021, este organismo analizó la aplicación de los artículos 412 del COGEP y 1575 del CC y manifestó:

“(…) respecto del pago al acreedor y la entrega del remanente al deudor, el artículo 412 del COGEP contempla que, de la cantidad que se consigne por el precio de la cosa rematada se pagará al acreedor inmediatamente los valores que se le adeuden en concepto del principal de su crédito, intereses, indemnizaciones y costas, precisando que: ‘El sobrante se entregará a la o al deudor salvo que la o el juzgador haya ordenado su retención, a solicitud de otro juez’⁶ (el resaltado corresponde al texto original).

⁹ COA, “Art. 301.- Posturas del remate. El aviso del remate deberá ser publicado en la plataforma informática de la entidad, con el término de por lo menos veinte días de anticipación a la fecha del remate. La plataforma recibirá las ofertas desde las cero horas hasta las veinticuatro horas del día señalado para el remate.

Adicionalmente y con fines de publicidad, el aviso del remate será publicado en otros medios electrónicos, impresos o escritos.

La o el ejecutado podrá pagar la obligación con depósito bancario o transferencia bancaria electrónica dentro del mismo término.

En el remate en línea, las o los postores entregarán, mediante depósito bancario o transferencia bancaria electrónica el 10% de la postura realizada. Si la postura contempla el pago a plazo, se entregará el 15% de la postura realizada.

El órgano ejecutor podrá participar en el remate con cargo a su crédito estando exento del depósito del 10%, salvo que en la audiencia única se hayan admitido tercerías coadyuvantes, en cuyo caso participará en las mismas condiciones que las o los otros postores”.

¹⁰ COA, “Art. 302.- Requisitos de la postura. Las posturas presentadas para primer y segundo señalamiento, no podrán ser inferiores al 100% del avalúo pericial efectuado”.

¹¹ Art. 303.- Formas de pago. Las formas de pago de las posturas son las siguientes:

1. Al contado.

2. A plazo.

En el remate de bienes inmuebles no se admitirán posturas en que se fije plazos que excedan de cinco años contados desde el día del remate, ni las que no ofrezcan el pago de, por lo menos, el interés legal, pagadero por anualidades adelantadas.

La cosa rematada, si es bien inmueble, quedará en todo caso, hipotecada por lo que se ofrezca a plazo, debiendo inscribirse este gravamen en el correspondiente registro, al mismo tiempo que el traspaso de la propiedad. Del mismo modo, la prenda se conservará en poder de la o del acreedor prendario, mientras se cancele el precio del remate.

En el remate de bienes muebles, todo pago se hará al contado, sin que puedan admitirse ofertas a plazo, a menos que el órgano ejecutor y la o el ejecutado convengan lo contrario.

De existir posturas iguales se preferirá la que se haya ingresado en primer lugar, salvo que se trate de postura del órgano ejecutor” (el resaltado me corresponde).

(...) *iii*) el CPC y el COGEP contienen similares previsiones respecto al sobrante del precio de la cosa rematada, señalando que éste se debe entregar al deudor coactivado, con lo cual concluye el procedimiento coactivo para el ejecutado, por extinción de la deuda, salvo que hubiere otra orden de retención por una obligación distinta, sin que la admisión de una postura que acepte plazos modifique lo expuesto.

En consecuencia, **la extinción de la obligación** del deudor coactivado **se produce al momento** en que, rematado el bien **se lo adjudica al postor y se le transfiere el dominio, por lo que en el mismo momento se debe determinar el valor del sobrante a ser devuelto al coactivado** (el resaltado me corresponde).

(...)

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con los artículos 457 y 478 del CPC, en caso de que ejecutado el remate se hubiere determinado un sobrante o remanente a favor del coactivado, a partir de entonces se configura una obligación legal para la entidad ejecutora de devolver el sobrante al coactivado. Tratándose de una obligación de pago de dinero, en caso de mora se observará lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 1575 del CC, evento en el que la entidad titular de la coactiva deberá solicitar la práctica de las auditorías pertinentes”.

De igual forma, se observa que el artículo 317 del COA también dispone que con la cantidad que se consigne por el precio de la cosa rematada se pagará al acreedor inmediatamente los valores que se le adeuden en concepto del principal de su crédito, intereses, indemnizaciones y costas. Dicho artículo precisa que: **“El sobrante se entregará a la o al deudor, salvo que el órgano ejecutor haya ordenado su retención, a solicitud de otro órgano ejecutor o juzgador”** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i*) entre los procedimientos especiales, el COA regula el de ejecución coactiva, y en tal contexto lo concerniente a las posturas del remate, sus requisitos y formas de pago; *ii*) el artículo 303 del COA permite que el inmueble rematado se pueda adjudicar a quien oferte su pago a plazo; *iii*) el precio del remate se destina al pago del acreedor y de existir un valor remanente, tanto el CPC como el COGEP y actualmente el COA prevén que deberá ser entregado al deudor siempre que no opere por parte del órgano ejecutor una orden de retención por pedido de otro órgano ejecutor o juzgador.

2.2. - Las atribuciones de la SB para expedir normas en las materias propias de su competencia y alcance de la Resolución No. SB-2020-099. -

El inciso primero del artículo 213 de la CRE prevé que las superintendencias son 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*”, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

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

De su lado, el artículo 2 del Libro I del COMF establece su ámbito de aplicación, que rige a los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros, y define el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas, el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios.

El artículo 6 ibídem determina que los sistemas monetario y financiero nacional están integrados por “*las **entidades responsables de la** formulación de las políticas, **regulación**, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras*” (el resaltado me corresponde).

El artículo 62 del Libro I del COMF prescribe las funciones de la SB y en la parte final de su último inciso le asigna a ese organismo potestad normativa, en los siguientes términos: “*(...) **podrá expedir las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales ni las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera***” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, las NDCE fueron reformadas por la SB mediante Resolución No. SB-2020-099¹² de 14 de enero de 2020, que sustituyó el artículo 2 de la sección que trata sobre el proceso de devolución del excedente al coactivado cuando el valor del bien rematado supere el del monto adeudado. El segundo inciso del artículo 2, sustituido dispone:

“Cuando se produzca una adjudicación a plazos y exista un remanente a favor del deudor coactivado, **la entidad financiera acreedora instrumentará la correspondiente operación crediticia al adjudicatario**; cancelará la obligación del deudor coactivado, y al mismo tiempo le **devolverá la totalidad del remanente**. La entidad financiera acreedora observará los reglamentos de crédito correspondientes para la aprobación e instrumentación de estas operaciones” (el resaltado me corresponde).

¹² Resolución No. SB-2020-099 de 14 de enero de 2020, “Efectuar la siguiente reforma al capítulo IV ‘Normas para la devolución al coactivado del excedente, cuando el valor del bien rematado supere el monto adeudado’, título XX ‘Disposiciones Generales’, libro I ‘Normas de control para las entidades de los sectores financieros público y privado’, de la Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos (...)”.

De lo manifestado se desprende que: i) la SB, en calidad de organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control del sistema financiero, tiene competencia regulatoria para expedir las normas que garanticen que las actividades y servicios que controla se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general; y, ii) la SB reformó las NDCE previendo que cuando se produzca una adjudicación a plazo y exista un remanente a favor del deudor coactivado, la entidad financiera acreedora instrumentará la correspondiente operación crediticia al adjudicatario; cancelará la obligación del deudor coactivado, y al mismo tiempo le devolverá la totalidad del remanente.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 6 y 62 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Resolución No. SB-2022-099 de 14 de enero de 2020, expedida por la Superintendencia de Bancos, es aplicable por las entidades financieras públicas en los procedimientos coactivos a su cargo, en armonía con los artículos 303, numeral 2 y 317 del Código Orgánico Administrativo.

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

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por
ÍÑIGO FRANCISCO ALBERTO
SALVADOR CRESPO
Fecha: 2022.09.23 11:29:43
-05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Magíster Antonieta Guadalupe Cabezas Enríquez
SUPERINTENDENTE DE BANCOS, SUBROGANTE

Economista Virna Alicia Rossi Flores
**GERENTE GENERAL, ENCARGADA, CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL
B.P. (CFN)**

Ab. Juan Enmanuel Izquierdo, MSC
**DIRECTOR REGIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO EN
GUAYAS**

Oficio N° 20391

Quito, DM., 23 de septiembre de 2022

Señor magíster
Nicolás Andrade Laborde,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CELEC-EP-2022-0816-OFI de 31 de mayo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló tres consultas relacionadas con la aplicación del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los procedimientos previstos en el *“Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y Perú por otra”*, al cual se adhirió el Ecuador.

Las consultas formuladas son del siguiente tenor:

“- Es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratar el servicio integral de mantenimiento de equipos con los fabricantes o talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero, considerando que, las contratistas serán responsables de desmontar los equipos en Ecuador, exportarlos temporalmente a las fabricas (sic) o a los talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero, realizar el mantenimiento que incluye la provisión de los repuestos y demás materiales que se requieran, reimportar los equipos al Ecuador, montarlos nuevamente en las instalaciones de CELEC EP y verificar su correcto funcionamiento, dónde (sic), todo lo indicado forma parte de un servicio integral a efecto de mantener la garantía técnica del fabricante?”

- Es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratar el servicio integral de mantenimiento de equipos con los fabricantes o talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero, considerando que, por su gran volumen o condiciones particulares las contratistas no pueden desmontar los equipos y exportarlos temporalmente a las fabricas (sic) o a los talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero para realizar el mantenimiento, sino que el servicio de mantenimiento integral se tiene que realizar in situ, es decir en las instalaciones de CELEC EP en Ecuador, pero que, igual que en el caso anterior, el trabajo de mantenimiento que incluye la provisión de los repuestos y demás materiales que se requieran, es responsabilidad de las contratistas, en cuyo caso igualmente el servicio integral se tiene que contratar en el exterior a efecto de mantener la garantía técnica del fabricante, pero se ejecuta en Ecuador?

- Es pertinente la aplicación en los procedimientos de contratación enmarcados en el artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública, que estén dentro de la cobertura del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y Perú por otra (Al cual se adhirió (sic) Ecuador), según el caso, los procedimientos previstos en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas); y, la demás normativa relacionada, contenida en el TÍTULO VI CONTRATACIÓN PÚBLICA del indicado Acuerdo Comercial?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 18991, 18992, 18993 y 18994 de 7 de junio de 2022, este organismo solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (en adelante MREMH); al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante MPCEIP); al Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM); y, al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 19213, 19214 y 19215 de 23 de junio de 2022 se insistió en dichos requerimientos al MPCEIP, al MREMH y al MEM.

1.2. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: i) por la Directora General del SERCOP, con oficio No. SERCOP-SERCOP-2022-0342-OF de 17 de junio de 2022, recibido el 21 de los mismos mes y año; ii) por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del MPCEIP, a través de oficio No. MPCEIP-CGAJ-2022-0140-O de 24 de junio de 2022, ingresado el 27 de los mismos mes y año; y, iii) por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del MREMH, mediante oficio No. MREMH-CGAJ-2022-0021-OF de 27 de junio de 2022, recibido al día siguiente. Por su parte, el MEM no ha dado contestación al requerimiento realizado, hasta la presente fecha.

1.3. El informe jurídico del Director Jurídico de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador (en adelante CELEC EP), contenido en memorando No. CELEC-EP-2022-2365-MEM de 31 de mayo de 2022, citó, en lo principal, los artículos 226, 227, 313, 314 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 173, 175, 179, 180, 185 y 186 del Tomo I, Título VI “*Contratación Pública*” del “*Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y Perú por otra*” y anexos, al cual se adhirió el Ecuador² (en adelante Acuerdo Comercial); 24 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Energía Eléctrica (sic)³ (en adelante LOSPEE); y, 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, actualmente prorrogado⁴ (en adelante RGLOSNCNP de 2009); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

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

² Acuerdo Comercial, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 808 de 23 de diciembre de 2016.

³ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015.

⁴ RGLOSNCNP 2009, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 1700 de 30 de abril de 2009 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del mismo año y sus reformas; cuya vigencia se encuentra prorrogada conforme el tenor de las Disposiciones Derogatoria Única y Disposición Final del RGLOSNCNP (2022).

“- Respecto de la primera consulta, numeral 2.1, es criterio de esta Dirección que, es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por cuanto, al no existir en Ecuador ningún proveedor que tenga la condición de fabricante o taller autorizado por el fabricante de los equipos, no existe una alternativa real de contratar el servicio siguiendo un procedimiento de contratación bajo la normativa nacional, puesto que, los contratos que se deben suscribir con los fabricantes o talleres autorizados en el extranjero, están sujetos a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional y, las contratistas serán las responsables de desmontar los equipos en Ecuador, exportarlos temporalmente a las fabricas (sic) o a los talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero, realizar el mantenimiento que incluye la provisión de los repuestos y demás materiales que se requieran, reimportar los equipos al Ecuador, montarlos nuevamente en las instalaciones de CELEC EP y verificar su correcto funcionamiento, donde, todo lo indicado forma parte de un servicio integral a efecto de mantener la garantía técnica de los fabricantes que se requiere para tan delicados equipos.

- Respecto a la segunda consulta, numeral 2.2, es criterio de esta Dirección que, es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por cuanto, al no existir en Ecuador ningún proveedor que tenga la condición de fabricante o taller autorizado por el fabricante de los equipos, no existe una alternativa real de contratar el servicio siguiendo un procedimiento de contratación bajo la normativa nacional, puesto que, los contratos que se deben suscribir con los fabricantes o talleres autorizados en el extranjero, están sujetos a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, a pesar que, en este caso, por su gran volumen o condiciones particulares las contratistas no pueden desmontar los equipos y exportarlos temporalmente a las fabricas (sic) o a los talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero para realizar el mantenimiento, sino que el servicio de mantenimiento integral se tiene que realizar in situ, es decir en las instalaciones de CELEC EP en Ecuador, pero que, igual que en el caso anterior, el trabajo de mantenimiento que incluye la provisión de los repuestos y demás materiales que se requieran, es responsabilidad de las contratistas que, en cada caso resulten contratadas, a efecto de mantener la garantía técnica de los fabricantes que se requiere para tan delicados equipos.

- En lo que respecta a la tercera consulta, numeral 2.3, es criterio de esta Dirección que, en los procedimientos de contratación que se enmarquen en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una vez realizada la verificación de cobertura se determine que, efectivamente el objeto de la contratación está cubierto por el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y Perú por otra (Al cual se adhirió Ecuador), si es pertinente aplicar, según corresponda a cada caso, los procedimientos previstos en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas); y, la demás normativa relacionada, contenida en el TÍTULO VI CONTRATACIÓN PÚBLICA del indicado Acuerdo Comercial, por cuanto el propio Acuerdo prevé su utilización, de conformidad con la legislación nacional que, en el caso, expresamente

señala que para estos casos no se aplicará la normativa contenida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni en su Reglamento General de aplicación” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 14 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA); 3, 10 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante LOSNCP); y, 6 del RGLOSNCP de 2009, luego de lo cual analizó y concluyó:

“(…) al estar sometido el servicio integral de mantenimiento a una práctica comercial determinada por el fabricante que emitió la garantía técnica, resulta pertinente aplicar el artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debiendo contratarse en el extranjero al personal capacitado y especializado dispuesto por el fabricante del bien que fue previamente adquirido en el extranjero. En este caso deberá obtenerse previamente la VPN que certificará que el mantenimiento del bien adquirido en el extranjero solo puede ser realizado por personal capacitado y autorizado por el fabricante.

(…)

II. CONCLUSIÓN:

Del análisis efectuado, **con respecto a la primera y segunda consulta**, el SERCOP en el ámbito de sus competencias considera que en los dos casos expuestos **corresponde realizar un procedimiento de extraterritorialidad enmarcado en lo que dispone el artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tomando en cuenta las prácticas comerciales o modelos de negocios incluidos en la garantía técnica del bien adquirido en el exterior en la que se establezca claramente que los mantenimientos del bien deben ser proporcionados de manera específica por personal facultado por el fabricante del bien, y únicamente para los equipos que consten detallados en el contrato que mantenga vigente la entidad contratante** (el resaltado me corresponde).

En el caso de que no exista una garantía técnica vigente, la entidad podrá aplicar los procedimientos de contratación de régimen común o especial según corresponda a la necesidad institucional para los servicios de mantenimiento del bien propendiendo la contratación con participación nacional (el resaltado me corresponde).

Con respecto a la tercera consulta, cuando en efecto se ha evidenciado que cabe la aplicación del *‘Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y Perú por otra’*; la entidad contratante está en la facultad de escoger si aplica los procedimientos establecidos en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas) del referido Acuerdo; o si considera podrá aplicar los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su

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

⁶ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Reglamento General de aplicación y demás normativa conexa (el resaltado corresponde al texto original).

Si la entidad adopta los procedimientos de la legislación nacional deberá considerar que no puede existir un trato discriminatorio con los proveedores que pertenezcan a los países suscriptores del Acuerdo, por lo que no podrá requerir la condición de que, un proveedor tenga contratos suscritos en el Ecuador como experiencia previa, para que pueda participar en una contratación pública, o que el proveedor tenga experiencia previa en el territorio nacional (Art. 178 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea)”.

1.5. Por su parte, el criterio jurídico del MPCIP citó los artículos 425 de la CRE; y, 173, 175, 179, 180, 185 y 186 del Acuerdo Comercial, en base a los cuales, concluyó:

“4. Criterio Jurídico

De lo expresado en los acápites que anteceden, es el criterio de esta Coordinación que es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a los casos consultados, a saber:

En cuanto a la **primera consulta, procede la contratación bajo la legislación del país donde se prestará el servicio de mantenimiento, no siendo aplicable la LOSNCP ni su Reglamento** sino las normas legales del país en que se contrate o las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional. En cuanto a la **segunda consulta, procede la contratación bajo legislación ecuatoriana, por cuanto el servicio se prestará en territorio ecuatoriano.**

Finalmente, es pertinente la aplicación del Acuerdo Comercial a los procedimientos de contratación enmarcados en el artículo 3 del Reglamento ibídem, es factible siempre que se haya verificado la cobertura de las disposiciones de dicho Acuerdo, de conformidad con lo determinado en el artículo 425 de la Constitución” (el resaltado me corresponde).

1.6. Finalmente, el criterio jurídico del MREMH citó también el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior⁷ (en adelante LOSE) y agregó que, siendo competencia de dicha cartera de Estado lo relativo a los tratados internacionales, le corresponde analizar únicamente lo concerniente a la aplicación del Acuerdo Comercial, y expresó su criterio respecto de la tercera consulta en los siguientes términos:

“Los tratados internacionales en los que se hace parte el Estado ecuatoriano son jurídicamente vinculantes y prevalecen sobre las leyes nacionales y otras normas de menor jerarquía (Art. 425 de la Constitución). En este contexto, **en la medida en que el objeto de la contratación pública en cuestión esté cubierta por la normativa contenida en el Acuerdo Comercial, dicho instrumento será aplicable en lo relativo a los procedimientos y presupuestos jurídicos contenidos en el mismo.** Es decir, si las características de la contratación se enmarcan en el ámbito de aplicación del Acuerdo

⁷ LOSE, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 262 de 4 de abril de 2006.

Comercial, previsto en su artículo 173, serán de aplicación, según el caso, los procedimientos previstos en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas); así como la normativa adicional aplicable del Título VI 'Contratación Pública'.

Así mismo, el artículo 175 del Acuerdo Comercial establece, entre otras cosas, que '4. Una entidad contratante utilizará métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la contratación directa, de conformidad con su legislación nacional, en cumplimiento de este Título', con lo cual hay un reenvío a la aplicación de la legislación nacional, lo cual incluye al artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo expresado, **esta Coordinación General coincide con el criterio jurídico institucional contenido en el Memorando No. CELEC-EP-2022-2365-MEM, de 31 de mayo de 2022, del Director Jurídico de CELEC-EP, en relación con la tercera consulta arriba indicada**" (el resaltado me corresponde).

1.7. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera consulta, la CELEC EP, el SERCOP y el MPCEIP coinciden en que es pertinente aplicar el artículo 3 del RGLOSNC de 2009 a los contratos que se suscriban con los fabricantes de los equipos o talleres autorizados, en el extranjero, los mismos que están sujetos a las normas del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

En relación a la segunda consulta, la CELEC EP y el SERCOP coinciden en que corresponde realizar un procedimiento de extraterritorialidad enmarcado en el artículo 3 del RGLOSNC de 2009, tomando en cuenta las prácticas comerciales o modelos de negocios incluidos en la garantía técnica del bien adquirido en el exterior. Coinciden también en que la garantía técnica debe establecer claramente que los mantenimientos del bien deben ser proporcionados de manera específica por personal autorizado por el fabricante, y únicamente respecto de los equipos que consten detallados en el contrato, siempre que no exista en el Ecuador proveedor que tenga la condición de fabricante o taller autorizado por el fabricante de los equipos. Por su parte, el MPCEIP difiere, pues considera que procede la contratación bajo legislación nacional, por cuanto el servicio se prestaría en territorio ecuatoriano.

Finalmente, respecto a la tercera consulta, la CELEC EP, el SERCOP, el MPCEIP y el MREMH concuerdan en que en aquellos procedimientos de contratación que se enmarquen en el artículo 3 del RGLOSNC de 2009, en los que se determine que efectivamente el objeto de la contratación está cubierto por el Acuerdo Comercial, es pertinente aplicar lo previsto en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas) y demás normativa relacionada, contenida en el TÍTULO VI "CONTRATACIÓN PÚBLICA" de dicho Acuerdo. Agrega el SERCOP que en el caso de que la entidad contratante adopte los procedimientos de la legislación nacional deberá considerar que no puede existir un trato discriminatorio a los proveedores que pertenezcan a los países suscriptores del Acuerdo, por lo que no podrá solicitar que el proveedor tenga contratos suscritos en el Ecuador o ejecutados en el territorio nacional como experiencia previa, para que pueda participar en un proceso de contratación pública.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) la Garantía Técnica establecida en la LOSNCP y la aplicación del artículo 3 del RGLOSNCP de 2009 para el mantenimiento de los bienes adquiridos en el exterior; y, ii) la aplicación e interpretación de normas contenidas en el Acuerdo Comercial.

2.1.- La Garantía Técnica establecida en la LOSNCP y la aplicación del artículo 3 del RGLOSNCP de 2009 para el mantenimiento de los bienes adquiridos en el exterior. -

El primer inciso del artículo 76 de la LOSNCP, ubicado en el capítulo III “*DE LAS GARANTÍAS*”, se refiere a la garantía técnica necesaria en la adquisición de bienes y equipos, y respecto a la vigencia de la garantía técnica prevé que se rige por las estipulaciones contenidas en el respectivo contrato, según se aprecia del tenor de esa norma, que dispone:

“Art. 76.- Garantía Técnica para ciertos Bienes.- En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, **para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato**” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, en pronunciamiento contenido en oficio No. 04368 de 24 de junio de 2019, este organismo analizó:

“Del tenor de la citada norma se desprende que, la garantía técnica aplica esencialmente para determinados bienes, y que su propósito es el de avalar la calidad y buen funcionamiento de éstos, de tal manera que la entidad contratante se encuentre cubierta respecto de posibles fallas o defectos de los bienes, que puedan sobrevenir, **así como también para asegurar la existencia de repuestos y mantenimiento, necesarios durante la vigencia de la garantía y durante la vida útil de los equipos, maquinarias o vehículos adquiridos por la contratante.**

(...)

Por su parte, el cuarto inciso del citado artículo 76 de la LOSNCP determina que: *‘Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien’*, entendiéndose por tanto que, dentro del respectivo proceso de contratación pública, la garantía técnica entrará en vigencia una vez que el contratista -bajo las condiciones fijadas por la entidad contratante- deje a su disposición y uso efectivo el equipo, maquinaria o vehículo” (el resaltado me corresponde).

En relación a la aplicación territorial de las normas contenidas en la LOSNCP y su reglamento, el artículo 3 del RGLOSNCP de 2009, materia de sus consultas, prevé:

“Art. 3.- Aplicación territorial. - Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional.

No se registrarán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o **los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.**

Para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el ‘*Servicio Nacional de Contratación Pública*’ (SERCOP).

Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador, y siempre que dichas contrataciones no se encuentren dentro de lo previsto en el artículo 3 de la Ley y 2 de este Reglamento General, se aplicará la legislación nacional.

Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos en el inciso segundo de este artículo, a más de las publicaciones en medios internacionales, deberá publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gov.ec.

Para optar por la contratación de bienes y servicios en sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirán resolución motivada que justifique el proceso de contratación en el exterior, sin que este pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley y en este Reglamento General.

Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, de conformidad con los pliegos que determine el SERCOP, y aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el artículo 3 del nuevo RGLOSNC⁸, que entrará en vigencia el 20 de agosto de 2022 (en adelante RGLOSNC de 2022), al referirse a las contrataciones en el extranjero dispone lo siguiente:

“Art. 3.- Contrataciones en el extranjero. - **No se registrarán por las normas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o el presente Reglamento, la adquisición y/o arrendamiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por su naturaleza, objeto o alcance deban ser ejecutadas fuera del territorio nacional.**

⁸ RGLOSNC de 2022, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 458, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022. Según su Disposición Derogatoria Única, el RGLOSNC de 2009 y sus reformas serán derogados una vez que entre en vigencia el nuevo reglamento. Al efecto, la Disposición Final reformada del RGLOSNC de 2022 establece que dicho reglamento “entrará en vigencia en el plazo de dos meses a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

Estos procedimientos se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional, procurando realizar procesos internacionales de selección competitivos.

Para la importación de bienes adquiridos en el extranjero, realizados directamente por las entidades contratantes, la entidad contratante requerirá previamente la verificación de producción nacional (VPN) por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Para las contrataciones con sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado deberá emitir de manera motivada, la resolución de inicio del procedimiento, en la que se deberá detallar la normativa a la que estarán sujetas dichas contrataciones, sin que esta pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

Toda convocatoria para las adquisiciones referidas en este artículo, además de las publicaciones en medios internacionales, deberán publicarse en el Portal COMPRASPÚBLICAS, a través de la herramienta de publicación especial” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 5 ibídem señala que: *“Si del análisis de las manifestaciones de interés la entidad contratante concluye que no existe oferta nacional, o si luego de realizada la verificación no se determina la existencia de producción nacional”, el SERCOP autorizará la importación correspondiente, para que la entidad contratante inicie el procedimiento “de selección en el exterior o de importación”.*

De acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta del RGLOSNCPP de 2022, los procedimientos de contratación *“iniciados hasta antes de la entrada en vigencia de este Reglamento, se concluirán aplicando los pliegos y las normas que estuvieron vigentes al momento de su convocatoria”.*

De lo expuesto se observa que: i) tanto el artículo 3 del RGLOSNCPP de 2009 como el artículo 3 del RGLOSNCPP de 2022 excluyen del régimen de la LOSNCPP y su Reglamento a la adquisición de bienes y prestación de servicios que por su naturaleza, objeto o alcance deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, para cuyo efecto, corresponde previamente la verificación de que no exista oferta nacional, por parte del SERCOP; ii) para el caso del servicio integral de mantenimiento de equipos que fueren adquiridos en el extranjero se deben observar las prácticas comerciales o modelos de negocios establecidos por el fabricante en la garantía técnica, mientras la misma se encuentre vigente; y, iii) corresponde a la máxima autoridad de la entidad contratante emitir la resolución motivada que justifique y detalle la normativa a la que estarán sujetas las contrataciones en el extranjero.

2.3.- La aplicación e interpretación de normas contenidas en el Acuerdo Comercial. -

El artículo 425 de la CRE determina el orden jerárquico de aplicación de las normas y en su segundo inciso señala que de existir conflicto entre normas de distinta jerarquía *“la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y*

servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior". El tercer inciso del mismo artículo precisa que la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia.

El artículo 8 del Acuerdo Comercial, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de las partes, en su numeral 1 señala que cada parte es responsable de la observancia de todas las disposiciones de ese Acuerdo y que tomará las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que asume en virtud del mismo, *"incluida su observancia por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, así como instituciones no gubernamentales en el ejercicio de facultades en ellas delegadas por dichos gobiernos y autoridades"*.

El artículo 12 ibídem, en su numeral 1 establece el Comité de Comercio, compuesto por representantes de la UE y de cada País Andino signatario; y, en su numeral 4 prevé la facultad de dicho Comité para llevar a cabo reuniones entre la UE y los países andinos signatarios, cuando se trate de asuntos: *"(a) relativos exclusivamente a la relación bilateral entre la Parte UE y dicho País Andino signatario"*. En este contexto, el artículo 13 del Acuerdo Comercial incluye entre las funciones del Comité de Comercio las siguientes:

"1. El Comité de Comercio:

(a) **supervisará y facilitará** el funcionamiento de este Acuerdo y **la correcta aplicación de sus disposiciones**, y considerará otros medios para alcanzar sus objetivos generales;

(...)

(f) supervisará el desarrollo ulterior de este Acuerdo;

(g) sin perjuicio de los derechos otorgados en el Título XII (Solución de controversias) y otras disposiciones de este Acuerdo, **explorará la manera más apropiada para prevenir o resolver cualquier dificultad que pudiera surgir en relación con asuntos cubiertos por este Acuerdo; (...)** (el resaltado me corresponde)".

El artículo 173 del Acuerdo Comercial, ubicado en el título VI *"Contratación Pública"*, prevé el ámbito de aplicación de ese título a *"la contratación pública cubierta"* a la que define en su numeral 2 como la *"realizada para propósitos gubernamentales de mercancías, servicios, o cualquier combinación de éstos de conformidad con lo especificado, respecto de cada Parte, en el Apéndice 1 del Anexo XII (Contratación pública)"*.

El artículo 175 del referido título VI del Acuerdo Comercial contempla los principios generales aplicables a la contratación pública cubierta⁹, entre estos, el otorgamiento

⁹ Acuerdo Comercial, Título VI *"Contratación Pública"*, **Artículo 175.-Principios generales**

1. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta:

(a) la Parte UE, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de los Países Andinos signatarios, y a los proveedores de los Países Andinos signatarios que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores;

inmediato e incondicional de *“un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios (sic) mercancías, servicios y proveedores”*. Adicionalmente, en sus artículos 179, 180, 185 y 186 del Acuerdo se distinguen los siguientes procedimientos: i) *“Licitación Selectiva”*; ii) *“Lista de uso múltiple”*; iii) *“Contratación directa”*; y, iv) *“Subastas Electrónicas”*.

De lo manifestado se desprende que, el Acuerdo Comercial prevé las funciones del Comité de Comercio y determina los mecanismos de consulta en relación a la interpretación y aplicación del mismo, lo que por tanto excede la competencia de esta procuraduría.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera y segunda consultas se concluye que, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a efecto de mantener la garantía técnica de equipos adquiridos en el exterior, es pertinente la aplicación del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratar el servicio integral de mantenimiento de dichos equipos, con los fabricantes o talleres autorizados por los fabricantes en el extranjero, cuando los trabajos deban realizarse en el exterior e inclusive en territorio ecuatoriano, siempre que en el contrato del bien o equipo adquirido en el exterior, la garantía técnica prevea que tal mantenimiento deba ser proporcionado de manera específica por personal facultado, por el fabricante del bien, para los equipos detallados en el respectivo contrato.

En atención a los términos de su tercera consulta se concluye que, en los casos en los cuales la entidad contratante ha evidenciado, bajo su responsabilidad, que cabe la aplicación del *“Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y*

(b) cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la Parte UE, y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores.

2. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, una Parte, incluidas sus entidades contratantes no deberá:

(a) dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; o

(b) discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra Parte.

Ejecución de la contratación pública

3. Una entidad contratante realizará la contratación pública cubierta de una manera transparente e imparcial que evite conflictos de intereses e impida prácticas corruptas.

Procedimientos de licitación

4. Una entidad contratante utilizará métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la contratación directa, de conformidad con su legislación nacional, en cumplimiento de este Título.

(...)

Reglas de origen

6. Para los efectos de la contratación pública cubierta, ninguna Parte aplicará a las mercancías o servicios importados de o suministrados por otra Parte reglas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en ese mismo momento en el curso de transacciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de las mismas mercancías y servicios procedentes de la misma Parte.

Compensaciones

7. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en este Título o su Anexo, ninguna Parte buscará, tendrá en cuenta, impondrá o exigirá una compensación.

Medidas no específicas a la contratación pública

8. Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables a los derechos aduaneros y cargas de cualquier tipo que se impongan a la importación o con motivo de ésta, al método de recaudación de dichos derechos y cargas, a otros reglamentos o formalidades de importación, ni a las medidas que afectan al comercio de servicios que no sean las medidas que rigen la contratación pública cubierta.

Colombia y Perú por otra”, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podrá observar los procedimientos establecidos en los artículos 179 (Licitación Selectiva), 180 (Lista de uso múltiple), 185 (Contratación directa) o 186 (Subastas electrónicas) del referido Acuerdo o, caso contrario, aplicar los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexas.

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

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.23
11:47:58 -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.

Msc. Juan Carlos Holguín Maldonado,
MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA.

Dr. Julio José Prado Lucio-Paredes,
MINISTRO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Dr. Xavier Fernando Vera Grunauer,
MINISTRO DE ENERGÍA Y MINAS.

Oficio N° 20392

Quito, D.M., 23 de septiembre de 2022

Señor doctora
Vivian Tatiana Escobar Haro,
**SECRETARIA TÉCNICA,
CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE DISCAPACIDADES
(CONADIS).**
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CONADIS-CONADIS-2022-0768-O de 15 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted solicita se atiendan las siguientes consultas, contenidas en el memorando No. CONADIS-AJ-2022-0246-M de 14 de julio del presente año, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (en adelante CONADIS):

“¿Cuál es la Dependencia o Institución que debe realizar el procedimiento de control, supervisión y sanción de la normativa técnica de accesibilidad de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 de la Ley Orgánica de Discapacidades (LOD)?

¿Cuál es la Dependencia o Institución que recepte y gestione las quejas provenientes desde la ciudadanía, respecto al incumplimiento de lo dispuesto en la normativa técnica de accesibilidad por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales?

¿Cuál es la Dependencia o Institución que debe realizar el procedimiento sancionador y dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3, artículo 116 de la Ley Orgánica de Discapacidades (LOD)?

¿Cuál es la Dependencia o Institución que certificará a los profesionales con especialización (diplomado, masterado, postgrado) en Accesibilidad Universal que les permita realizar el proceso de emisión de informes técnicos de cumplimiento de Accesibilidad Universal?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficio No. 19281 de 1 de julio de 2022, este organismo solicitó al CONADIS que reformule los términos de sus consultas inicialmente planteadas con oficio No. CONADIS-CONADIS-2022-0723-O de 28 de junio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al siguiente día, de manera que traten sobre la aplicación general de normas jurídicas, y remita el informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica de esa entidad respecto al objeto de las consultas reformuladas, según lo previsto en el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, lo que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19534, 19535, 19536, 19537, 19538 y 19539 de 22 de julio de 2022, este organismo solicitó al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante MPCEIP); al Servicio de Acreditación Ecuatoriana (en adelante SAE); al Ministerio del Trabajo (en adelante MDT); al Servicio Ecuatoriano de Normalización (en adelante INEN); a la Defensoría del Pueblo (en adelante DPE); y, a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas.

Con oficios Nos. 19809 y 19810 de 11 de agosto de 2022 se insistió en dicho requerimiento a la AME y se atendió la solicitud de prórroga efectuada por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la DPE, a través de oficio No. DPE-CGAJ-2022-0016-O de 9 de los mismos mes y año, ingresado al siguiente día, respectivamente.

1.3. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: i) por el Director de Asesoría Jurídica del SAE, con memorando No. SAE-DAJ-2022-0254-M de 26 de julio de 2022, dirigido al Director Ejecutivo de esa entidad, ingresado el 9 de agosto de 2022; ii) por la Subsecretaria Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT, mediante oficio No. MDT-SISPTE-2022-0568-O de 9 de agosto de 2022, recibido al día siguiente; iii) por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado, dela AME, a través de oficio No. AME-DNAJ-2022-060 de 17 de agosto de 2022, ingresado al día siguiente; y, iv) por el Defensor del Pueblo, encargado, con oficio No. DPE-DPE- 2022-0413 de 20 de agosto de 2022, recibido al día siguiente, al cual se adjuntó el criterio jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica, contenido en memorando No. DPE-CGAJ-2022-0283-M de 16 de los mismos mes y año.

Por su parte, el Ministro del MPCEIP únicamente remitió copia del oficio No. MPCEIP-MPCEIP-2022-0231-O de 4 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, a través del cual dispuso al Director Ejecutivo, encargado, del SAE que: “(...) *dé respuesta al requerimiento de la Procuraduría General del Estado mediante Oficio signado con el N° 19543 de fecha 22 de julio de 2022* (...)”,

en tanto que, el Director Ejecutivo, encargado, del INEN, remitió el oficio No. INEN-INEN-2022-0740-OF de 9 de agosto de 2022.

1.4. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica del CONADIS citó, en lo principal, los artículos 4, 5 y 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹; 35, 47, 226, 237, 260, 314 y 415 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante CRE); 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización³ (en adelante COOTAD); 65 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante COA); 9 de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad⁵ (en adelante LOCNI); 3, 4, 58, 100 y 116 de la Ley Orgánica de Discapacidad⁶ (en adelante LOD) y 35 de su Reglamento⁷ (en adelante RLOD); y, numerales 7 al 11 del Reglamento Técnico RTE INEN 042:2009 – Accesibilidad de Personas con Discapacidad⁸ (en adelante Reglamento Técnico), con fundamento en los cuales concluyó:

“4.1.- (...)

En la actualidad, el servicio de revisión de cumplimiento y/o incumplimiento técnico normativo sobre accesibilidad universal no es realizado por ninguna entidad o profesionales, toda vez que en el ‘*Reglamento Técnico RTE INEN 042 Accesibilidad de Personas con Discapacidad*’ u otro Instrumento (Ordenanza), no se encuentra establecido claramente los actores que deben llevar este proceso, de hecho, ni siquiera estos requisitos de accesibilidad universal son considerados en la aprobación de planos municipales.

4.2.- (...)

Es criterio de esta Dirección que los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales, son los competentes para regular mediante una Ordenanza y para realizar el procedimiento de control y supervisión de la normativa de accesibilidad que protegen los derechos de las personas con discapacidad al acceso al espacio físico público y privado; contenida en la normativa INEN de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58; y, para realizar el procedimiento sancionador contenido en el numeral 3, artículo 116 contemplado en la Ley Orgánica de Discapacidades (LOD).

(...)

¹ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. El Ecuador firmó y ratificó la misma, el 30 de marzo de 2007 y 3 de abril de 2008, respectivamente.

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

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

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

⁵ LOCNI, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 283 de 7 de julio de 2014.

⁶ LOD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de septiembre del 2012.

⁷ RLOD, contenido en el Decreto Ejecutivo 194, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 109 de 27 de octubre de 2017.

⁸ Reglamento Técnico No. 042:2009 – Accesibilidad de Personas con Discapacidad, contenido y oficializado como “obligatorio” en la Resolución No. 091-2009 de 11 de febrero de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 69 de 18 de noviembre de 2009.

La Defensoría del Pueblo debe ser la institución que recepte y gestione las quejas provenientes desde la ciudadanía, respecto al incumplimiento de lo dispuesto en la normativa técnica de accesibilidad por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales.

Con respecto a la *‘DEMOSTRACIÓN DEL CUMPLIMIENTO’* y a los *‘ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA EVALUACIÓN Y LA CERTIFICACIÓN DE LA CONFORMIDAD’*, contenidos en el *‘Reglamento Técnico RTE INEN 042 Accesibilidad de Personas con Discapacidad’*, procesos que en la actualidad tampoco se encuentran asumido (sic) por alguna institución del Estado; ni tampoco se encuentran normadas en otro instrumento legal fuera del *‘Reglamento Técnico RTE INEN 042 Accesibilidad de Personas con Discapacidad’*; para lo cual, el emitir un criterio técnico que establezca el cumplimiento de requisitos técnicos sobre normativa técnica de accesibilidad, en proyectos, obras en ejecución y servicios públicos, lo deberían realizar los profesionales con especialización (diplomado, masterado, postgrado) en Accesibilidad Universal, siempre y cuando se cuente con la certificación que corresponda.

Para lo cual, el organismo certificador de los profesionales con especialización (diplomado, masterado, postgrado) en Accesibilidad Universal para el proceso de emisión de informes técnicos de cumplimiento de Accesibilidad Universal, recaería sobre el Ministerio de Trabajo; toda vez que, en cumplimiento a lo dispuesto mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1043 emitido el 09 de mayo de 2020 por el Presidente de la República Lenin Moreno Garcés, realizó el proceso de fusión con la Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales – SETEC; y en la actualidad, mediante el Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales promueve la capacitación y certificación para fortalecer las competencias del talento humano del país con la implementación de políticas públicas orientadas a reconocer y mejorar las capacidades y conocimientos de la ciudadanía.”

1.5. El criterio jurídico del SAE, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 20 y 21 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad⁹ (en adelante LSEC); 6, 7, 28, 53 literal f), 57 literal a) y 84 literal f) del COOTAD; 84, 91 numeral 10, 107 numerales 1, 2 y 4, y 108 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo¹⁰ (en adelante LOOTUGS); 19, 21 literal g), 29 literal e), 57 y la Disposición General Primera que contiene la definición de estándares mínimos del Reglamento a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo¹¹ (en adelante RLOOTUGS), con base en los cuales manifestó que “no puede pronunciarse sobre las consultas efectuadas”, sin perjuicio de lo cual expone las siguientes conclusiones generales:

“Inequívocamente la dependencia o institución que debe realizar el procedimiento de control, supervisión y sanción, es el GAD, mediante su ordenanza, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6, 7, 28, 53 literal f), 57 literal a), 84 literal f) del Código

⁹ LSEC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 26 de 22 de febrero de 2007.

¹⁰ LOOTUGS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 de 5 de julio de 2016

¹¹ RLOOTUGS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 460 de 21 de junio de 2019.

Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en concordancia con los artículos 84, 91 num. 10, 107 num. 1, 2 y 4, 108 num. 3 y 4 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo; y, arts. 19, 21 lit. g), 29 lit. e), 57, disposición general primera de estándares mínimos del Reglamento a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo.

(...) **Al igual que la pregunta anterior, nace de las ordenanzas respectivas**, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6, 7, 28, 53 literal f), 57 literal a), 84 literal f) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en concordancia con los artículos 84, 91 num. 10, 107 num. 1, 2 y 4, 108 num. 3 y 4 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo; y, arts. 19, 21 lit. g), 29 lit. e), 57, disposición general primera de estándares mínimos del Reglamento a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo.” (el resaltado me corresponde)

1.6. Por su parte, el MDT citó los artículos 82 de la CRE y 2 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017.0102¹², que contiene el Instructivo sobre el Procedimiento para la Absolución de Consultas Formales, y concluyó que: *“se abstiene de emitir un pronunciamiento”*.

1.7. De otro lado, el criterio jurídico del INEN citó los artículos 227 de la CRE; y, 14 y 15 de la LSEC, luego de lo cual concluyó que: *“las competencias del Servicio Ecuatoriano de Normalización se encuentran debidamente establecidas en la Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad”*.

1.8. El criterio jurídico de la AME citó, además de las normas invocadas por el consultante, el artículo 102 de la LOD y concluyó:

“CONSULTA 1:

(...) **se colige que el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades**, conforme sus atribuciones de formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas **será la Institución encargada de realizar el control, supervisión, así como de poner en conocimiento de la Autoridad competente el caso de incumplimiento de la normativa vigente.** (el resaltado me corresponde)

CONSULTA 2:

(...) **se colige que la Institución que recepte y gestione las quejas** provenientes desde la ciudadanía, **respecto al incumplimiento** de lo dispuesto en la normativa técnica de accesibilidad **por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales, será la Defensoría del Pueblo.** (el resaltado me corresponde)

¹² Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0102, publicado en el Registro Oficial No. 56 de 14 de agosto de 2017 que contiene el “Instructivo sobre el Procedimiento para la Absolución de Consultas Formales” del MDT.

Art. 2.- “Materia de consulta.- Las consultas formales deberán referirse exclusivamente al régimen jurídico aplicable al Código del Trabajo, de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), su Reglamento General, Acuerdos Ministeriales expedidos por esta Cartera de Estado y demás normativa del trabajo.”

CONSULTA 3:

(...) se concluye que es la **Defensoría del Pueblo** y el **Consejo Nacional de Discapacidades**, respectivamente, **los encargados de realizar el proceso sancionador**. (el resaltado me corresponde)

CONSULTA 4:

(...) se colegie (sic) que **quien debe realizar la certificación es el Consejo Nacional de la Calidad, CONCAL.**” (el resaltado me corresponde)

1.9. Finalmente, el criterio jurídico de la DPE, además de las normas referidas, citó los artículos 11, 47, 215, 226, 424 y 425 de la CRE; 6 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo¹³ (en adelante LODPE); 58, 88, 100, 102, 116 y las Disposiciones Transitoria Cuarta y, Reformatoria y Derogatoria 1 de la LOD; 35 y la Disposición General Tercera del RLOD; y los artículos 12 y 56.2 de la LSEC; 77, 78, 80 y 81 del Reglamento General a la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad¹⁴ (en adelante RGLSEC), luego de lo cual analizó y concluyó:

“En atención a la primera interrogante (...) el **Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN-042 es claro en señalar que** el Consejo Nacional de Discapacidades (**CONADIS es el encargado de efectuar** la (sic) **labores de vigilancia y control**, así como de la supervisión **conjuntamente con el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN).**”

En atención a la segunda consulta (...) **quien debe conocer las denuncias de la ciudadanía respecto al incumplimiento de lo dispuesto en la normativa técnica de accesibilidad por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales** como órgano sancionador **es la Subsecretaría de la Calidad**, conforme lo establece la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, normativa que ha sido invocada en el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 042 ‘Accesibilidad de las personas con discapacidad y movilidad reducida al medio físico’, emitido por el Directorio del Instituto Ecuatoriano de Normalización.

La tercera consulta formulada (...) **es una competencia atribuida a la función ejecutiva**, conforme lo establece normativa legal.

Respecto a la cuarta pregunta (...) **se debería dar cumplimiento a lo establecido en la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad**, al ser la normativa que señala Reglamento Técnico Ecuatoriano, en relación con la certificación”. (el resaltado me corresponde)

1.10. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera consulta, el CONADIS y el SAE coinciden en que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 58 de la LOD y 57 del COOTAD, corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados cantonales (en

¹³ LODPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 481 de 6 de mayo de 2019.

¹⁴ RGLSEC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011.

adelante GAD) aplicar el procedimiento de control, supervisión y sanción del incumplimiento de la normativa técnica de accesibilidad. Por su parte, la AME y la DPE concuerdan en que, por disposición expresa del Reglamento Técnico, la aplicación del procedimiento de control, supervisión y sanción ahí previsto le corresponde al CONADIS.

Con relación a la segunda consulta los criterios difieren. Así, el CONADIS y la AME consideran que la gestión de las quejas de la ciudadanía respecto al incumplimiento de la normativa técnica de accesibilidad de los GAD compete a la DPE, en aplicación del inciso segundo del artículo 100 de la LOD; mientras que el SAE considera que, de conformidad con el artículo 57 del COOTAD, aquello es competencia de los GAD, que al efecto deben expedir la ordenanza respectiva; en tanto que para la DPE, en aplicación del artículo 56.2 de la LSEC, dicha atribución le corresponde a la Subsecretaría de Calidad del MPCEIP.

Respecto a la tercera consulta, con relación a la institución competente para sustanciar el procedimiento sancionador y dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 116 de la LOD los criterios también difieren. Así, el CONADIS y el SAE consideran que les corresponde a los GAD, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 58 de la LOD y 57 del COOTAD. La AME considera que, en aplicación del artículo 100 de la LOD, les corresponde a la DPE y al CONADIS; y, la DPE señala que, en aplicación del artículo 102 de la LOD, le corresponde a la Función Ejecutiva sin realizar ninguna otra precisión.

Finalmente, con relación a la cuarta consulta, respecto de la institución que certificará a los profesionales con especialización en accesibilidad universal para realizar el proceso de emisión de informes técnicos de cumplimiento los criterios difieren. Por un lado, el CONADIS señala que le corresponde al MDT. El SAE considera que, en aplicación del artículo 57 del COOTAD, les corresponde a los GAD. La AME manifiesta que le corresponde al Consejo Nacional de la Calidad; y, la DPE señala en forma general que la evaluación y certificación debe ser realizada por entidades debidamente acreditadas.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: i) el derecho de las personas con discapacidad a la accesibilidad, las sanciones y procedimiento administrativo previstos en la LOD; y, ii) el Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas con Discapacidad y las competencias previstas para el CONADIS, la DPE y los GAD como

organismos de ejecución, según la LOD; y, *iii*) el Sistema Nacional de Calidad y las normas de accesibilidad para personas con discapacidad dictadas por el INEN.

2.1. El derecho de las personas con discapacidad a la accesibilidad, las sanciones y procedimiento administrativo previstos en la LOD.-

De conformidad con el artículo 1 de la LOD, dicha ley tiene por objeto garantizar *“la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”* (el resaltado me corresponde). En este sentido, el artículo 58 *ibídem*, materia de su consulta, ubicado en el Capítulo Segundo *“DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”*, Sección Séptima *“DE LA ACCESIBILIDAD”*, respecto a la accesibilidad a instalaciones en beneficio de las personas con discapacidad, señala lo siguiente:

“Art. 58.- Accesibilidad.- Se garantizará a las personas con discapacidad la accesibilidad y utilización de bienes y servicios de la sociedad, eliminando barreras que impidan o dificulten su normal desenvolvimiento e integración social. **En toda obra pública y privada de acceso público, urbana o rural, deberán preverse accesos, medios de circulación, información e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad.**

Los gobiernos autónomos descentralizados dictarán las ordenanzas respectivas para el cumplimiento de este derecho de conformidad a las normas de accesibilidad para personas con discapacidad dictadas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN) y al diseño universal.” (el resaltado me corresponde)

Al respecto, el RLOD en el Capítulo III *“DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”*, en sus artículos 16 al 19, regula algunos mecanismos que garantizan la accesibilidad, entre otros, a vivienda, al medio físico, a unidades de transporte y a sitios web.

Por otra parte, la LOD en su Título IV *“DE LAS INFRACCIONES, PROCEDIMIENTO Y SANCIONES”* regula el procedimiento administrativo y las infracciones y sanciones aplicables.

Sobre el procedimiento administrativo y el órgano competente, el artículo 102 de la LOD dispone que, la Función Ejecutiva, *“a través de la cartera del Estado correspondiente, como autoridad administrativa competente para conocer este tipo de procedimientos”*, cuando deba determinar la existencia o amenaza de vulneración de derechos constitucionales de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante, *“seguirá el procedimiento administrativo que se detalla en este capítulo”*. (el resaltado me corresponde)

En este sentido, el inciso primero del artículo 35 del RLOD, ubicado en el Capítulo VI *“De las Carteras de Estado competentes para el procedimiento administrativo”*, prevé que, corresponderá a *“las **instituciones rectoras de la Función Ejecutiva**, en el marco de sus respectivas competencias y atribuciones, **conocer, tramitar y resolver, según corresponda, los reclamos administrativos sobre las infracciones**”* previstas en el Capítulo II del Título IV de la LOD, en el caso de existencia o amenaza de vulneración de derechos constitucionales de las personas con discapacidad. (el resaltado me corresponde)

Los artículos 35.1 al 35.8 *ibídem* determinan las entidades rectoras que deberán conocer y resolver los procedimientos administrativos y las presuntas infracciones, que según la materia son: Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Ministerio de Gobierno, MDT, Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio de Educación y Ministerio de Cultura y Patrimonio.

Respecto a las competencias del Ministerio de Salud Pública, el artículo 35.1 del RLOD le asigna competencia para atender los reclamos administrativos que se presenten sobre las presuntas infracciones detalladas en esa norma y tipificadas en la LOD. Su inciso final determina que, en su calidad de Autoridad Sanitaria Nacional como encargada de la calificación, recalificación, acreditación y registro de las personas con discapacidad, deberá en cualquier caso *“intervenir a petición de parte para requerir a las autoridades competentes que reconozcan a los administrados los derechos establecido por la Ley de Discapacidades en el caso de que los mismos no hayan sido debida u oportunamente reconocidos”*.

En cuanto a la clasificación de las infracciones, los artículos 114, 115 y 116 de la LOD establecen tres clases: *i) leves; ii) graves; y, iii) gravísimas*; y precisan las sanciones pecuniarias y de suspensión de actividades aplicables a cada una de ellas de acuerdo con su gravedad y de existir reincidencia, de ser el caso. Adicionalmente, el artículo 117 *ibídem* determina que ante la concurrencia de infracciones se aplicará la sanción más grave o el máximo de la misma, según corresponda.

El numeral 3 del artículo 116 de la LOD incluye entre las infracciones gravísimas el *“**Impedir la accesibilidad o dificultar la movilidad de las personas con discapacidad en las instituciones públicas y privadas**”*, para cuyo efecto se prevé una sanción pecuniaria de *“diez (10) a quince (15) remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general y/o suspensión de actividades hasta por treinta (30) días, **a juicio de la autoridad sancionadora**”*. (el resaltado me corresponde)

De lo expuesto se observa que: *i) en toda obra pública y privada de acceso público, urbana o rural, deben preverse accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas*

para personas con discapacidad; ii) corresponde a los GAD dictar ordenanzas para el cumplimiento del derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad, de conformidad con las normas técnicas dictadas por el INEN; y, iii) constituye infracción gravísima el impedir la accesibilidad o dificultar la movilidad de las personas con discapacidad en las instituciones públicas y privadas.

2.2. El Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas con Discapacidad y las competencias previstas para el CONADIS, la DPE y los GAD como organismo de ejecución, según la LOD.-

De conformidad con el artículo 88 de la LOD, el Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas con Discapacidad (en adelante SNPIPD) está conformado por tres niveles de organismos: i) el CONADIS, *“encargado de la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de políticas públicas”*; ii) la DPE y los órganos de la Administración de Justicia, *“encargados de la protección, defensa y exigibilidad de derechos”*; y, iii) los *“Organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos, tales como autoridades nacionales y gobiernos autónomos descentralizados competentes en diferentes ámbitos”* y, entidades públicas y privadas de atención para personas con discapacidad.

Los numerales 3 y 7 del artículo 9 de la LOENI establecen las siguientes funciones para los Consejos Nacionales para la Igualdad, entre ellos el CONADIS: *“Poner en conocimiento de las instituciones competentes casos de amenaza o violación de derechos y dar seguimiento de las denuncias”*, y de ser necesario *“solicitar a través del Defensor del Pueblo el planteamiento de medidas cautelares ante las juezas y jueces de garantías constitucionales”* además de *“Desarrollar mecanismos de coordinación con las entidades rectoras y ejecutoras de la política pública y los organismos especializados por la garantía y protección de derechos en todos los niveles de gobierno”*.

Por su parte, el artículo 100 de la LOD prevé que la DPE, en el marco de sus competencias, *“vigilará y controlará el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante”*, para cuyo efecto, podrá *“dictar medidas de protección de cumplimiento obligatorio y solicitar a las autoridades competentes que juzguen y sancionen las infracciones que prevé la ley”*. Adicionalmente, el inciso segundo del mismo artículo confiere a la DPE la calidad de *“institución nacional de derechos humanos”* y prevé que cuando la DPE determine la existencia o amenaza de vulneración de derechos constitucionales de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante *“activará las garantías jurisdiccionales respectivas”*. (el resaltado me corresponde)

Finalmente, el artículo 101 de la LOD prevé que: *“Las autoridades nacionales y seccionales, los gobiernos autónomos descentralizados y los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno”*, en el ámbito de sus

competencias, *“serán las encargadas de ejecutar las políticas públicas implementadas por las funciones del Estado y las instituciones de los sectores público y privado”*, para la plena vigencia y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

De lo manifestado se desprende que: i) el SNPIPD está conformado por tres niveles de organismos a los que corresponde: definir políticas; proteger y exigir derechos; y ejecutar las políticas, planes y proyectos. ii) al CONADIS le corresponde, entre otras atribuciones, el seguimiento y evaluación de políticas públicas; además, según la LOCNI le corresponde poner en conocimiento de las instituciones competentes los casos de amenaza o violación de derechos, dar seguimiento de las denuncias y de ser necesario solicitar a la DPE medidas de protección. iii) la DPE y los órganos de administración de justicia son los encargados de la protección, defensa y exigibilidad de derechos; iv) de acuerdo con la LOD, la DPE, como institución nacional de derechos humanos, cuando determine la existencia o amenaza de vulneración de derechos de las personas con discapacidad tiene atribución para dictar medidas de protección, así como para solicitar a la autoridad competente, esto es a la respectiva cartera de Estado, que conozca y resuelva los procedimientos administrativos y las presuntas infracciones a esa ley; y, para, de ser necesario, activar las garantías jurisdiccionales respectivas; y, v) las autoridades nacionales y los GAD son organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos.

2.3. El Sistema Nacional de Calidad y las normas de accesibilidad para personas con discapacidad dictadas por el INEN.-

El artículo 1 de la LSEC establece que dicha ley tiene como objetivo el *“establecer el marco jurídico del sistema ecuatoriano de la calidad”*, con la finalidad de: *“i) regular los principios, políticas y entidades relacionados con las actividades vinculadas con la evaluación de la conformidad”*, además de *“ii) garantizar el cumplimiento de los derechos ciudadanos relacionados con la seguridad, la protección de la vida y la salud humana”*; y, *“iii) Promover e incentivar la cultura de la calidad y el mejoramiento de la competitividad en la sociedad ecuatoriana”*.

El artículo 7 de la LSEC define al sistema ecuatoriano de la calidad (en adelante SEC) como *“el conjunto de procesos, procedimientos e instituciones públicas responsables de la ejecución de los principios y mecanismos de la calidad y la evaluación de la conformidad”*. En este orden de ideas, el artículo 8 ibídem señala que el SEC se encuentra integrado, entre otros, por el Comité Interministerial de la Calidad (en adelante CONCAL); el INEN; el SAE; y, el MPCEIP en calidad de institución rectora.

El inciso primero del artículo 9 de la LSEC creó el CONCAL como *“una instancia de coordinación y articulación de la política de la Calidad intersectorial (sic)”* integrada por varias entidades públicas. El numeral 6 del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 9 de la LSEC confiere al CONCAL atribución para *“Emitir las*

directrices para los procedimientos de evaluación de la conformidad relacionados con la certificación obligatoria de productos, de sistemas y de personas que ejerzan labores especializadas”; concluye esta norma que, el CONCAL, el INEN y el SAE contarán con consejos técnicos consultivos que “serán de consulta obligatoria y sus pronunciamientos tendrán carácter referencial no vinculante”.

Adicionalmente, el artículo 20 de la LSEC se refiere al Organismo de Acreditación Ecuatoriano - OAE, actualmente denominado SAE¹⁵, como un **“órgano oficial en materia de acreditación y como una entidad técnica de Derecho Público, adscrito al Ministerio de Industrias y Productividad”** (el resaltado me corresponde). Conforme la letra b) del artículo 21 ibídem, al SAE le corresponde cumplir las funciones de *“organismo técnico nacional, en materia de la acreditación de evaluación de la conformidad para todos los propósitos establecidos en las leyes de la República, en tratados, acuerdos y convenios internacionales de los cuales el país es signatario”*.

Por su parte la LSEC, en el Título IV *“De las infracciones y sanciones”* contiene dos capítulos que regulan las infracciones y la sanción y procedimiento, respectivamente. El artículo 52, ubicado en el Capítulo I *“De las infracciones”*, establece que constituyen infracciones sancionadas por esa ley *“las acciones u omisiones que se tipifican y señalan en los siguientes artículos, sin perjuicio de que por su gravedad puedan acarrear, a sus infractores, responsabilidades de carácter civil o penal”*, las mismas que deberán ser determinadas previo procedimiento administrativo.

Por su parte, el artículo 57, ubicado en el Capítulo II *“De la vigilancia, control, sanción y del procedimiento”*, señala que la vigilancia y control del Estado a través del MPCEIP *“se limita al cumplimiento de los requisitos exigidos en los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad”*. En tal contexto, el inciso final del artículo 58 ibídem determina que corresponde al MPCEIP pronunciarse *“en única y definitiva instancia administrativa”*, previo informe del INEN o el SAE, según corresponda; y que, dicha cartera de Estado **“resolverá e impondrá las sanciones y correcciones establecidas en esta Ley y remitirá en forma inmediata dicha resolución al INEN o al OAE para la ejecución de las correcciones.”** (el resaltado me corresponde)

El Reglamento Técnico¹⁶, en su numeral 1 **“OBJETO”**, subnumeral 1.1, señala que esa norma establece **“los requisitos que deben cumplir los espacios de uso público**

¹⁵ Mediante artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 338, publicado en Registro Oficial Suplemento 263 de 9 de Junio del 2014, se sustituyó las denominaciones del “Instituto Ecuatoriano de Normalización” por “Servicio Ecuatoriano de Normalización” y la de “Organismo de Acreditación Ecuatoriana” por “Servicio de Acreditación Ecuatoriana.

¹⁶ El primer considerando de la motivación del Reglamento Técnico expedido por el INEN señala: *“Que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 4, literal b) de la Ley 180 de Discapacidades; es deber del Estado garantizar políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia procurar la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social, por el que se reconoce el derecho al acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios y la eliminación de las barreras arquitectónicas;”*

y privado, para definir las condiciones de accesibilidad de todas las personas a fin de proveer seguridad y prevenir los riesgos para la salud y la vida". Al respecto, en el numeral 2 "**CAMPO DE APLICACIÓN**", el subnumeral 2.1 indica que los criterios técnicos y demás disposiciones de esa norma **"son aplicables a todos los espacios de uso público y privado, así como las respectivas instalaciones de servicios y mobiliario urbano para la accesibilidad de todas las personas dentro del territorio ecuatoriano."** (el resaltado me corresponde)

Sin perjuicio de los requisitos específicos previstos en el numeral 5 y sus subnumerales, el numeral 4 establece las "*Condiciones Generales*" de aplicación y el subnumeral 4.1. determina que "*Toda planificación y/o construcción de (...) espacios de uso público y privado, así como también, las respectivas instalaciones de servicios y mobiliarios urbanos en el país*", deben cumplir con todo lo especificado en esas normas técnicas.

Según los numerales 7 y 8 del Reglamento Técnico, la "*demostración de conformidad*" con ese reglamento se demuestra a través de "*un certificado de conformidad*", de acuerdo con lo establecido por el CONCAL, y la evaluación y certificación de esa conformidad que "*debe ser realizada por entidades debidamente acreditadas o designadas, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad*".

Los numerales 9 y 10 del Reglamento Técnico disponen además que el CONADIS es competente para vigilar y controlar el cumplimiento de los requisitos que establece esa norma técnica, "**a través de los organismos pertinentes, de acuerdo con lo establecido en la Ley sobre Discapacidades y su reglamento general**" (el resaltado me corresponde). En armonía con lo indicado, el numeral 10 ibídem prevé que la fiscalización y supervisión del cumplimiento de la norma técnica corresponde, de manera conjunta, al CONADIS y al INEN, en coordinación con los demás organismos en materia de la accesibilidad.

Finalmente, el numeral 11 del Reglamento Técnico prevé que el régimen de sanciones aplicable a quienes incumplan con lo establecido en ese Reglamento Técnico es el previsto en la LSEC, "*según el riesgo que implique para los usuarios y la gravedad del incumplimiento*".

De lo citado se evidencia que: i) el CONCAL es una instancia de coordinación y articulación de la política de la calidad intersectorial y se encuentra integrada por varias entidades públicas; ii) al CONCAL le compete emitir las directrices para los procedimientos de evaluación de la conformidad, relacionados con la certificación obligatoria de personas que ejercen labores especializadas; iii) el SAE es el órgano oficial en materia de acreditación y está adscrito al MPCEIP; iv) la vigilancia y control del Estado a través del MPCEIP se limita al cumplimiento de los requisitos exigidos en los

reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad; y, v) en cumplimiento del segundo inciso del artículo 58 de la LOD, el INEN emitió el Reglamento Técnico que confiere al CONADIS atribución para vigilar y controlar el cumplimiento de los requisitos de esa norma técnica, a través de los organismos pertinentes.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 9 de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad y 10 del Reglamento Técnico RTE INEN 042:2009 – Accesibilidad de Personas con Discapacidad, el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades es la dependencia a la cual le corresponde realizar el control y supervisión del cumplimiento de la normativa técnica de accesibilidad emitida por el Servicio Ecuatoriano de Normalización, de manera que se garantice que toda obra pública y privada de acceso público, urbana o rural cuente con accesos, medios de circulación, información e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad, según dispone el artículo 58 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Los casos de amenaza o violación de derechos debe poner en conocimiento de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la Defensoría del Pueblo, institución nacional de derechos humanos, es la dependencia que debe receptor y gestionar las quejas de la ciudadanía, respecto al incumplimiento de lo dispuesto en la normativa técnica de accesibilidad por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales.

Respecto a su tercera consulta se concluye que, según lo establecido en los artículos 102 de la Ley Orgánica de Discapacidades y 35.1, inciso final de su Reglamento, el Ministerio de Salud Pública es la dependencia de la Función Ejecutiva que debe sustanciar el procedimiento sancionador de la infracción tipificada en el numeral 3, artículo 116 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que consiste en impedir la accesibilidad o dificultar la movilidad de las personas con discapacidad en las instituciones públicas y privadas.

Finalmente, en atención a los términos de su cuarta consulta se concluye que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 20 y 21 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad, el Servicio de Acreditación Ecuatoriana es la dependencia a la que le corresponde certificar a los profesionales con especialización (diplomado, masterado,

postgrado) en Accesibilidad Universal para realizar el proceso de emisión de informes técnicos de cumplimiento de Accesibilidad Universal.

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

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.23
11:26:28 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. César Marcel Córdova Valverde,
DEFENSOR DEL PUEBLO, ENCARGADO

Dr. Julio José Prado Lucio-Paredes,
MINISTRO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Arq. Patricio Donoso Chiriboga, PhD.,
MINISTRO DEL TRABAJO

Ing. Franklin Alejandro Galarza Guzmán,
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS

Dr. Carlos Martín Echeverría Cueva,
DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE ACREDITACIÓN ECUATORIANO

Mgs. Ralph Assaf Nader,
DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO ECUATORIANO DE NORMALIZACIÓN

Oficio N° 20348

Quito, D.M., 20 de septiembre de 2022

Señor ingeniero

Carlos Alberto Riofrío González,

CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE.

Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 0342 DNJ-2022 de 17 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Son considerados como servidores públicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público, los consejeros presidenciales ‘Ad honorem’ designados a través de los Decretos Ejecutivos emitidos por la Presidencia de la República del Ecuador a los cuales se les ha asignado funciones en el sector público?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 19873 y 19874 de 18 de agosto de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante MDT) y a la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República (en adelante SP), que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Mediante oficio No. 20073 de 2 de septiembre de 2022 se insistió al MDT en dicho requerimiento.

1.2. A través de oficio No. PR-SNJRD-2022-0267-OQ de 31 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, la SP solicitó una prórroga de 5 días para remitir el criterio jurídico requerido, lo que fue atendido por este organismo con oficio No. 20024 de 1 de septiembre de 2022.

1.3. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos por: i) la Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT, mediante oficio No. MDT-SISPTE-2022-0635-O de 6 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente; y, ii) el Secretario General Jurídico de la SP con oficio No. T.23-SGJ-22-0179 de 6 de septiembre de 2022, recibido el 8 de los mismos meses y año.

1.4. El informe jurídico del Director Nacional Jurídico de la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), contenido en memorando No. 526-DNJ-AGAJ-CG-2022 de 16 de agosto de 2022, citó los artículos 147 numerales 5 y 9, 227, 229 y 233 de la Constitución de la

República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 3 numeral 1 y 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público² (en adelante LOSEP) y 16 de su Reglamento General³ (en adelante RGLOSEP); 2 y 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁴ (en adelante LOCGE); y, 3 y 4 de la Norma Técnica para la Contratación de Consejeros de Gobierno, Gestores de Gobierno y Asesores en las Instituciones del Estado⁵ (en adelante Norma Técnica), luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“Los Decretos Ejecutivos mediante los cuales se nombraron a los Consejeros Presidenciales, fueron actos administrativos que gozan de legitimidad hasta que no sean declarados nulos, de conformidad al artículo 104 del Código Orgánico Administrativo, en dichos actos se delegó funciones públicas a ciudadanos quienes fueron nombrados como Consejeros Presidenciales *ad honorem*, dando el efecto a esta designación como ‘voluntaria’ y como un servicio a la colectividad, sin embargo, el texto constitucional menciona que serán considerados como servidores públicos quienes presten servicios en cualquier modalidad o forma, por tanto, los servidores denominados *ad honorem* al tener actividades en el sector público, prestan servicios de esta naturaleza, en este caso, dentro de la función ejecutiva, puesto que la norma constitucional no prevé ningún requisito adicional para el desempeño de un trabajo, servicio, cargo, función o dignidad en el sector público.

Adicionalmente, las funciones asignadas a los Consejeros de Gobierno *ad honorem*, son similares a las que (sic) dispuestas en Acuerdo No. 0059 (Norma Técnica para la Contratación de Consejeros de Gobierno, Gestores de Gobierno y Asesores en las Instituciones del Estado), puesto que son sobre asesoramiento y recomendaciones al presidente (sic) de la República en temas concretos en asuntos públicos, funciones constantes en el inciso primero, del artículo 3 de la norma antes citada, por tanto, están incluidas en lo enmarcado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 229 de la Constitución de la República del Ecuador”.

1.6. El criterio jurídico del MDT, además de las normas invocadas por el organismo consultante, citó los artículo 141 de la CRE; 5 y 23 letra b) de la LOSEP; y, 45 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA), en base a los cuales concluyó:

“4. PRONUNCIAMIENTO:

Con fundamento en el marco jurídico invocado, así como en el análisis efectuado sobre el mismo, es criterio de este Ministerio concluir que por disposición expresa de la Constitución de la República y de la Ley Orgánica del Servicio Público, el Presidente de la República posee la capacidad jurídica de expedir los decretos necesarios para la integración, organización, regulación y control de la administración pública, permitiendo que a través del Decreto Ejecutivo se pueda poner en conocimiento público el alcance de la consejería que brinda un consejero *ad-honorem* sin que ello involucre erogación de recursos públicos.

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

² LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

³ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

⁴ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁵ Norma Técnica para la Contratación de Consejeros de Gobierno, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 216 de 1 de abril de 2014.

⁶ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

Por lo tanto, es jurídicamente procedente, que el Presidente de la República designe a través de Decreto Ejecutivo, a Consejeros Presidenciales o de Gobierno mediante la figura *Ad honorem*; sin embargo, dada la naturaleza de no percibir retribución económica alguna que ostenta esta figura, y al no tener una relación de dependencia con una institución pública por incompatibilidad de régimen y figuras contractuales, no es procedente considerarlos como servidores públicos; y, en consecuencia, no son sujetos de cumplimiento de los requisitos de ingreso, ni de derechos y obligaciones que la LOSEP y su Reglamento General observan para los servidores públicos en general”.

1.7. Por su parte, el criterio jurídico de la SP citó, adicionalmente, los artículos 5, 16 y 17 de la LOSEP; 10 y 11 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁷ (en adelante ERJAFE); 8 de la Ley de Derechos Consulares⁸ (en adelante LDC); 2 del Decreto Ejecutivo No. 1573 de 23 de junio de 2006⁹, a través del cual se creó el Consejo para la Seguridad Ciudadana como un cuerpo colegiado; los artículos 1334 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante Código Municipal), sustituido por el artículo 1 de la Ordenanza Municipal No. 24¹⁰; y, 1, 2, 3, 4 y 14 de la Ley para la Presentación y Control de las Declaraciones Patrimoniales Juradas¹¹ (en adelante LPCDPJ), con fundamento en los cuales concluyó:

“3. CONCLUSIÓN.-

(...)

4. Las Consejerías de Gobierno son exclusivas del Presidente, se encuentran reguladas desde el año 2014 por una Noma Técnica específica dictada por el Ministerio de Trabajo como ente rector del ramo, bajo sus competencias normativas previstas en la LOSEP, por lo que constituye norma especial.

5. Conforme esta norma, estas consejerías no son parte de la carrera de servicio público, son funciones de confianza exentas expresamente de otros requisitos, y cuya contratación bajo la figura de servicio ocasional es optativa, siendo el Presidente quien puede ‘*determinar libremente sobre su designación y tipo*’. Según la mentada norma, están expresamente exentas de los requisitos aplicables a asesores y funcionarios para su designación, es decir, dependen exclusivamente de la voluntad y tareas que les asigne el Presidente.

6. El Presidente puede crear y suprimir libremente estas consejerías, teniendo una amplia potestad para determinar si son de tipo remunerado o de tipo *ad honorem*, delimitar sus funciones y duración, así como suprimirlas según su criterio.

7. La figura de consejería *ad honorem* tiene una larga tradición en el orden jurídico ecuatoriano.

⁷ ERJAFE, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2022.

⁸ LDC, publicada en el Registro Oficial No. 138 de 18 de octubre de 2005

⁹ Decreto Ejecutivo, publicado en el Registro Oficial No. 305 de 4 de julio de 2006.

¹⁰ Código Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 472 de 14 de junio de 2021

¹¹ LPCDPJ, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 729 de 8 de abril del 2016

8. Los consejeros no administran ni gestionan recursos públicos, ni tampoco reciben paga de parte del sector público, por lo que en dicho ámbito se encuentran fuera del objeto de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Sin perjuicio de que para la ejecución de sus funciones en el Palacio de Gobierno o fuera de la sede presidencial se les pueda asignar espacios de trabajo, herramientas de oficina, movilización u otros, así como darles seguridad en caso de que sus perfiles de Riesgo lo ameriten.

9. En el caso puntual de los consejeros de gobierno *ad honorem*, cuando éstos no tienen contrato de servicios ocasionales (que como se expuso es optativo), no existe obligación de presentar la declaración de inicio y fin de gestión ante la Contraloría General del Estado, sin perjuicio de que puedan hacerlo voluntariamente.

10. En consecuencia, se puede concluir que su participación consultiva voluntaria es un ejercicio de los derechos de participación y transparencia, mas no son funcionarios públicos al estar exentos de su incorporación mandatoria como tales por la norma especial que regula esta instancia.

11. Sin embargo, subsidiariamente, en caso de que se considerare que son servidores públicos, debe quedar aclarado que su participación a título gratuito es legítima -el propio art. 4 de la LOSEP refiere a la prestación ‘a cualquier título-, su designación, creación o supresión es parte de la amplia potestad de organización del Presidente sobre la función ejecutiva, y que conforme la norma especial que las regula su designación está exenta de todo requisito, salvo la confianza del Presidente de la República. Por tanto, están expresamente excluidos de las normas que regulan los trámites y procedimientos aplicables a los funcionarios contratados a título oneroso”.

1.8. De lo expuesto se observa que, el informe jurídico del organismo consultante difiere de los criterios jurídicos del MDT y de la SP. Así, para la CGE las funciones asignadas a los Consejeros de Gobierno *ad honorem* son similares a las previstas en la Norma Técnica, en cuanto a brindar asesoría y recomendaciones al Presidente de la República en temas concretos sobre asuntos públicos, por lo cual dicho organismo de control considera que deben ser considerados servidores públicos, al amparo de lo señalado en el artículo 4 de la LOSEP.

Por su parte, los criterios jurídicos del MDT y de la SP se refieren a la competencia del señor Presidente de la República para expedir los Decretos necesarios para la organización de la administración pública, entre ellos para designar Consejeros. Coinciden en que los Consejeros de Gobierno *ad honorem* no perciben retribución económica, ni mantienen relación de dependencia con una institución pública, por lo que no son servidores públicos. Agrega la SP que la participación de dichos consejeros es un ejercicio de los derechos de participación y transparencia que no los transforma en funcionarios públicos, pues no administran ni gestionan recursos públicos, y precisa que la figura de la consejería *ad honorem* tiene larga tradición en el orden jurídico ecuatoriano y, al efecto, cita varios ejemplos de normas vigentes que se refieren al ejercicio de funciones honorarias.

Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) definición de servidor público, ingreso al servicio, remuneración y responsabilidades de los servidores públicos; ii) organización de la Administración Pública Central y normativa que regula la designación de Consejeros de Gobierno; y, iii) desempeño temporal de funciones públicas por personas provenientes de la sociedad civil.

2.1. Definición de servidor público, ingreso al servicio, remuneración y responsabilidades de los servidores públicos. -

El primer inciso del artículo 229 de la CRE contiene una definición genérica de servidor público, según la cual *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*. Idéntica previsión consta en el artículo 4 de la LOSEP, sobre cuya aplicación trata su consulta.

De acuerdo con el primer inciso del artículo 16 de la LOSEP, ***“Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora”*** y agrega su segundo inciso que: ***“El término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán”*** (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el artículo 17 de la LOSEP, en armonía con el artículo 17 de su Reglamento General, precisa que para el ejercicio de la función pública los nombramientos pueden ser: permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción, y de período fijo.

De conformidad con el artículo 105 de la LOSEP, los servidores públicos son remunerados con cargo a una partida presupuestaria específica a la que está ligado el respectivo puesto o cargo; y, por tanto: *“La norma, acto decisorio, acción de personal, o el contrato que fije la remuneración de una servidora o servidor, no podrá ser aplicable si no existe la partida presupuestaria con la disponibilidad efectiva de fondos”*.

En tanto que el inciso cuarto del artículo 58 de la LOSEP establece que el personal que labora en el servicio público bajo la modalidad de servicios ocasionales ***“tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento permanente”***, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación. El inciso noveno del citado artículo prevé además que: ***“La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Trabajo”***. Adicionalmente, el inciso octavo del artículo 143 del RGLOSEP señala que: *“las personas contratadas deberán cumplir con todos los requisitos y el perfil del puesto exigido en los manuales institucionales y en el Manual Genérico de Puestos”* (el resaltado me corresponde).

De su parte, el primer inciso del artículo 233 de la CRE expresa que: ***“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones”***, y agrega que ***“serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”*** (el resaltado me corresponde).

Por otro lado, el artículo 211 de la CRE prescribe que la CGE es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. En este contexto, el artículo 212 ibídem señala las funciones de la CGE.

El artículo 1 de la LOCGE prevé que su objeto es establecer y mantener, bajo la dirección de la CGE, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de ***“examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”*** (el resaltado me corresponde).

La gestión institucional necesaria para atender las competencias estatales específicas que el ordenamiento jurídico asigna a cada entidad, implica un conjunto de actividades, tales como las de carácter operativo o financiero, necesarias para la ejecución de programas o proyectos, mediante la selección de la modalidad de gestión y la aplicación de los procedimientos establecidos en la ley, cuya planificación, desarrollo y evaluación corresponde a las autoridades y servidores de las respectivas instituciones del Estado, que son responsables por la administración, uso y custodia de los bienes y recursos públicos, y cuya gestión está sujeta al control de la CGE.

De lo expuesto se observa que: *i)* son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; *ii)* para desempeñar un cargo o puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la autoridad nominadora, cumplir los requisitos de ingreso, según la naturaleza del cargo a desempeñar, y no incurrir en inhabilidades; *iii)* la remuneración de los servidores públicos se rige por el principio de la preeminencia del presupuesto y es fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el MDT; y, *iv)* todo servidor público es responsable por sus acciones y omisiones en el desempeño del cargo. La gestión institucional, mediante el uso y custodia de bienes y recursos públicos, es responsabilidad de las autoridades y servidores públicos.

2.2. Organización de la Administración Pública Central y normativa que regula la designación de Consejeros de Gobierno. -

De conformidad con el numeral 9 del artículo 147 de la CRE, entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República consta el ***“Nombrar y remover a las ministras y***

ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda”.

Por su parte, el artículo 45 del COA confiere al Presidente de la República amplia potestad para crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la Administración Pública Central, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia. En efecto, la referida norma prescribe:

“Art. 45.- Administración Pública Central.- El Presidente de la República es responsable de la administración pública central que comprende:

1. La Presidencia y Vicepresidencia de la República
2. Los ministerios de Estado
3. Las entidades adscritas o dependientes
4. Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central.

En ejercicio de la potestad de organización, la o el Presidente de la República puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la administración pública central, cualquiera sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia” (el resaltado me pertenece).

En esta misma línea, la letra d) del artículo 11 del ERJAFE determina que el Presidente de la República tendrá entre sus atribuciones y deberes el *“Designar a las autoridades conforme las atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes”*.

Y la letra e) del artículo 10-1 del mismo ERJAFE incluye, entre las entidades de la Función Ejecutiva, a los Consejos Consultivos, definidos como:

“e) Consejo Consultivo.- Instancia de estricto carácter consultivo y de obligatoria convocatoria institucional, en el momento de la definición y la evaluación de la política pública de las carteras de Estado. **Tendrán representación amplia y plural de la sociedad civil, y no contarán con recursos públicos para su funcionamiento”** (el resaltado me corresponde);

Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 229 de la CRE prevé que: *“La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”*.

En este orden de ideas, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP incluye entre las competencias del MDT el **“Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público, y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley”** (el resaltado me corresponde).

De igual manera, el artículo 112 del RGLOSEP señala que el MDT “*constituye el organismo rector en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones e ingresos complementarios*” de los servidores del sector público, y es responsable, entre otros aspectos de: “*a.- **Proponer políticas de Estado y de Gobierno en la administración del talento humano***” (el resaltado me corresponde).

En ejercicio de sus competencias el Ministerio de Relaciones Laborales (actual MDT) expidió la Norma Técnica, cuyo artículo 1 contempla que su objeto es establecer las disposiciones “*para la **contratación de personas para los puestos de Consejeros de Gobierno exclusivamente para el Presidente de la República, asesores y gestores de Gobierno en las instituciones del Estado***” (el resaltado me corresponde).

El artículo 2 de la Norma Técnica, al referirse a su ámbito, indica que sus disposiciones “*son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público – LOSEP*”, lo que incluye a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva.

Por su parte, el artículo 3 de la mencionada Norma Técnica al referirse a los Consejeros de Gobierno señala que son quienes “*en base de sus conocimientos logra **asesorar y proponer políticas y mejoras al Presidente de la República en temas de interés prioritarios para el Estado ecuatoriano**, así como asistir en temas de gobernabilidad con las otras funciones del Estado*” (el resaltado me corresponde).

En relación a la naturaleza de las funciones del Consejero de Gobierno y su contratación, el artículo 4 ibídem agrega que constituye un “*cargo técnico de confianza y de libre remoción por parte de la autoridad nominadora*”, y respecto de su contratación faculta a realizarla mediante la modalidad de contrato de servicios ocasionales, de conformidad con la LOSEP, su Reglamento General y la Norma del Subsistema de Planificación del Talento Humano.

En definitiva, la actividad de los Consejeros de Gobierno *ad honorem* designados por el Presidente de la República se refiere a la propuesta de políticas y mejoras en temas prioritarios, pero no se extiende a la gestión institucional.

De lo manifestado se desprende que: i) el Presidente de la República tiene atribución para nombrar y remover, en general, a los servidores públicos cuya nominación le corresponda; así como para organizar la administración pública mediante Decreto Ejecutivo; ii) el MDT es el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, encargado de proponer políticas de Estado y de Gobierno en materia de administración del talento humano; iii) el cargo de Consejero de Gobierno es de naturaleza técnica, de confianza y de libre remoción por parte del Presidente de la República; iv) a los Consejeros de Gobierno les corresponde la función de asesorar y proponer políticas y mejoras al Presidente de la República en temas de interés y prioritarios, siendo que la Norma Técnica faculta su vinculación a través de la suscripción de contratos ocasionales; y, v) la LOSEP, su Reglamento

General y la Norma Técnica no contemplan de forma expresa la figura de los Consejeros de Gobierno *ad honorem*, pero el ERJAFE expresamente prevé que la Función Ejecutiva puede contar con Consejos Consultivos, que no requieren de asignación presupuestaria para su funcionamiento y se integran con personas de la sociedad civil.

2.3. Desempeño temporal de funciones públicas por personas de la sociedad civil. -

En relación al desempeño temporal de funciones públicas por parte de personas pertenecientes a la sociedad civil, Vidal Perdomo¹² explica lo siguiente:

“No todas las relaciones de servicios personales con la administración quedan cubiertas por los conceptos jurídicos de empleados públicos y trabajadores oficiales, o la más amplia hoy de servidores públicos, para hacer uso del lenguaje colombiano en la materia. Hay quienes forman parte del personal de colaboradores exteriores, y los hay que tienen la carga ciudadana de ser jurados electorales o de conciencia, o miembros de juntas directivas, que según el artículo 18 del Decreto 1050 de 1968, ejercen también funciones públicas sin ser funcionarios públicos”.

La participación de personas que provienen de la sociedad civil en actividades de interés público, constituye un derecho previsto en el numeral 2 del artículo 61 de la CRE. Adicionalmente, el artículo 95 *ibídem* establece que los ciudadanos, en forma individual y colectiva, **“participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos”** (el resaltado me corresponde).

Sobre el tema, en pronunciamiento contenido en oficio No. 10287 de 25 de septiembre de 2020, la Procuraduría General del Estado examinó el alcance de la aplicación del artículo 4 de la LOSEP, que contiene la definición genérica de servidor público, en relación a los representantes de órganos colegiados que provienen de la sociedad civil. En dicho pronunciamiento este organismo analizó lo siguiente:

“De lo señalado se desprende que: i) los Consejos Nacionales para la Igualdad son organismos de derecho público, con personería jurídica, que forman parte de la Función Ejecutiva y como tales se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LOSEP; ii) **los representantes de la sociedad civil que integran órganos colegiados de las entidades públicas, no tienen la calidad de servidores públicos ni perciben ingresos del Estado** y, por tanto, tienen derecho a percibir dietas, de acuerdo a lo previsto en los artículos 125 de la LOSEP y 265 de su Reglamento General” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, en pronunciamiento contenido en oficio No. 15275 de 26 de agosto de 2021, en relación a los integrantes de la Comisión Calificadora para la designación de jueces de la Corte Constitucional, provenientes de la sociedad civil, esta Procuraduría concluyó lo siguiente:

¹² Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, págs. 453 y 454.

“(…) las personas que han sido designadas por las Funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social para integrar dicha comisión, al ser designadas de fuera del seno de las referidas Funciones del Estado, y **siempre que provengan de la sociedad civil, no tienen la calidad de servidores públicos, en los términos previstos por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público** (...) (el resaltado me corresponde)

Además de los ejemplos citados en el informe de la SP, se observa que el inciso primero del artículo 118 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior¹³ (en adelante LOSE) se refiere a “*los funcionarios consulares honorarios*” y señala que “*son nombrados por el Ministro de Relaciones Exteriores y deberán ser ecuatorianos, preferentemente domiciliados en el lugar donde deban ejercer sus funciones*”.

Concordante, el Reglamento de Funcionamiento de los Consulados Honorarios del Ecuador y actuaciones de sus Cónsules Honorarios¹⁴ (en adelante Reglamento de Cónsules), respecto al Cónsul Honorario indica en su artículo 2 que es la persona nombrada para ejercer funciones consulares en el exterior, quien “*sufraga los gastos de la oficina consular con recursos de su patrimonio, no percibe remuneración alguna por el ejercicio de sus actuaciones y no forma parte del Servicio Exterior*” (el resaltado me corresponde).

Por su parte el artículo 18 del Reglamento de las Oficinas Consulares¹⁵, al referirse a los funcionarios consulares honorarios, establece que “*están facultados para desempeñar idénticas funciones que las señaladas para los funcionarios consulares rentados, excepto aquellas que, según las leyes, reglamentos, tratados, resoluciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o la costumbre internacional no correspondan a los funcionarios honorarios*”.

De igual manera el artículo 21 del mencionado reglamento dispone que: “*En casos especiales, la Contraloría General de la Nación, previa solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, exonerará de la presentación de la caución respectiva a un funcionario ad – honorem*”.

De la normativa citada se aprecia que: i) la participación de personas de la sociedad civil en asuntos de interés público ha sido analizado por la doctrina, determinando que no todas las relaciones de servicios personales con la administración otorgan la calidad de servidor público; ii) la legislación ecuatoriana permite la participación de personas que provienen de la sociedad civil tanto en órganos colegiados de entidades públicas, como los Consejos Consultivos a los que se refiere el ERJAFE, y de forma individual, por ejemplo en el servicio exterior mediante la figura de los funcionarios honorarios o *ad honorem*, sin relación de dependencia ni remuneración que dé lugar a la calidad de servidores públicos al amparo de lo previsto en el artículo 4 de la LOSEP.

¹³ LOSE, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 262 de 2 de mayo de 2006.

¹⁴ Reglamento de Cónsules, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 545 de 29 de septiembre de 2011.

¹⁵ Reglamento de las Oficinas Consulares, publicado en el Registro Oficial No. 457 de 15 de marzo de 1965.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 45 del Código Orgánico Administrativo y 10-1 letra e) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la Administración Pública Central puede contar con instancias de asesoramiento creadas por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo e integradas por personas de la sociedad civil, que para su funcionamiento no cuentan con asignación presupuestaria. En tal virtud, los Consejeros de Gobierno *ad honorem* designados por el Presidente de la República, al no tener relación de dependencia ni percibir remuneración, no son considerados servidores públicos en los términos previstos por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.20
11:34:09 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C: Ab. Fabián Teodoro Pozo Neira
Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República

Arq. Patricio Donoso Chiriboga
Ministro del Trabajo

Oficio N° 20333

Quito, D.M., 19 de septiembre de 2022

Señor magíster
Niels Anthonez Olsen Peet,
MINISTRO,
MINISTERIO DE TURISMO.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MT-MT-2022-1652-OF de 19 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 25 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1. ¿El cálculo de la devengación de la indemnización recibida por supresión de puestos, se debe efectuar desde la fecha en que se produjo la cesación definitiva del ex servidor/a o desde el mes siguiente, considerando el valor completo de la Remuneración Mensual Unificada?”.

2. ¿Este cálculo se debe realizar en función de la última Remuneración Mensual Unificada completa como dispone el Decreto Ejecutivo 1053 de 19 de mayo de 2020, ‘para el cálculo de las indemnizaciones y bonificaciones en caso de terminación de la relación laboral’, y, como se realizaron las aportaciones de seguridad social mientras duró la vigencia de dicho decreto?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19600 y 19857 de 28 de julio y 17 de agosto de 2022, este organismo solicitó e insistió al Ministerio del Trabajo (en adelante MDT), respectivamente, que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de las consultas, lo que fue atendido por la Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT, a través de oficio No. MDT-SISPTE-2022-0605-O de 22 de agosto de 2022, ingresado en esta Procuraduría al día siguiente.

1.2. El informe jurídico de la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Turismo (en adelante en MINTUR), contenido en memorando No. MT-CGJ-2021-0366-M de 25 de octubre de 2021, suscrito por la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Turismo (en adelante en MINTUR), citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 14, 96 y

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

110 de la Ley Orgánica del Servicio Público² (en adelante LOSEP); y, 14 y 243 del Reglamento General a la LOSEP³ (en adelante RLOSEP), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“Conforme lo establece el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la **devengación por concepto de indemnización por Supresión de Puestos deberá efectuarse desde el cese definitivo de las funciones** que cumplía el servidor público en la institución. Para ejecutar dicha acción **se debe considerar el valor de la Remuneración Mensual Unificada, tomando en cuenta el último día en el cual el funcionario prestó efectivamente sus servicios**, cabe señalar que de conformidad con el artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público **la Remuneración Mensual Unificada que perciben los servidores públicos resulta de la suma de todos los ingresos anuales dividido para doce el cual debe encontrarse presupuestado** (el resaltado me corresponde).

(...)

La remuneración que perciben los funcionarios del sector público se cancela, exceptuando cuando la necesidad institucional establezca lo contrario, de forma MENSUAL en virtud de la escala remunerativa existente, es decir, **el cálculo debe efectuarse por el valor de la última Remuneración Mensual Unificada completa ya que no existe la figura de remuneración parcial**” (el resaltado me corresponde).

1.3. El criterio jurídico del MDT, además de las normas señaladas por el consultante, citó los artículos 82 y 233 de la CRE; 5, letras c) y g) subliteral g.3 de la LOSEP; y, 3, numerales 1 y 2, 10, 11 y 25, letra c) del RLOSEP, en base a los cuales concluyó:

“En razón de lo expuesto y atendiendo los términos de la primera consulta, **para el cálculo de la devolución de la indemnización recibida por supresión de puestos, se debe contar desde la fecha en la que se produjo la separación de la o el servidor público, tomando en cuenta la última remuneración que percibió la o el servidor público.**

Respecto a la segunda consulta, para el cálculo de la devolución de la indemnización recibida por supresión de puestos, se debe tomar en cuenta la última remuneración que percibió la o el servidor público. Cabe precisar que, **si la supresión de puesto, se realizó sobre el puesto de una o un servidor cuando estos, en legal y debida forma, desempeñaban sus funciones en una jornada de trabajo disminuida, la remuneración que se debe tomar en cuenta, para el cálculo de la devolución de la indemnización recibida por supresión de puestos, es la última perciba (sic) antes de la disminución de la jornada**” (el resaltado me corresponde).

1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico del MINTUR coincide con el criterio jurídico del MDT. En relación a la primera pregunta ambas carteras de Estado concuerdan en el sentido de que la devengación por concepto de indemnización por supresión de puestos debe efectuarse desde la fecha en la que se produjo la separación del servidor público, tomando en cuenta su última remuneración mensual percibida.

² LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

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

Respecto a la segunda pregunta, ambas carteras de Estado coinciden en que el cálculo debe efectuarse por el valor de la última remuneración. Por su parte, el MDT precisa que si la supresión de puesto se realizó respecto de un servidor cuando se desempeñaba en una jornada de trabajo disminuida, la remuneración que se deberá tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización por supresión será la última percibida antes de la disminución de la jornada.

2. Análisis. -

De acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes, considerando para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el inciso primero del artículo 14 de LOSEP establece que los ex servidores que hubieren sido indemnizados por efecto de la supresión de puesto podrán reingresar al sector público solamente si devuelven *“monto de la indemnización recibida, menos el valor resultante de la última remuneración que percibió multiplicado por el número de meses que no prestó servicios en el sector público, contados desde la fecha en que se produjo su separación”* (el resaltado me corresponde).

Sobre el reingreso al servicio público, regulado por el citado artículo 14 de la LOSEP, en pronunciamiento contenido en oficio No. 13290 de 21 de mayo de 2013, este organismo concluyó:

“(…) que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el servidor que hubiere cesado por supresión de puestos, renuncia voluntaria, compra de renuncia o figuras similares, por las que percibió indemnización o compensación económica, no puede reingresar al sector público salvo que devolviera los valores recibidos por tales conceptos, a excepción de que el reingreso se produzca a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, según prescribe el inciso cuarto de citado artículo 14 de la LOSEP, esto es a aquellos puestos descritos en las letras b) (subliterales b.1 a b.4) y c) del artículo 17 *ibídem*”.

En ese contexto, la letra e) del artículo 23 de la LOSEP contempla entre los derechos irrenunciables de los servidores públicos el *“Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley”* (el resaltado me corresponde). La supresión del puesto da lugar a la cesación definitiva del servidor, según la letra c) del artículo 47 *ibídem*.

De su parte, el artículo 96 de la LOSEP prevé que la remuneración mensual unificada de los servidores de las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas sujetas a su ámbito de aplicación *“resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que los dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores tengan derecho y que se encuentren presupuestados”*, excluyendo de dicha remuneración, entre otros, los ingresos correspondientes a subrogaciones o encargos, conforme lo determinado en el artículo 243 del RLOSEP.

El pago de las remuneraciones, de acuerdo con el artículo 106 de la LOSEP, se lo realizará por mensualidades o quincenas vencidas y se paga a los servidores públicos desde el primer día del mes y hasta el día de efectiva prestación de actividades, siendo fraccionables entre dos personas dentro de un mismo mes, según establece el artículo 110 ibídem.

En cuanto a la jornada legal de trabajo de los servidores públicos, el artículo 25 de la LOSEP prevé que podrá ser ordinaria o especial. La disminución de la jornada consta prevista por la letra c) del artículo 25 del RGLOSEP, que dispone: *“Por excepción y con la aprobación de la máxima autoridad, por un período no mayor a seis meses renovables por seis meses más por una sola ocasión, la jornada de trabajo podrá ser disminuida”*, previa autorización del Ministerio rector del Trabajo, hasta un límite no menor a treinta horas semanales. Sobre la remuneración aplicable al cálculo de indemnizaciones, el segundo inciso de la misma norma dispone que: *“Si se terminare la relación de prestación de servicios, las indemnizaciones y bonificaciones, se calcularán sobre la última remuneración recibida antes del ajuste de la jornada”* (el resaltado me corresponde).

Finalmente, con relación a las aportaciones al seguro social obligatorio, la parte final del segundo inciso de la letra c) del artículo 25 del RLOSEP dispone que, *“mientras dure la reducción, las aportaciones a la seguridad social que corresponden al empleador y al servidor público serán pagadas sobre ocho horas diarias de trabajo”* (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que, i) la supresión del puesto de un servidor de carrera da lugar a su cesación definitiva, siendo su derecho irrenunciable el recibir una indemnización por el monto fijado en la LOSEP; ii) el reingreso al servicio público se puede realizar si la persona devuelve el monto de la indemnización recibida, menos el resultante de la última remuneración multiplicada por el número de meses que no prestó servicios en el sector público, salvo que el reingreso se produzca a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción; iii) el cálculo para la devolución de la indemnización por supresión de puesto o partida deberá efectuarse desde la fecha en que se produjo la separación del servidor público y considerando la última remuneración percibida antes de la reducción de la jornada, de ser el caso.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 14, 25 y 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, para el caso de reingreso al servicio público, el cálculo de la devolución de la indemnización por supresión de puestos o partidas se deberá realizar desde la fecha en la que se produjo la separación del servidor público y tomando en cuenta la última remuneración que percibió.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, para el cálculo de la devolución de la indemnización recibida por supresión de puesto, de acuerdo con el segundo inciso de la letra c) del artículo 25 del Reglamento General a Ley Orgánica del Servicio Público, se considerará el valor de la última remuneración percibida por el servidor antes del ajuste de la jornada, sobre la cual se efectuó el aporte a la seguridad social.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.19
12:11:18 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Arq. Patricio Donoso Chiriboga,
Ministro del Trabajo.

Oficio N° 20322

Quito D.M., 16 SEP 2022

Señor ingeniero
Francisco Fernando Pizarro Quezada,
PRESIDENTE,
GADP SAN BARTOLOMÉ.
San Bartolomé. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 120 GAD-PSB de 12 de mayo de 2022, ingresado en la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca al día siguiente y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRAZ-2022-0949 de 22 de junio de 2022, recibido el 24 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1.- ¿De conformidad a la Disposición General Quinta del Código Orgánico Administrativo, es facultad del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de San Bartolomé, llevar a cabo el procedimiento sumario de carácter administrativo, para emitir el auto resolutorio, que determine el título de propiedad de los bienes afectados al servicio público determinados en el artículo 418 del COOTAD, y que se encuentran en uso y administración de indicada (sic) entidad, por más de cinco (5) años de manera ininterrumpida, previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad?

2.- En caso que su respuesta a la primera consulta sea afirmativa ¿Debe el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de San Bartolomé, notificar al o a los interesados dentro del proceso de inscripción de los bienes que se encuentran en uso y administración por más de cinco (5) años de manera ininterrumpida, conforme inciso (sic) segundo de la Disposición General Quinta del Código Orgánico Administrativo?

3.- Los bienes de uso público determinados en el literal (sic) b) y g) del Art. 417 del COOTAD, esto es: ‘b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística; (...) g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario’, ubicados en la jurisdicción territorial parroquial, ¿Deben contar con el debido título de propiedad a nombre del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de San Bartolomé para efectos inversión (sic) pública; así como, su debida administración?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficio No. PGE-DRAZ-2022-0875 de 04 de mayo de 2022, la Dirección Regional del Azuay de este organismo solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de San Bartolomé (en adelante GADP San Bartolomé) reformular los términos de sus consultas inicialmente planteadas con oficio No. 109 GAD-PSB de 28 de abril de 2022, ingresado en la referida regional al día siguiente, así como remitir el informe jurídico del Asesor Jurídico respecto al objeto de las consultas reformuladas, lo que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, previamente a atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19287 y 19493 de 01 y 20 de julio de 2022, respectivamente, este organismo solicitó e insistió al Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (en adelante CONAGOPARE) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia de las consultas, sin tener respuesta hasta la presente fecha.

1.3. El informe jurídico del Asesor Jurídico del GADP San Bartolomé, contenido en oficio sin número de 11 de mayo de 2022, citó los artículos 225, numeral 2, 226, 238 y 240 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 5, 8, 9, 63, 67 letra a), 70, 414, 415, 417, 418, 425 y 426 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante COOTAD); 3, 14, 17, 47, 130 y la Disposición General Quinta del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante COA); 969, 702 y 703 del Código Civil⁴ (en adelante CC); 56 del Reglamento General Sustitutivo para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público⁵ (en adelante Reglamento de Administración de Bienes); y, la absolución de consulta no vinculante de la Corte Nacional de Justicia contenida en oficio No. 885-P-CNJ-2021 de 18 de noviembre de 2021, en la cual se examinó la aplicación de la Disposición General Quinta del COA, con fundamento en los cuales manifestó y concluyó:

“POSICIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA. -

(...) en primera instancia el GAD Parroquia (sic) deberá llevar a cabo un sumario administrativo **que determine la posesión del inmueble por más de cinco años de manera ininterrumpida y que carecen de títulos de propiedad legalmente inscritos a su nombre.** Dentro del sumario **se deberá probar documentadamente dichos actos posesorios** para que legitime el acto resolutorio o auto resolutorio que determine la inscripción de dichos inmuebles por parte del Registro de la Propiedad, tomando en cuenta lo que expresa la Disposición General Quinta del Código Orgánico Administrativo (...)

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

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

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

⁴ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵ Reglamento de Administración de Bienes, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 388 de 14 de diciembre de 2018.

ORA

Una vez inscrito el bien inmueble por parte del Registrador de la Propiedad, **se procederá a la respectiva notificación al GAD Parroquial en calidad de interesado, respecto a la transferencia de dominio a su favor.**

Por último, debemos indicar que los bienes inmuebles donde el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de San Bartolomé genera administración para la prestación de servicios, deben estar catastrados y contar con el respectivo título de propiedad que justifique dichos actos administrativos, tomando en cuenta que varios de estos espacios, conforme reglamentación interna son arrendados, como es el caso de bóvedas en el cementerio; así como, se ejecutan proyectos de inversión de mantenimiento y funcionamiento como son las edificaciones denominadas casas comunales, complejos deportivos, plazas, mercados, cementerios, e incluso las mismas instalaciones del GAD Parroquial, entre otros” (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i) El derecho a la propiedad; ii) la clasificación de los bienes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante los GAD); iii) la posesión y la Disposición General Quinta del COA; iv) la prescripción adquisitiva de dominio; y, v) el procedimiento de adquisición de la propiedad de inmuebles de los particulares por las instituciones del Estado y los GAD parroquiales.*

2.1. El derecho a la propiedad. -

El numeral 26 del artículo 66 de la CRE reconoce y garantiza a las personas **“el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”** (el resaltado me corresponde). Concordante, el artículo 321 ibídem expresa que: **“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta”**, y reitera que deberá cumplir su función social y ambiental (el resaltado me corresponde).

En relación al dominio o propiedad, el inciso primero del artículo 599 del CC lo define como **“el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”** (el resaltado me corresponde). Agrega el segundo inciso del citado artículo que: **“La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”**.

Al respecto, Castán Toboñas citado por Luis Parraguez, sostiene que entre los conceptos de propiedad y dominio **“no hay diferencia de extensión y contenido, sino simplemente de punto de vista, o lo que es lo mismo, que la propiedad es un término económico-jurídico, mientras que el dominio es técnico-jurídico”**⁶.

⁶ PARRAGUEZ, Luis. Régimen Jurídico de los Bienes, Cevallos Editora Jurídica. Quito – Ecuador 2018. Pág. 230.

Respecto a los modos de adquirir el dominio, aquellos se encuentran previstos por el artículo 603 del CC, y son: *“la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión, por sentencia ejecutoriada de extinción de dominio por causa de muerte y la prescripción”*.

Por la ocupación se adquiere *“el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional”*, según el artículo 622 del CC.

La accesión, conforme al artículo 659 del CC, consiste en un *“modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella”*.

La tradición, al amparo de lo establecido en el artículo 686 del CC, *“consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo”*. De acuerdo con el artículo 702 del CC, en el caso de inmuebles la tradición se efectúa por la inscripción del título traslativo de dominio en el Registro de la Propiedad.

La sucesión por causa de muerte se desarrolla en el Libro III del CC, en tanto que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, *“por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*, de acuerdo con el artículo 2392 ibídem.

Por su parte, el artículo 323 de la CRE, en armonía con el artículo 446 del COOTAD, que constituye la norma especial que establece el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados entre ellos los parroquiales rurales, faculta a las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, a efectuar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, prohibiendo expresamente al Estado la confiscación para proteger el derecho a la propiedad de los particulares.

En este contexto, de acuerdo con el artículo 1 de la LOSNCP dicha ley tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Contratación Pública⁷ (en adelante LOSNCP) y determinar los principios y *“normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes”*, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen, entre otros, las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

El procedimiento de expropiación mediante declaratoria de utilidad pública, así como las sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia se examinarán en el último acápite del presente.

 ⁷ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

De lo expuesto se desprende que i) el Estado reconoce y garantiza la propiedad en sus diversas formas y para proteger el derecho de propiedad de las personas prohíbe la confiscación; ii) la propiedad o dominio es un derecho real sobre una cosa corporal, que permite a su titular usar, gozar y disponer de ella; y, iii) el Estado y sus entidades están facultados a expropiar bienes de propiedad de los particulares, mediante el procedimiento de declaratoria de utilidad pública establecido por la LOSNCP.

2.2. La clasificación de los bienes de los GAD. -

De acuerdo con el artículo 604 del CC se llaman bienes nacionales *“aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación (...)”* y se clasifican en bienes nacionales de uso público o bienes públicos, como el caso de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, entre otros; y, bienes fiscales o bienes del Estado, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Por su parte, el artículo 415 del COOTAD, al referirse a los bienes de los GAD, prevé que son aquellos sobre los cuales ejercen dominio y los divide en *“bienes del dominio privado y bienes del dominio público”*. Respecto a los bienes del dominio público, el segundo inciso del citado artículo agrega que se subdividen, a su vez, en *“bienes de uso público y bienes afectados al servicio público”*.

En este sentido, el artículo 417 del COOTAD, materia de su tercera consulta, en su primer inciso define a los bienes de uso público como aquellos *“cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita”*, sin perjuicio de que puedan ser materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía. Al efecto, el inciso segundo del artículo ibídem enfatiza que los bienes de uso público, *“por hallarse fuera del mercado, no figurarán contablemente en el activo del balance del gobierno autónomo descentralizado, pero llevarán un registro general de dichos bienes para fines de administración”* (el resaltado me corresponde).

Las letras b) y g) del mencionado artículo 417 del COOTAD incluyen en la clasificación de bienes de uso público a: *“Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística”* y a *“Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario”*, respectivamente.

Sobre la aplicación del artículo 417 del COOTAD, en pronunciamiento contenido en oficio No. 16325 de 08 de noviembre de 2021, este organismo concluyó que los bienes de uso público no requieren ser catastrados y manifestó:

“En atención a los términos de su primera y segunda consultas se concluye que, de conformidad con el artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las quebradas, sus taludes y franjas de protección son **bienes de uso público**, que **no requieren ser catastrados, por hallarse fuera del mercado y no figurar**



contablemente en el activo del balance de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitanos. No obstante, corresponde a las municipalidades llevar un registro general de esos bienes con fines administrativos, pues de acuerdo a las facultades normativas establecidas en los artículos 5, 7 y 57 letra a) del citado Código, las municipalidades podrán formular ordenanzas para regular, autorizar y controlar el uso de las quebradas, independientemente de que se encuentren ubicadas en predios privados, cuya propiedad no haya sido trasladada a dichos gobiernos autónomos” (el resaltado me corresponde).

En cuanto a los bienes afectados al servicio público, materia de su primera consulta, el artículo 418 del COOTAD los define como: *“aquellos que se han adscrito administrativamente a un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto”*, los cuales, en cuanto tengan precio o sean susceptibles de avalúo *“figurarán en el activo del balance del gobierno autónomo descentralizado o de la respectiva empresa responsable del servicio”*. Al efecto, de conformidad con el referido artículo, constituyen bienes afectados al servicio público, entre otros, *“a) Los edificios destinados a la administración de los gobiernos autónomos descentralizados” y “h) Otros bienes que, aún cuando no tengan valor contable, se hallen al servicio inmediato y general de los particulares tales como cementerios y casas comunales”*.

Como se indicó oportunamente, el COOTAD constituye la norma que regula específicamente los distintos niveles de los gobiernos autónomos descentralizados y en este sentido, de acuerdo con el inciso segundo de su artículo 414, los GAD provinciales, metropolitanos y municipales deben transferir, previo acuerdo con los respectivos GAD parroquiales, *“los bienes inmuebles necesarios para su funcionamiento, así como los bienes de uso público existentes en la circunscripción territorial de la respectiva parroquia rural”* (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: i) los bienes del dominio público se subdividen en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público; ii) los bienes de uso público se encuentran fuera del mercado y no figuran contablemente en el activo del balance del GAD, aunque se debe llevar un registro general de los mismos con fines administrativos; iii) los bienes afectados al servicio público figuran en el activo del balance del GAD en cuanto tengan precio o sean susceptibles de avalúo; y, iv) corresponde a los GAD provinciales, metropolitanos y municipales transferir a los GAD parroquiales los inmuebles que éstos requieran para su funcionamiento, así como los bienes de uso público existentes en tal circunscripción parroquial rural.

2.3. La posesión y la Disposición General Quinta del COA. -

De conformidad con lo previsto en el artículo 715 del CC, la posesión *“es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”* (el resaltado me corresponde). Agrega el segundo inciso del artículo ibídem que: *“El poseedor es reputado*

dueño, mientras otra persona no justifica serlo” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 717 del CC establece que la posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión *"regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión"*. En tal sentido, se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. El referido artículo menciona además que, si el título es translativo de dominio es también necesaria la tradición y que la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla hará presumir la tradición; *"a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título"*.

El artículo 718 del CC determina que el justo título es constitutivo o translativo de dominio y precisa que: *"Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción"*, en tanto que, son *"translativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos"*.

Finalmente, la Disposición General Quinta del COA, sobre la que trata su primera consulta, establece que los bienes inmuebles que están *"en posesión material de buena fe, no interrumpida, de las administraciones por más de cinco años y que carecen de títulos de propiedad legalmente inscritos a su nombre, pasan a ser de propiedad de las administraciones posesionarias por mandato de la Ley"*, para cuyo efecto los Registradores de la Propiedad de los cantones en los que dichos inmuebles se hallan ubicados *"deben inscribir las transferencias de dominio, previo a auto expedido en sumario con notificación al interesado, en caso de que este y su domicilio sean identificables"* (el resaltado me corresponde).

Del tenor de la Disposición General Quinta del COA se observa que se refiere a bienes en *"posesión"* por la administración, cuya *"transferencia de dominio"* debe ser efectuada *"con notificación al interesado"*, lo que claramente alude al carácter de bien de dominio privado, siendo el interesado quien conste como titular del dominio del inmueble en el respectivo Registro de la Propiedad.

De lo manifestado se desprende que: i) la posesión consiste en la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño; ii) la Disposición General Quinta del COA alude a la *"transferencia"* de dominio de inmuebles de los que las administraciones públicas están en posesión, por lo que al referirse a bienes de dominio privado de particulares debe ser entendida en armonía con las normas de mayor e igual jerarquía que regulan el procedimiento de expropiación, a fin de no provocar un efecto confiscatorio.

2.4. La prescripción adquisitiva de dominio. -

Según el numeral 2 del artículo 2410 del CC, para la prescripción extraordinaria *"no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715"*, ya citado (el resaltado me corresponde). En este sentido, el artículo 2411 ibídem precisa que: *"El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, contra toda*

persona", y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2409 del citado código⁸ (el resaltado me corresponde). Finalmente, el artículo 2393 del CC dispone que: **"El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla"**, y ordena que **"el juez"** no puede declararla de oficio (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con el artículo 2397 del CC, las reglas relativas a la prescripción se aplican **"igualmente a favor y en contra del Estado, de los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo"** (el resaltado me corresponde).

Conforme los artículos 603 y 2392 del CC, la prescripción es un modo de adquirir el dominio **"por haberse poseído las cosas"**, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (el resaltado me corresponde).

Concordante, el artículo 705 del CC establece que, siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los artículos 702 y siguientes, **"servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo registro o registros"**.

Al respecto, en pronunciamiento contenido en oficio No. 18454 de 15 de agosto de 2014 esta procuraduría examinó la aplicación de los artículos 2392 y 2397 del CC, cuyos textos conservan vigencia y reglan la prescripción. Dicho pronunciamiento analizó lo siguiente:

"(...) según los artículos 2392 y 2397 del Código Civil, el Estado y sus instituciones pueden adquirir por prescripción el dominio de inmuebles ajenos, por haberse poseído el bien durante cierto tiempo, y concurrido los demás requisitos legales; no obstante, según el artículo 2393 ibídem, la prescripción requiere declaración judicial a petición de parte, pues dicha norma impide que el juez pueda declararla de oficio" (el resaltado me corresponde).

De lo analizado se desprende que: *i)* la posesión es un hecho; *ii)* la posesión de un inmueble permite adquirirlo por prescripción, en la forma prevista por la ley; *iii)* las reglas sobre prescripción adquisitiva de dominio se aplican a favor y en contra del Estado y sus organismos; y *iv)* la prescripción adquisitiva de dominio debe ser alegada expresamente y declarada por juez.

2.5. El procedimiento de adquisición de la propiedad de inmuebles de los particulares por las instituciones del Estado y los GAD parroquiales.

⁸ CC, "Art. 2409.- La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse. En este caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si hubo alguno.

Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1. De los menores, dementes, persona sorda que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, y de cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría; y,

2. De la herencia yacente.

La prescripción se suspende siempre entre cónyuges".

Sobre el procedimiento de adquisición de inmuebles por el Estado, mediante declaratoria de utilidad pública, el primer inciso del artículo 58 de la LOSNCP prevé que: *“Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley”*. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 62 del Reglamento General de la LOSNCP⁹ publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 2009 (en adelante RGLOSNCP) determina que: *“la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado (...)”* (el resaltado me corresponde).

En pronunciamiento contenido en oficio No. 17702 de 14 de febrero de 2022, la Procuraduría General del Estado se pronunció sobre la aplicación de los artículos 58 de la LOSNCP y 62 del RGLOSNCP, cuyos textos conservan vigencia y regulan la facultad de la máxima autoridad de cada entidad pública para realizar la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada, mediante acto motivado. Dicho pronunciamiento concluyó lo siguiente:

“(...) de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 62 de su Reglamento General, la competencia para declarar de utilidad pública la adquisición de un inmueble corresponde a la máxima autoridad administrativa o representante legal del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado o de las entidades creadas por dichos gobiernos en ejercicio de su autonomía” (el resaltado me corresponde).

Siendo el COOTAD la ley especial en la materia, que rige el actuar de los GAD, el inciso primero del artículo 447 del COOTAD dispone que las máximas autoridades administrativas de los respectivos gobiernos *“resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará”* (el resaltado me corresponde). El inciso tercero del citado artículo agrega que, en el caso en el cual el GAD parroquial requiera la expropiación de bienes inmuebles, este *“solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón”*, los mismos que, una vez expropiados, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial (el resaltado me corresponde).

Con relación al tema, al resolver acciones extraordinarias de protección, en sentencias Nos. 146-14-SEP-CC, Caso No. 1773-11-EP de 1 de octubre de 2014; 176-14-EP/19, Caso No. 176-14-EP de 16 de octubre de 2019; y, 245-15-EP/22, Caso No. 245-15-EP de 27 de enero de 2022, la Corte Constitucional analizó la posibilidad de que el Estado pueda limitar el derecho a la propiedad de los particulares mediante la expropiación de bienes, observando siempre el debido proceso y la seguridad jurídica, a fin de evitar la materialización de una

⁹ RGLOSNCP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del 2009.

práctica confiscatoria. Al efecto, en la sentencia No. 245-15-EP/22, la Corte Constitucional examinó:

“72. Por su parte, los artículos 321 y 323 de la CRE contemplan, por un lado, el reconocimiento por parte del Estado de las diversas formas de propiedad, y por otro, la posibilidad de declaratoria de expropiación y prohibición de confiscación. Por tanto, se observa que, si bien el derecho a la propiedad se encuentra garantizado, el mismo no es absoluto, y podría ser restringido únicamente cuando se declare la utilidad pública o el interés social de un bien, previa justa valoración e indemnización, de conformidad con la ley y garantizando el debido proceso” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, para la declaratoria de utilidad pública se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien y la certificación presupuestaria de la existencia y disponibilidad de los recursos para la expropiación, en armonía con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹⁰ (en adelante COPLAFIP) el cual dispone que *“Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”*.

Por su parte, respecto a la adquisición de bienes públicos, esto es aquellos que corresponden al dominio público, el segundo inciso del artículo 58.8 de la LOSCNP especifica que los mismos *“no estarán sujetos a procesos expropiatorios”* y agrega que, *“se podrá transferir la propiedad, de mutuo acuerdo, entre instituciones públicas siempre que no se afecte la finalidad al uso o servicio público del bien”*.

De lo expuesto se observa que: *i) la propiedad es un derecho que el Estado garantiza a las personas y por ello prohíbe la confiscación; ii) el Estado puede limitar el derecho a la propiedad de los particulares mediante la expropiación de bienes, por razones de utilidad pública y observando siempre el debido proceso y la seguridad jurídica, a fin de evitar la materialización de una práctica confiscatoria; iii) la adquisición de bienes de dominio público no está sujeta a procesos expropiatorios y se podrá transferir la propiedad, de mutuo acuerdo, entre instituciones públicas siempre que no se afecte la finalidad al uso o servicio público del bien; iv) En tal virtud, los inmuebles de propiedad de los particulares únicamente pueden ser adquiridos: a) mediante declaratoria de utilidad pública y pago del justo precio, observando el procedimiento reglado por la LOSNCP y b) por prescripción adquisitiva de dominio, conforme a las reglas generales del CC, que se aplican igualmente a favor y en contra del Estado y que requiere declaración de juez.*

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera y segunda consultas se concluye que, de conformidad con el artículo 418 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía

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

y Descentralización, para que el gobierno autónomo descentralizado parroquial determine la propiedad de los bienes afectados al servicio público bastará con que los incluya en el activo de su balance, en cuanto tengan precio o sean susceptibles de avalúo. La Disposición General Quinta del Código Orgánico Administrativo no es aplicable para la adquisición de inmuebles de dominio privado, es decir de aquellos cuya propiedad corresponda a los particulares, pues en tal caso las entidades públicas están obligadas a observar el procedimiento de declaratoria de utilidad pública, reglado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, o a demandar la prescripción adquisitiva conforme a las reglas del Código Civil, que debe ser declarada por juez.

En atención a los términos de su tercera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 414 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, metropolitanos y municipales transferir a las juntas parroquiales los bienes inmuebles necesarios para su funcionamiento, así como los bienes de uso público existentes en su circunscripción territorial parroquial; los cuales, al encontrarse fuera del mercado no deben figurar contablemente en el activo de su balance, debiéndose llevar únicamente un registro general de los mismos.

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

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Ing. Yilda Rivera Cavagnaro,
Presidenta del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador

Mgs. María José Ramírez Cardoso,
Directora Regional de la Procuraduría General del Estado



Oficio N° 20323

Quito, D.M., 16 SEP 2022

Señor ingeniero
Nicolás Eduardo Andrade Laborde,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA
DEL ECUADOR (CELEC EP)
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero a su oficio sin número de 31 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted solicita la reconsideración del pronunciamiento contenido en oficio No. 19043 de 8 de junio de 2022, por el que este organismo atendió su consulta sobre la aplicación del segundo inciso de la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹ (en adelante LOEP), que prevé la suspensión de pagos por las empresas públicas a quienes la Contraloría General del Estado (en adelante CGE) hubiere establecido glosas de responsabilidad civil culposa confirmadas en sede administrativa.

1.- Antecedentes.-

1.1. La consulta inicial de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador (en adelante CELEC EP).-

La consulta inicial de la CELEC EP, planteada en oficio No. CELEC-EP-2022-0363-OFI de 13 de marzo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, fue la siguiente:

“La Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, al disponer la suspensión de pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya establecido glosas de responsabilidad civil culposa, implica para su aplicación que dichas glosas estén en firme o ejecutoriadas, en los términos del artículo (sic) 58 y 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”

1.2. El informe jurídico del Director Jurídico de la CELEC EP, contenido en memorando No. CELEC-EP-2022-0915-MEM de 10 de marzo de 2022, que acompañó a su consulta, citó los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República del Ecuador²

¹ LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

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

20323

CELEC EP
0013181-2022
Página. 2

(en adelante CRE); 6 numeral 2, letra a), 18, 58, 63 y 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante LOCGE); la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁴ (en adelante LOEP); y, el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“3.- Análisis y conclusiones:

Conforme a lo prescrito por la ley especial para el control de los recursos públicos, las glosas solo pueden producir efectos desde que las mismas se ejecutorian; esto es, una vez que se hayan agotado las distintas vías de impugnación, incluyendo la impugnación jurisdiccional, de acuerdo con lo que establece el artículo 63 de la LOCGE.

Sin embargo, la disposición general cuarta de la LOEP, pretendería que ya exista un efecto a la glosa (la suspensión de pagos), incluso si la misma estuviese impugnándose en vía judicial, contradiciendo así lo dispuesto por la LOCGE.

Las glosas de responsabilidad civil culposa, determinadas por la Contraloría General del Estado, son susceptibles de impugnación, al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en consecuencia, para que éstas se consideren en firme o ejecutoriadas, deben cumplir ciertos requisitos, contenidos en la misma norma, que debería ser la norma aplicable en base al principio de especialidad de la materia.

(...) la LOEP prevé la suspensión de pagos, de parte de una empresa pública a un tercero, cuando existen glosas de responsabilidad culposa confirmadas contra dicho tercero.

Ahora bien, si se atiende al tenor de la norma en cita, parece disponer que, para proceder a la suspensión de pagos, estas glosas deberán encontrarse únicamente confirmadas en sede administrativa, es decir, no atiende a la figura de ejecutoria que hace exigibles las glosas, conforme el artículo 58 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dice que procede ‘cuando no hubieren sido impugnadas por los sujetos pasivos del control, en el término previsto en el artículo 70 de esta Ley; y, cuando hubieren sido resueltas definitivamente, según lo dispuesto en el artículo 63 de esta ley’.

(...) la Disposición General Cuarta debería entenderse a la luz del articulado de la ley de la materia, siendo procedente la suspensión de pagos únicamente cuando se cumpla lo dispuesto en el artículo 63 de la LOCGE, es decir, cuando las resoluciones de la Contraloría General del Estado se encuentren ejecutoriadas; y, si han sido impugnadas en sede judicial, las sentencias estén ejecutoriadas también.

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

⁴ LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

⁵ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N. 31 de 7 de julio de 2017.

(...) el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo, en su parte pertinente expone que: 'El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía', por lo que se considera que no estaría conforme a la normativa vigente proceder a la suspensión de pagos por causa de una glosa de responsabilidad civil, cuando esta no se encuentra ejecutoriada en los términos de la LOCGE" (el resaltado me corresponde).

1.3. El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado.-

El pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 19043 de 8 de junio de 2022, cuya reconsideración solicita, luego del respectivo análisis, concluyó:

"(...) el segundo inciso de la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas debe ser entendido según su tenor literal. En tal virtud las empresas públicas suspenderán los pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya determinado responsabilidad civil culposa que se haya '*confirmado en sede administrativa*'; sin perjuicio de su impugnación en sede judicial".

2.- El pedido de reconsideración.-

2.1. Los requisitos del pedido de reconsideración.-

En el oficio que contesto usted manifiesta que, con relación al pronunciamiento contenido en oficio No. 19043 de 8 de junio de 2022, remitió un pedido de reconsideración con oficio No. CELEC-EP-2022-0982-OFI de 27 de los mismos mes y año, "*a través del sistema de comunicación digital QUIPUX*", y adjunta una "*CONSTANCIA DE REGISTRO Y RECORRIDO DE DOCUMENTOS SISTEMA DE GESTIÓN DOCUMENTAL QUIPUX*" de 31 de agosto de 2022, por la que la Administradora Institucional Quipux – CELEC – Backup "*informa sobre el registro y recorrido que ha tenido el documento Nro. CELEC-EP-2022-0982-OFI, dentro del sistema de gestión documental Quipux en CELEC EP*".

La recepción oficial de documentación dirigida a la Procuraduría General del Estado se efectúa en forma física en la Secretaría General, o en forma digital al correo secretaria_general@pge.gob.ec, al que ingresó su consulta inicial, según consta en los archivos de este organismo.

Adicionalmente, y a manera de ejemplo, se observa que entidades como la Contraloría General del Estado; la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y, el Servicio de Rentas Internas también disponen de plataformas y mecanismos específicos de ingreso de documentación, diseñados para mantener un adecuado registro de los ingresos de trámites y realizar su oportuno seguimiento y despacho.

En tal sentido, es responsabilidad de los personeros de las entidades públicas disponer que las comunicaciones que se dirijan a la Procuraduría General del Estado ingresen por los canales oficiales y de manera oportuna.

Finalmente, se observa que a su pedido de reconsideración no se ha acompañado el informe jurídico en texto independiente del Director Jurídico de la CELEC EP, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶ y 10 de la Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por la Procuraduría General del Estado⁷.

2.2. Fundamentos del pedido de reconsideración.-

Su pedido cita la misma normativa que se invocó al momento de formular la consulta inicial, a la que añade el artículo 39 del Código Civil⁸ (en adelante CC), así como el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 02145 de 3 de enero de 2019, que recoge a su vez el pronunciamiento contante en oficio No. 01875 de 6 de diciembre de 2018 en el que se examinó un conflicto normativo entre una ley especial anterior y una ley general posterior.

En lo principal, su pedido de reconsideración se ratifica en los argumentos expresados en el informe jurídico contenido en memorando No. CELEC-EP-2022-0915-MEM de 10 de marzo de 2022, y expone:

“2. Aspectos de la reconsideración solicitada

Respecto a la reconsideración pedida en el presente documento, es preciso indicar que el conflicto planteado, y sobre el que se requirió la inteligencia en cuanto a la aplicación de la norma, no versaba en cuanto a la interpretación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), sino sobre la antinomia existente entre esta norma y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) en cuanto a la suspensión de pagos en glosas en firme o ejecutoriadas, esto es, cuando exista una sentencia ejecutoriada que declare la legitimidad del acto administrativo.

Así entonces, no ha quedado claro cuál es el sentido en que deben aplicarse estas disposiciones contrapuestas, dado que si bien la LOEP en su Disposición Cuarta tiene una posición, la norma especial, que es la LOCGE, expone una opuesta; existiendo entonces, para el caso concreto, un conflicto de normas que consideraremos debe resolverse acudiendo a la especialidad de una ley frente a la otra, pues se trata de un asunto concerniente al ente de control.

⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁷ Resolución No. 24, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

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

(...)

3. Reconsideración

(...) me permito realizar a usted, señor Procurador, el presente pedido de reconsideración para la absolución de la consulta respecto a la aplicación, por ser norma especial, de los artículos 58 y 63 de la LOCGE a la suspensión de pagos prevista en la Disposición Cuarta de la LOEP (...)"

3.- Análisis.-

Del pedido de reconsideración se observa que, en lo principal, reitera el análisis efectuado por la CELEC EP al plantear su consulta sobre la aplicación de la Disposición General Cuarta de la LOEP, en el sentido de que para que proceda la suspensión de pagos ahí establecida, las glosas de responsabilidad civil culposa emitidas por la CGE deben encontrarse ejecutoriadas en los términos previstos en los artículos 58 y 63 de la LOCGE.

El pedido de reconsideración se sustenta además en el artículo 39 del de CC, que dispone que: *"La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa"*, y en el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 02145 de 3 de enero de 2019, que recoge a su vez el pronunciamiento contante en oficio No. 01875 de 6 de diciembre de 2018 que examinó la forma de resolver un conflicto normativo entre una ley especial anterior y una ley general posterior.

Del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 19043 de 8 de junio de 2022, y del análisis de los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración se observa, en lo esencial, lo siguiente:

- a) El artículo 1 de la LOEP prescribe que sus disposiciones regulan el funcionamiento de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero, y en tal contexto, el artículo 11 numeral 16 ibídem establece que el Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tiene entre sus deberes y atribuciones el *"Ejercer la jurisdicción coactiva en forma directa o a través de su delegado"*;
- b) La Disposición General Cuarta de la LOEP, materia de su consulta inicial, confiere jurisdicción coactiva a las empresas públicas para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores. Su segundo inciso ordena la suspensión de pagos a quienes la CGE haya establecido glosas de responsabilidad civil culposa *"que se hayan confirmado en sede administrativa"* (el resaltado me corresponde); y el tercer inciso ibídem prevé que *"La suspensión de pagos antes referida se efectuará hasta el monto de la glosa y servirá para*

garantizar su pago y no se cancelará por la presentación del juicio de excepción a la coactiva”.

- c) La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico causado a la entidad o institución del Estado, proveniente de la acción u omisión de un servidor público, o un tercero, entendido como la persona natural o jurídica de derecho privado que, por acción u omisión, ocasionare perjuicio económico al Estado;
- d) El artículo 58 de la LOCGE, que integra la Sección 3 “Responsabilidad Civil Culposa”, dispone que las resoluciones de la CGE se entenderán ejecutoriadas *“cuando no hubieren sido impugnadas por los sujetos pasivos del control”* en el término previsto en el artículo 70 ibídem, y *“cuando hubieren sido resueltas definitivamente”*, según lo dispuesto en el artículo 63 de la ley en cita (el resaltado me corresponde).
- e) Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades civiles, al ser actos administrativos, gozan de la presunción de legitimidad;
- f) La impugnación en sede judicial impide la ejecutoria de las resoluciones que contienen las predeterminaciones de responsabilidades civiles u órdenes de reintegro, según el caso, y ello imposibilita el inicio de la acción coactiva para su recaudación.
- g) De acuerdo con el primer inciso del artículo 57, sustituido de la LOCGE, la ejecución de las resoluciones confirmatorias de responsabilidad determinada por la CGE, incluso mediante coactiva, corresponde *“exclusivamente a la Contraloría General del Estado, independientemente de que la entidad beneficiaria posea capacidad coactiva propia.”*
- h) En cuanto al artículo 39 del CC, que invoca el pedido de reconsideración, se observa que regula la derogatoria de una disposición normativa, que puede ser expresa o tácita. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia No. 001-13-SIA-CC⁹, ha dicho:

“(…) la derogación de una norma consiste en dejarla sin efecto; generalmente, debido a la aparición de una nueva norma jurídica que hace perder su vigencia a la anterior. Existen dos tipos de derogación: la expresa y la tácita. La primera es aquella en la que la norma posterior proclama que revoca la que le precede; y, la segunda, nace a partir de la

 ⁹ Sentencia No. 001-13-SIA-CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 93 de 02 de octubre de 2013.

20323

CELEC EP
0013181-2022
Página. 7

incompatibilidad entre la nueva norma y las disposiciones de la Antigua” (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas se observa que, la aplicación de la Disposición General Cuarta de la LOEP, en su tenor literal, no implica la derogatoria de las disposiciones de la LOCGE sobre la ejecutoriedad de las resoluciones de responsabilidad civil culposa emitidas por la CGE, razón por la cual, la referencia al artículo 39 del CC, efectuada en su pedido de reconsideración, no es aplicable al presente caso.

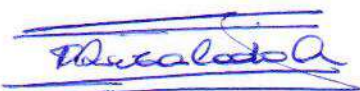
Del análisis efectuado se concluye que la impugnación en sede judicial impide la ejecutoria de las resoluciones de la CGE que contienen predeterminaciones de responsabilidades civiles u órdenes de reintegro, según el caso, y ello imposibilita el inicio de la acción coactiva por la CGE para su recaudación. En tal virtud, la Disposición General Cuarta de la LOEP debe ser entendida en armonía con la LOCGE.

4. Aclaración del pronunciamiento.-

Por lo expuesto, se aclara que la suspensión de pagos que establece la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, según su tenor, se debe entender referida a las responsabilidades confirmadas en sede administrativa y no impugnadas en sede judicial.

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,



Dr. Diego Regalado Almeida

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE



Oficio N° 20233

Quito, D.M., 12 de septiembre de 2022

Señor abogado
Pablo Aníbal Jurado Moreno,
PRESIDENTE,
CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS PROVINCIALES DEL
ECUADOR (CONGOPE).
Ciudad.-

Señor ingeniero
Franklin Alejandro Galarza Guzmán,
PRESIDENTE,
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS (AME).
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero al oficio No. PC-2022-0025-O de 29 de junio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual el Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador (en adelante CONGOPE) formuló las siguientes consultas:

“I. ¿Los mecanismos de presupuestos participativos contemplados en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana son aplicables en años donde se aplican presupuestos prorrogados conforme el artículo 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?

II. De ser afirmativa la respuesta, ¿en qué etapas del ciclo del presupuesto prorrogado deben aplicarse los mecanismos de presupuestos participativos?”

Sobre la misma materia, mediante oficio No. 280-FG-P-AME-2022 de 18 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente, el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME) consultó:

“¿Para los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el año 2023 conforme al art. 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que legisla el presupuesto prorrogado, se debe aplicar el presupuesto inicial al 1 de enero del año anterior a las elecciones o el presupuesto codificado con las reformas pertinentes del año anterior a las elecciones?”

Este organismo atiende en forma conjunta las consultas formulas por el CONGOPE y la AME en virtud de que tratan sobre la aplicación del artículo 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, reformado el 19 de abril de 2021 por la Disposición Reformatoria Primera de Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que regula los presupuestos prorrogados en los años de posesión de las autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante los GAD).

1. Antecedentes.-

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender las consultas formuladas por el CONGOPE, mediante oficio No. 19520 de 21 de julio de 2022, este organismo solicitó a la AME que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de consulta. Dicho requerimiento fue atendido por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado, de la AME con oficio No. AME-DNAJ-2022-053 de 25 de julio de 2022, recibido en el correo institucional único de este organismo al día siguiente.

1.2. En relación a la misma materia, mediante oficio No. AME-DNAJ-2022-055 de 26 de julio de 2022, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de AME consultó si para el presupuesto prorrogado de los GAD municipales rige el presupuesto codificado al 31 de diciembre del 2022 o el presupuesto codificado al 1 de enero del 2022.

Con oficios Nos. 19654 y 19871 de 1 y 18 de agosto de 2022, respectivamente, este organismo solicitó e insistió a la AME que la consulta se reformule por el Presidente de esa entidad asociativa en su calidad de máxima autoridad, lo que fue atendido con el oficio No. 280-FG-P-AME-2022 de 18 de agosto de 2022 citado al inicio del presente.

1.3. El informe jurídico No. DAJ-067 -2022 de 17 de junio de 2022, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del CONGOPE, citó los artículos 100 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 67, 68, 69, 70 y 71 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana² (en adelante LOPC); 8, 13, 96, 97, 98, 100, 106, 107, 110, 113 y 119 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³ (en adelante COPLAFIP); 216, 218, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 263 y 266 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante COOTAD), en base a lo cual concluyó lo siguiente:

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

² LOPC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 175 de 20 de abril de 2010.

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

⁴ COOTAD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.303 de 19 de octubre de 2010.

- “14. El presupuesto participativo es un proceso obligatorio para contar con los aportes de la ciudadanía durante la elaboración del presupuesto y el seguimiento de su ejecución para cuya correcta aplicación también se deberá observar las disposiciones del COOTAD y el COPLAFIP que regulan procedimientos de aprobación y evaluación incluyendo a la participación ciudadana.
15. Para los años donde se apliquen presupuestos prorrogados es posible aplicar el presupuesto participativo, en cuanto a la priorización del gasto y lo que fuere aplicable, dado que, por su naturaleza, no sería aplicable en la discusión de techos presupuestarios. Además, es aplicable este mecanismo para el seguimiento a la ejecución presupuestaria.
16. **Las obligaciones del GAD con respecto a la participación ciudadana durante la elaboración, seguimiento y demás etapas del ciclo presupuestario están dispersas en varios cuerpos normativos** (LOPC, COPLAFIP, COOTAD, entre otros). **El legislador no ha contemplado ninguna norma que regule o establezca reglas específicas para el caso de los presupuestos prorrogados** en la LOPC, lo cual genera dudas e inquietudes, por ser una norma destinada a un presupuesto general y normal (la construcción normal del presupuesto), para lo cual se ha tenido que analizar de forma integral el ordenamiento jurídico, sin que obste la posibilidad de que puedan quedar vacíos normativos al respecto. (el resaltado me corresponde)
17. Los gobiernos autónomos descentralizados tienen plena potestad de expedir ordenanzas de participación ciudadana donde se regule el mecanismo analizado en el presente informe estableciendo reglas para su propia gestión.”

1.4. Al atender el traslado efectuado por esta procuraduría, el criterio jurídico de la AME, contenido en el oficio No. AME-DNAJ-2022-053 de 25 de julio de 2022, además de las normas invocadas por el CONGOPE, citó los artículos 295 de la CRE; 109 del COPLAFIP; 83 del Reglamento General del COPLAFIP⁵ (en adelante RGCOPLAFIP).

La AME examina lo que es el presupuesto participativo y lo diferencia del presupuesto prorrogado, y manifiesta:

“(…) los mecanismos de presupuestos participativos se encuentran contemplados en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y en las ordenanzas de los gobiernos autónomos descentralizados (...).

Del análisis correspondiente y conforme (sic) a la consulta formulada se concluye que, el presupuesto participativo al igual que el proceso de formación del presupuesto o ciclo presupuestario, no se va a proceder a realizar en el presente año, es decir, no habrá la formulación de la proforma presupuestaria para el 2023 por cuanto para este ejercicio fiscal y por efecto de las elecciones de los nuevos dignatarios (sic) y dignatarias se trabajará mediante el presupuesto prorrogado.

⁵ RGCOPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.

El presupuesto prorrogado que registrará en el ejercicio fiscal 2023 conforme a lo prescrito en el art. 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, será el presupuesto del 31 de diciembre del año anterior en que se posesionan las autoridades de elección popular, tal como se refiere para el caso del Presupuesto General del Estado y como lo señala el art. 83 del Reglamento del COPLAFIP, para el caso que nos ocupa será por tanto el presupuesto codificado vigente al ejercicio fiscal 2022”.

Posteriormente, en el memorando No. AME-DNAJ-2022-058-M de 17 de agosto de 2022, el Director Nacional de Asesoría Jurídica, Encargado, citó los artículos 295 inciso tercero de la CRE; 106, 107 y 109 del COPLAFIP; 260 y 213 del COOTAD; 83 del RGCOPLAFIP; subnumerales 4 y 5 de la sección 2.3.3 “De la Aprobación Presupuestaria” de la Norma Técnica del Sistema Nacional de Finanzas Públicas⁶, luego de lo cual analizó y concluyó:

“Sobre la base de lo expuesto, la aplicación del presupuesto codificado prescrito en el art. 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, debe entenderse al tenor de las normas citadas que, dicho presupuesto será el codificado al 31 de diciembre del año anterior en que se posesionan las autoridades de elección popular, tal como se refiere para el caso del Presupuesto General del Estado; y, como lo señala el art. 83 del Reglamento del COPFP; por lo tanto, en el presente ejercicio fiscal 2022 no se efectuará el ciclo presupuestario prescrito en el COOTAD, ni se elaborará ninguna proforma presupuestaria, ni los Concejos Municipales aprobarán presupuesto alguno, por el contrario para el próximo ejercicio fiscal 2023 por mandato de la ley entra en vigencia el presupuesto prorrogado que corresponde al presupuesto 2022 codificado, es decir con las reformas establecidas hasta el 14 de noviembre de 2022”.

1.5. Respecto a la consulta formulada por el CONGOPE, los criterios jurídicos difieren respecto a la participación ciudadana en la formulación del presupuesto de los GAD. Así, el CONGOPE precisa que en los años en que se apliquen presupuestos prorrogados es posible aplicar el presupuesto participativo, en cuanto a la priorización del gasto y el seguimiento a la ejecución presupuestaria, exclusivamente, y agrega que los GAD tienen potestad para expedir ordenanzas que regulen la participación ciudadana; mientras que la AME manifiesta que el presupuesto participativo al igual que el proceso de formación del presupuesto o ciclo presupuestario no se puede realizar en el año de elección de nuevas autoridades durante el cual se prorroga el presupuesto codificado del 31 de diciembre del año anterior.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio del tema materia de las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Procedimiento para la aprobación de los presupuestos de los GAD; y, ii) Elaboración del presupuesto participativo de los GAD.

⁶ Acuerdo ministerial No 103, publicado en el suplemento del registro oficial No. 381 de 26 de noviembre de 2014.

2.1 Procedimiento para la aprobación de los presupuestos de los GAD.-

El procedimiento para la aprobación del Presupuesto General del Estado y de los presupuestos de los GAD está relacionado con la planificación y es materia regulada por la CRE, el COPLAFIP y el COOTAD.

Así, el artículo 280 de la CRE determina que las entidades del sector público deben observar el Plan Nacional de Desarrollo, como instrumento al que se sujetan la programación y ejecución del presupuesto del Estado, la inversión y asignación de los recursos públicos; y, el artículo 292 ibídem define al Presupuesto General del Estado como el instrumento para la *“determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público”*, exceptuándose, entre otros, los pertenecientes a los GAD.

Respecto a los presupuestos de los GAD y los de otras entidades públicas el inciso primero del artículo 293 de la CRE establece que *“se ajustarán a los planes regionales, provinciales, cantonales y parroquiales, respectivamente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, sin menoscabo de sus competencias y su autonomía”*, y el inciso segundo de esa norma agrega que los GAD *“se someterán a reglas fiscales y de endeudamiento interno, análogas a las del Presupuesto General del Estado, de acuerdo con la ley”*. Similar disposición contiene el artículo 34 del COPLAFIP.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el primer inciso del artículo 295 de la CRE, la Función Ejecutiva debe presentar a la Asamblea Nacional *“la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual durante los primeros noventa días de su gestión”*, y su tercer inciso dispone, *“Hasta que se apruebe el presupuesto del año en que se posesiona la Presidenta o Presidente de la República, regirá el presupuesto anterior”*. (el resaltado me corresponde)

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

En cuanto a la aplicación del principio de sujeción a la planificación, el numeral 1 del artículo 5 del COPLAFIP establece que la *“programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno”*. (el resaltado me corresponde)

Respecto de la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo y la Estrategia Territorial, el artículo 38 del COPLAFIP dispone que *“el Presidente de la República, en el año de inicio de su gestión, presentará el Plan Nacional de Desarrollo con su Estrategia Territorial Nacional ante el Consejo Nacional de Planificación, que lo analizará y aprobará mediante resolución”*. El inciso segundo de ese artículo agrega que, ***“Mientras no sea aprobado el Plan Nacional de Desarrollo con su Estrategia Territorial Nacional, no se podrá presentar la programación presupuestaria cuatrianual ni la proforma presupuestaria”***. (el resaltado me corresponde)

En ese sentido, el artículo 46 del COPLAFIP prevé que la formulación y actualización de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los GAD serán con participación ciudadana, para lo cual se aplicarán los mecanismos participativos establecidos en la CRE, la Ley y la normativa que al respecto expidan los GAD.

Los presupuestos del sector público se regulan a partir del artículo 95 del COPLAFIP. Según el artículo 96 de ese código, el ciclo presupuestario es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades y organismos del sector público y comprende seis etapas: *“1. Programación presupuestaria. 2. Formulación presupuestaria. 3. Aprobación presupuestaria. 4. Ejecución presupuestaria. 5. Evaluación y seguimiento presupuestario. 6. Clausura y liquidación presupuestaria.”* Respecto a la aprobación del presupuesto, los incisos segundo y tercero del artículo 106 del COPLAFIP disponen que:

“En los gobiernos autónomos descentralizados, los plazos de aprobación de presupuesto del año en que se posesiona su máxima autoridad serán los mismos que establece la Constitución para el Presupuesto General del Estado y este código.

Cada entidad y organismo que no forma parte del Presupuesto General del Estado deberá aprobar su presupuesto hasta el último día del año previo al cual se expida”. (el resaltado me corresponde)

Concordante, el artículo 107 del COPLAFIP, respecto a los presupuestos prorrogados, dispone:

“Hasta que se apruebe el Presupuesto General del Estado del año en que se posesiona la o el Presidente de la República, registrará el presupuesto codificado al 31 de diciembre del año anterior a excepción de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y del Sistema Nacional de Educación y del Sistema de Educación Superior, que aplicarán el presupuesto codificado al 1 de enero del año anterior.

El mismo procedimiento se aplicará para los Gobiernos Autónomos Descentralizados y sus Empresas Públicas, el Sistema Nacional de Educación y del Sistema de Educación Superior, **en los años que exista posesión de autoridad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”**. (el resaltado me corresponde)

Adicionalmente, el artículo 110 del COPLAFIP dispone que *“El ejercicio presupuestario o año fiscal se inicia el primer día de enero y concluye el 31 de diciembre de cada año”*. El artículo 112 ibídem regula la aprobación de las proformas presupuestarias de los GAD y otras entidades que no estén incluidas en el Presupuesto General del Estado, las cuales *“serán aprobadas conforme a la legislación aplicable y a este código”*, y una vez aprobadas serán enviados con fines informativos al ente rector de las finanzas públicas en el plazo de 30 días.

Por su parte, el artículo 212 del COOTAD señala que en materia de presupuesto se observarán *“los preceptos de la Constitución y de las normas establecidas en la ley que regule las finanzas públicas, y se someterán a las reglas fiscales y de endeudamiento público análogas a las del presupuesto general del Estado”*. Los artículos 215 al 273 del COOTAD, ubicados en su capítulo VII, contienen las regulaciones relacionadas con materia presupuestaria.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 215 del COOTAD, el presupuesto de los GAD *“deberá ser elaborado participativamente, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución y la ley”*; y según el artículo 216 ibídem, el ejercicio financiero de los GAD *“iniciará el primero de enero y terminará el treinta y uno de diciembre de cada año, y para ese período deberá aprobarse y regir el presupuesto. No podrá mantenerse ni prorrogarse la vigencia del presupuesto del año anterior”*, dicho presupuesto será aprobado por el órgano legislativo del GAD, según el artículo 118 de ese código.

Respecto al derecho de participación ciudadana el artículo 302 del COOTAD precisa que *“La ciudadanía, en forma individual y colectiva, **podrán participar** de manera protagónica en la toma de decisiones, la **planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control social de las instituciones**”* de los GAD. Similar disposición consta en el artículo 29 de la LOPC. (el resaltado me corresponde)

De lo expuesto se observa que i) los presupuestos de los GAD se sujetan a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo; ii) la formulación y actualización de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los GAD será con participación ciudadana; iii) el ciclo presupuestario es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades y organismos del sector público y comprende seis etapas: programación, formulación, aprobación, ejecución, evaluación y seguimiento, y clausura y liquidación; iv) la ciudadanía podrá participar en general en la planificación, gestión y control de las instituciones públicas, de acuerdo con los mecanismos participativos establecidos en la CRE, la ley y la normativa expedida por los GAD; y, v) el COOTAD regula a la elaboración participativa de los presupuestos en la fase de formulación.

2.2. Elaboración del presupuesto participativo de los GAD. -

De conformidad con el artículo 233 del COOTAD todas las dependencias de los GAD *“deberán preparar antes del 10 de septiembre de cada año su plan operativo anual y el correspondiente presupuesto para el año siguiente”*, el cual debe contemplar *“los ingresos y egresos de conformidad con las prioridades establecidas en el plan de desarrollo y ordenamiento territorial y bajo los principios de la participación definidos en la Constitución y la ley”*. (el resaltado me corresponde)

Según el artículo 238 ibídem, las prioridades de gasto se establecerán desde las unidades básicas de participación y serán recogidas por la asamblea local o el organismo que en cada GAD se establezca, como máxima instancia de participación y *“definirá prioridades anuales de inversión en función de los lineamientos del plan de desarrollo y de ordenamiento territorial”*.

En armonía con lo expuesto, el artículo 241 del COOTAD señala que la participación ciudadana en la aprobación del anteproyecto de presupuesto *“será conocido por la asamblea local o el organismo que en cada gobierno autónomo descentralizado se establezca como máxima instancia de participación, antes de su presentación al órgano legislativo correspondiente”*, el citado órgano emitirá una resolución de su conformidad y se adjuntará a la documentación que se remitirá conjuntamente con el anteproyecto de presupuesto al órgano legislativo local. (el resaltado me corresponde)

De conformidad con los artículos 52, 58 y 87 del COPLAFIP⁷, los planes de inversión de las entidades públicas son cuatrianuales y anuales; y, por tanto para cumplir dicha planificación, la programación presupuestaria también se debe elaborar en forma cuatrianual, lo que en el caso de los GAD guarda armonía con el periodo para el que son designadas las autoridades locales, según el artículo 90 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas⁸ (en adelante LOE).

Al respecto, en pronunciamiento contenido en oficio No 04365 de 19 de octubre de 2011, la Procuraduría General del Estado examinó la aplicación de los artículos 67, 68, 69, 70, 71 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y 60, 241, 242 y 304 del

⁷COPLAFIP.- “Art. 52.- Instrumentos complementarios.- La programación presupuestaria cuatrianual y los presupuestos de las entidades públicas son instrumentos complementarios del Sistema Nacional de Planificación Participativa.

Art. 58.- Temporalidad de los planes y su expresión financiera.- Los planes de inversión serán cuatrianuales y anuales. La expresión financiera de los planes cuatrianuales permite la certificación presupuestaria plurianual, la continuidad de la ejecución de la inversión pública, deberá formularse y actualizarse en concordancia con los calendarios fiscales, la programación presupuestaria cuatrianual, los techos presupuestarios institucionales y de gasto.

En lo referente al Presupuesto General del Estado y empresas públicas de la Función Ejecutiva, el ente rector de las finanzas públicas emitirá las directrices sobre los techos presupuestarios globales, institucionales y de gasto considerando las prioridades institucionales definidas, su alineación a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y la progresividad y garantía de derechos constitucionales. Para las entidades no contenidas en el inciso anterior, esta competencia le corresponderá al órgano que cada nivel de gobierno determine. La expresión financiera de cada plan anual de inversiones es el respectivo presupuesto anual de inversión”.

⁸ LOE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 578 de 27 de abril de 2009, reformada en 2020. “Art. 90.- Las elecciones de gobernadoras o gobernadores regionales, consejeras y consejeros regionales, prefectas o prefectos y viceprefectas o viceprefectos provinciales, alcaldesas o alcaldes distritales y municipales, concejales o concejales distritales y municipales, y vocales de las juntas parroquiales rurales se realizarán cada cuatro años y no serán concurrentes con las elecciones nacionales”.

COOTAD, cuyos textos conservan vigencia y regulan la elaboración del presupuesto participativo. Dicho pronunciamiento analizó y concluyó lo siguiente:

“(…) se establece que corresponde a todos los niveles de gobierno conformar instancias de participación ciudadana integradas con autoridades electas, con la finalidad de contribuir en la toma de decisiones respecto del uso de los recursos públicos y la orientación de las inversiones públicas; cuyos debates presupuestarios deberán iniciarse por parte de la autoridad competente **antes de la elaboración del proyecto de presupuesto (sic) institucional**, en el marco de los lineamientos del Plan de Desarrollo elaborado por el Consejo Nacional de Planificación Participativa y los concejos (sic) locales de planificación participativa del nivel territorial correspondiente. (el resaltado me corresponde)

(…)

Por tanto, en atención a los términos de su consulta (...) se concluye que el marco legal que debe aplicar el Gobierno Municipal de Montúfar para la elaboración del Presupuesto Participativo, es el previsto en los artículos 100 de la Constitución de la República, 60, 238, 241 y 242 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regulan el procedimiento para la formulación de los presupuestos participativos en los gobiernos autónomos descentralizados.”

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 8 del COPLAFIP, corresponde a cada nivel de gobierno definir los procedimientos para la formulación de presupuestos participativos, en el marco de sus competencias y prioridades definidas en los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial.

Por su parte, el artículo 5 del COOTAD determina que la autonomía política de los GAD “(…) *Se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad (...)*” y en tal contexto la letra k) del artículo 6 ibídem prohíbe a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los GAD “*Emitir dictámenes o informes respecto de las normativas de los respectivos órganos legislativos (...)*”. De acuerdo con el artículo 7 ibídem, el órgano legislativo del GAD tiene competencia para dictar ordenanzas, en armonía con lo previsto en igual sentido por los artículos 29 letra a) y 53 de ese código.

Finalmente cabe agregar que, según el tenor del artículo 67 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, el presupuesto participativo se realiza con la intervención de los ciudadanos de forma individual o por medio de organizaciones sociales “*en reuniones con las autoridades electas y designadas*”.

Del análisis efectuado se observa que: i) la conformación de instancias de participación ciudadana tiene por finalidad contribuir a la toma de decisiones respecto de la orientación de las inversiones públicas; ii) corresponde a cada nivel de gobierno definir los procedimientos para la formulación de presupuestos participativos, en el marco de sus competencias; iii) en ejercicio de su autonomía política, los GAD tienen competencia

para regular los momentos y mecanismos de participación ciudadana, mediante ordenanza; y, iv) en los años en el que se posesionen nuevas autoridades en el respectivo GAD se prorroga el presupuesto del año anterior, de acuerdo con lo establecido en la CRE y el COPLAFIP, siendo posible aplicar la participación ciudadana en aquellas fases de presupuesto que lo permitan, según las normativas de cada GAD.

3.- Pronunciamiento.-

De conformidad con el artículo 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el año en que, por excepción, se prorroga el presupuesto del año anterior no se elabora un nuevo presupuesto y, por lo tanto, no son aplicables todas las fases presupuestarias.

En tal virtud, respecto de las consultas formuladas por el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, se concluye que, de acuerdo con el artículo 238 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y en función de los lineamientos del Plan de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial, las prioridades anuales de inversión presupuestaria se establecen desde las instancias de participación ciudadana y serán reconocidas por la asamblea local o el organismo que cada gobierno establezca. En consecuencia, los mecanismos participativos en materia presupuestaria son aplicables durante la vigencia del presupuesto prorrogado y se rigen por las normas expedidas por cada gobierno autónomo.

En concordancia con lo expuesto, con relación a la consulta formulada por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, y de acuerdo con los artículos 106 y 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se concluye que en el año en que se posesionen las nuevas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados se prorroga el presupuesto codificado al 31 de diciembre del año anterior.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.12
10:28:58 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 20196

Quito, DM., 07 de septiembre de 2022

Señor ingeniero
Wilson Patricio Almeida Granja,
DIRECTOR EJECUTIVO,
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL FITO Y ZOOSANITARIO
(AGROCALIDAD).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. AGR-AGROCALIDAD/DE-2022-000707-OF de 08 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 10 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1. ¿En función de lo previsto en los literales a) y x) del artículo 13 de la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria le corresponde únicamente a esta Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario aplicar medidas de protección de la sanidad y el bienestar de los animales, los procedimientos internacionales de certificación veterinaria y demás norma y recomendaciones del Código Sanitario para los Animales Terrestres en todo el territorio del país, así como dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoosanitaria y bienestar animal y controlar el cumplimiento de regulaciones técnicas en materia fito, zoosanitaria y de bienestar animal en toda la cadena de producción, al ser la única institución reconocida por la Organización Mundial de Sanidad Animal como autoridad nacional competente para esta materia?

2. ¿En función a lo previsto en el artículo 144 del Código Orgánico Ambiental que en materia de bienestar animal indica que los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos deben coordinar con la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario previo a la planificación, regulación, control, gestión en materia de bienestar animal, en caso de no ejecutar esa disposición emitida por una Ley expresa y vigente tendría alguna implicación legal esas actuaciones?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19428, 19429, 19430 y 19431 de 13 de julio de 2022, la

Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante MAG); al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica (en adelante MAATE); al Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP); y, a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 19618, 19622, 19623 y 19624 de 28 de julio de 2022, se insistió en dichos requerimientos al MSP, al MAG, al MAATE y a la AME, respectivamente. El MAG hasta la presente fecha no ha contestado nuestro requerimiento.

1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas, en su orden: i) por el Ministro del MSP, con oficio No. MSP-MSP-2022-2855-O de 3 de agosto de 2022, ingresado el 5 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el memorando No. MSP-CGAJ-2022-0407-M de 27 de julio de 2022 suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica; ii) por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado, de la AME a través de oficio No. AME-DNAJ-2022-056-O de 9 de agosto de 2022, recibido al siguiente día; y, iii) por el Ministro del MAATE, mediante oficio No. MAATE-MAATE-2022-0564-O de 17 de agosto de 2022, ingresado el 19 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el memorando No. MAATE-CGAJ-2022-1263-M de 16 de agosto de 2022, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica.

1.3. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica de la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario (en adelante AGROCALIDAD), contenido en memorando No. AGR-AGROCALIDAD/DAJ-2022-000482-M de 7 de julio de 2022, citó los artículos 226, 227 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 13, 30, 48 y 49 de la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria² (en adelante LOSA); 140, 242, 243 y 255 del Reglamento General a la LOSA³ (en adelante RLOSA); 139, 142 144 y 146 del Código Orgánico del Ambiente⁴ (en adelante COAM); 2, 3, 4, 5, 9, 20, 22, 23, 24, 25, 26 y 35 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA); y, el glosario y el Capítulo 3.1. “Introducción a las recomendaciones sobre los servicios veterinarios” del Código Sanitario para los Animales Terrestres⁶, con fundamento en los cuales manifestó y concluyó:

“La Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria se promulgó en el Registro Oficial Suplemento 27 de 3 de julio de 2017, cuyo objetivo principal es *que regula la sanidad agropecuaria, mediante la aplicación de medidas para prevenir el ingreso, diseminación y establecimiento de plagas y enfermedades; promover el bienestar animal, el control y*

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

² LOSA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 27 de 3 de julio de 2017.

³ RLOSA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 91 de 29 de noviembre de 2019.

⁴ COAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial del Suplemento No. 983 de 13 de abril de 2017.

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

⁶ Código Sanitario para los Animales Terrestres, publicado por la Organización Mundial de Sanidad Animal, 2011.

erradicación de plagas y enfermedades que afectan a los vegetales y animales y que podrían representar riesgo fito y zoonosanitario.

(...) esta norma creo (sic) o institucionalizo (sic) a la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario como una institución encargada de la regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria, con la finalidad de mantener y mejorar el estatus fito y zoonosanitario de la producción agropecuaria.

En el mencionado cuerpo legal establecen claramente cuáles son las competencias y atribuciones que tiene la Agencia siendo esta la más relevante en el ámbito que nos compete la de *dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal.*

(...) la Organización Mundial de Sanidad Animal reconoce como miembro al Ecuador representado a través de la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Ganadería, (...)

(...) se realiza un análisis del Código Orgánico Ambiental claramente en su artículo 139 indica que: *'El presente capítulo tiene por objeto la promoción y la garantía del bienestar animal, a través de erradicar la violencia contra los animales, fomentar un trato adecuado para evitarles sufrimientos innecesarios y prevenir su maltrato, y de aplicar y respetar los protocolos y estándares derivados de instrumentos internacionales reconocidos por el Estado*'. (lo subrayado fuera de texto). Y en su artículo 144 establece que: *'Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos contarán con las atribuciones de planificación, regulación, control, gestión y coordinación con los entes rectores competentes en los ámbitos de salud, investigación, educación, ambiente y agricultura, de conformidad con las disposiciones de este Código y la ley*'. (el resaltado y subrayado corresponden al texto original)

(...) es criterio jurídico de esta Dirección General que **la única autoridad competente reconocida por la Organización Mundial de Sanidad Animal para aplicar las medidas de protección de la sanidad y el bienestar de los animales, los procedimientos internacionales de certificación veterinaria y las demás normas y recomendaciones del Código Sanitario para los Animales Terrestres, es la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario, por lo tanto, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos deben coordinar con nuestra institución para dar cumplimiento con lo establecido en el Código Orgánico Ambiental, esto también con el fin de dar cumplimiento a los principios de eficacia y coordinación establecidos en el Código Orgánico Administrativo con la finalidad de evitar doble control y regulación en el mismo ámbito.**" (el resaltado me corresponde)

1.4. El criterio jurídico del MSP, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 226, 281 y 361 de la CRE; 65 y 99 del COA; 4, 6, 122, 123, 127 de la Ley Orgánica de Salud⁷ (en adelante LOS); 6 y 12 de la LOSA; 143 numeral 1 y 2, y 144 del COAM; la sentencia de la Corte Constitucional No. 009-17-SIN-CC de 12 de abril de 2017 referida al principio de legalidad; y, el pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en oficio No. 17319 de 18 de enero de 2022 sobre la competencia del MSP, como autoridad sanitaria nacional, para emitir los lineamientos nacionales en materia de manejo de fauna urbana, con base en los cuales concluyó:

“(…) la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria en el artículo 13, literales a) y x) (…), otorgan a la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario atribuciones de regulación y control en materia fito, zoosanitaria y bienestar animal, sin que dichas disposiciones atribuyan a otra instancia el ejercicio de las mismas, a fin de que distinto organismo esté facultado para ejercerlas de manera paralela.

En cuanto a las implicaciones legales que la falta de coordinación previa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados con la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario, para ejercer sus atribuciones de planificación, regulación, control, gestión en materia de bienestar animal, el marco jurídico vigente no prevé implicación expresa al respecto; sin embargo, es preciso mencionar que el Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía- COOTAD, en el artículo 3, prevé los principios que rigen el ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, señalando entre éstos el de coordinación y corresponsabilidad. Así como también es de considerar la necesidad de que las actuaciones de la Administración Pública eviten duplicidades y omisiones que como consecuencia pudieran presentarse.” (el resaltado me corresponde)

1.5. Por su parte, el criterio jurídico de la AME citó, adicionalmente, los artículos 84, 154, 245, 261 numeral 9 y 264 de la CRE; y, 114, 322 y 323 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁸ (en adelante COOTAD), tras lo cual concluyó:

“(…) estamos a la espera de la política pública que debe remitir el organismo rector, tal como lo dispone el art 154 de la Constitución, el mismo que a futuro dictará normas técnicas de cumplimiento obligatorio, dirigiendo desde ahí toda la administración del Estado, esto en cumplimiento (sic) de la coordinación con los entes rectores competentes que manda el art. 144 del Código (sic) Orgánico Ambiental, máxime (sic) que las políticas (sic) públicas conforme al mandato constitucional garantizan en la praxis derechos.

(…) en ejercicio de las competencias exclusivas y por mandato del art. 261.9 de la Constitución de la República, **le corresponde al Estado central la regulación y control Fito y Zoosanitario en aplicación de las medidas de protección de la sanidad y el**

⁷ LOS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

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

bienestar de los animales por ser parte de sus competencias exclusivas; y, aplicar los tratados internacionales, como el de la Organización Mundial de Comercio OMC (Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria -CIPF- y el Código Sanitario de los Animales Terrestres de la -OIE -Organización Mundial de Sanidad Animal; así como el Acuerdo de Cartagena que dio origen a la Comunidad Andina de Naciones -CAN- y otros Convenios internacionales sobre esta materia Fito, Zoonosanitario y de bienestar animal.” (el resaltado me corresponde)

1.6. Finalmente, el criterio jurídico del MAATE, además de las normas mencionadas, citó los artículos 9 y 28 del COA; 6 y 7 de la LOSA; 3 y 54 del COOTAD; 12, 13, 14, 143 y 144 del COAM; y, 82 y 83 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente⁹ (en adelante RCOAM), con fundamento en los cuales concluyó:

“(…) la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario conforme el artículo 12 de la Ley que la rige (Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria) le corresponde *‘la regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria, con la finalidad de mantener y mejorar el estatus Fito y Zoonosanitario de la producción agropecuaria’*, en el mismo sentido el artículo 13 de la Ley ibídem (sic) establece como una de las competencias y atribuciones de la Agencia las de ‘dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal’ además de controlar el cumplimiento de dichas regulaciones **en toda la cadena de producción.** (el resaltado corresponde al texto original)

(…) esta dependencia establece que **las competencias dadas a la Agencia son en exclusiva, respecto de lo relacionado a la producción agropecuaria y bienestar animal en toda la cadena de producción**, es decir, producción vegetal y animal, su explotación y aprovechamiento, desde la provisión de estos, pasando por la producción, transformación hasta su comercialización. (el resaltado me corresponde)

(…)

En razón de lo señalado por la propia Organización Mundial de Sanidad Animal, lo establecido en el Código Sanitario para los Animales Terrestres, son recomendaciones que realizan respecto del bienestar animal, salud pública veterinaria, mejora de la sanidad, **recomendaciones que pueden ser acogidas por el Ecuador a través de** la coordinación con sus distintas Entidades y **la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario en su calidad de representante del Ecuador ante la Organización Mundial de Sanidad Animal.** (el resaltado me corresponde)

(…) **los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos se encuentran obligados en atención a la Norma Suprema y la Ley a coordinar con las**

⁹ RCOAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 507 de 12 de junio de 2019.

Autoridades Nacionales en salud, investigación, educación, ambiente y agricultura para la efectiva ejecución de sus atribuciones, por lo que deberán poner más atención en el cumplimiento de los principios que rigen la Administración Pública, limitándose a las competencias atribuidas a cada entidad.

Finalmente, me permito señalar que **no existe una medida coercitiva para el no cumplimiento de dichos principios**, sin embargo es obligación de todos los niveles de Gobierno, la observancia y cumplimiento de la Constitución y la Ley. (el resaltado me corresponde)

1.7. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera pregunta el informe jurídico de la entidad consultante y los criterios jurídicos del MSP y la AME coinciden en el sentido de que la LOSA creó a AGROCALIDAD como la institución encargada de la regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria. Agrega la entidad consultante que, la Organización Mundial de Sanidad Animal (en adelante OMSA) reconoce a AGROCALIDAD como única autoridad para aplicar las medidas de protección de la sanidad y el bienestar de los animales, los procedimientos internacionales de certificación veterinaria y las demás normas y recomendaciones del Código Sanitario para los Animales Terrestres.

En relación a la segunda pregunta, el informe jurídico de la entidad consultante coincide con los criterios jurídicos del MSP y del MAATE en cuanto a que, a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos (en adelante los GAD) les corresponde coordinar con AGROCALIDAD para dar cumplimiento con lo establecido en el COAM, con la finalidad de evitar doble control y regulación en el mismo ámbito. La AME añade que los GAD están a la espera de la respectiva política pública que debe remitir el organismo rector, por tratarse de competencia exclusiva del gobierno central, de conformidad con el numeral 9 del artículo 216 de la CRE, en virtud de los instrumentos internacionales que la regulan; en tanto que el MAATE precisa que no existe una medida coercitiva en caso de incumplimiento de la obligación de los GAD de coordinar con las Autoridades Nacionales.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: i) competencia del Estado Central en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal; y, ii) deber de coordinación de los GAD con AGROCALIDAD para ejercer sus atribuciones de planificación, regulación y control en materia de bienestar animal.

2.1. Competencia del Estado Central en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal.-

El numeral 9 del artículo 261 de la CRE incluye entre las competencias exclusivas del Estado central *“Las que le corresponda aplicar como resultado de los tratados internacionales”*. Al efecto, el inciso tercero del artículo 3.1.1. del Código Sanitario para los Animales Terrestres, ubicado en el TÍTULO 3 *“CALIDAD DE LOS SERVICIOS VETERINARIOS”*, CAPÍTULO 3.1. *“INTRODUCCIÓN A LAS RECOMENDACIONES SOBRE LOS SERVICIOS VETERINARIOS”*, establece que los Países Miembros deberán aplicar las normas de la Organización Mundial de Sanidad Animal (en adelante OIE) en todo su territorio y cumplir con sus obligaciones a nivel internacional *“mediante la representación de sus respectivos Delegados”*, y agrega que la autoridad veterinaria, incluido el Delegado de la OIE, deberá coordinar *“con las otras autoridades competentes para garantizar el cumplimiento de las normas y responsabilidades internacionales”*.

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 281 de la CRE, al referirse a la soberanía alimentaria incluye entre las responsabilidades del Estado el *“Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable”*.

De conformidad con lo previsto en el primer inciso del artículo 139 del COAM, ubicado en el Título VII *“MANEJO RESPONSABLE DE LA FAUNA Y ARBOLADO URBANO”*, Sección I *“DISPOSICIONES GENERALES PARA EL MANEJO RESPONSABLE DE LA FAUNA URBANA”*, dicho capítulo tiene por objeto *“la promoción y la garantía del bienestar animal”*, con la finalidad de erradicar la violencia contra los animales, fomentar un trato adecuado para evitarles sufrimientos innecesarios y prevenir su maltrato, y *“de aplicar y respetar los protocolos y estándares derivados de instrumentos internacionales reconocidos por el Estado”*. (el resaltado me corresponde)

En este contexto, el artículo 143 del COAM prevé la rectoría del Gobierno Central en materia de manejo de la fauna urbana y ordena en sus numerales 1 y 5 que al efecto se consideren los lineamientos y normas técnicas emitidas por la *“Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca sobre el bienestar de los animales destinados al consumo”*, así como el bienestar de los animales destinados, trabajo u oficio, de conformidad con las normas de la materia; y, las emitidas por *“la Autoridad Ambiental Nacional sobre fauna silvestre y fauna silvestre urbana”*.

Por otra parte, el artículo 1 de la LOSA, al referirse a su objeto, establece que dicha ley regula la sanidad agropecuaria, mediante la aplicación de medidas para prevenir el ingreso, diseminación y establecimiento de plagas y enfermedades; *“promover el*

bienestar animal, el control y erradicación de plagas y enfermedades que afectan a los vegetales y animales y que podrían representar riesgo fito y zoonosanitario” (el resaltado me corresponde). Agrega el segundo inciso del citado artículo que la LOSA regula también el desarrollo de actividades, servicios y **“la aplicación de medidas fito y zoonosanitarias, con base a los principios técnico-científicos para la protección y mejoramiento de la sanidad animal y vegetal”**, así como para el incremento de la producción, la productividad y garantía de los derechos a la salud y a la vida; y el aseguramiento de la calidad de los productos agropecuarios, **“dentro de los objetivos previstos en la planificación, los instrumentos internacionales en materia de sanidad agropecuaria, que forman parte del ordenamiento jurídico nacional”**. (el resaltado me corresponde)

Con tales antecedentes, el artículo 12 de la LOSA creó AGROCALIDAD como una entidad técnica de derecho público, con personería jurídica, encargada de la **“regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria, con la finalidad de mantener y mejorar el estatus fito y zoonosanitario de la producción agropecuaria”**. (el resaltado me corresponde)

Entre las competencias atribuidas por la LOSA a AGROCALIDAD, las letras a) y x) de su artículo 13 incluyen el: **“Dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal”** y, el **“Controlar el cumplimiento de regulaciones técnicas en materia fito, zoonosanitaria y de bienestar animal en toda la cadena de producción”** (el resaltado me corresponde). El primer inciso del artículo 48 ibídem señala que: **“Las disposiciones relativas al bienestar animal, observarán los estándares establecidos en la Ley de la materia y en los instrumentos internacionales”**, en tanto que su segundo inciso prevé que AGROCALIDAD **“reglamentará y controlará los estándares de bienestar animal en las explotaciones productivas pecuarias industriales destinadas al mercado de consumo”**. (el resaltado me corresponde)

De lo manifestado se observa que: i) corresponde al Estado central aplicar las normas de la OIE en todo su territorio; ii) el COAM tiene por objeto la promoción y la garantía del bienestar animal, a través de la aplicación y respeto de los protocolos y estándares derivados de instrumentos internacionales; y prevé la rectoría del Gobierno Central en la materia; iii) la LOSA regula la sanidad agropecuaria, promueve el bienestar animal, el control y erradicación de plagas y enfermedades que afectan a los vegetales y animales y la aplicación de medidas Fito y Zoonosanitarias, dentro de los objetivos previstos en los instrumentos internacionales en la materia; iv) la LOSA creó AGROCALIDAD como una entidad técnica de derecho público, con personería jurídica, encargada de la regulación y control de la sanidad y bienestar animal y sanidad vegetal, responsable de

dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoosanitaria y bienestar animal y controlar el cumplimiento de regulaciones técnicas en la materia.

2.2. Deber de coordinación de los GAD con AGROCALIDAD para ejercer sus atribuciones de planificación, regulación y control en materia de bienestar animal.

De acuerdo con el artículo 226 de la CRE, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ***“Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”***. (el resaltado me corresponde)

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 238 de la CRE señala que los GAD gozarán de *“autonomía política, administrativa y financiera”* y tendrán *“facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales”*, según lo prescrito en el artículo 240 ibídem.

De otra parte, la letra c) del artículo 3 del COOTAD incluye entre los principios que rigen el ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los GAD, el de coordinación y corresponsabilidad por el cual: ***“Todos los niveles de gobierno tienen responsabilidad compartida con el ejercicio y disfrute de los derechos de la ciudadanía, el buen vivir y el desarrollo de las diferentes circunscripciones territoriales”***, en el marco de las competencias exclusivas y concurrentes de cada uno de ellos, para lo cual, ***“se incentivará a que todos los niveles de gobierno trabajen de manera articulada y complementaria para la generación y aplicación de normativas concurrentes, gestión de competencias, ejercicio de atribuciones”***. (el resaltado me corresponde)

En este contexto, el artículo 5 del COOTAD determina que la autonomía de los GAD comprende el derecho y la capacidad efectiva de esos niveles de gobierno *“para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes”*; y agrega que la autonomía política se expresa, entre otros aspectos, *“en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad”*, que se ejercen por el concejo cantonal, según el artículo 7 ibídem, órgano que tiene competencia para dictar ordenanzas, en armonía con lo previsto en los artículos 29 letra a) y 53 del COOTAD.

La letra r) del artículo 54 del COOTAD, en concordancia con la letra s) del artículo 84 ibídem, incluye como atribución de los GAD municipales y metropolitanos 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”.

En este sentido, el artículo 144 del COAM señala que los GAD contarán con las atribuciones de: *“planificación, regulación, control, gestión y **coordinación con los entes rectores competentes en los ámbitos de salud** investigación, educación, **ambiente y agricultura**, de conformidad con las disposiciones de este Código y la ley”* y al efecto, su numeral 1 incluye entre las atribuciones de aquellos la siguiente:

“Controlar, de forma coordinada con el ente de control nacional, el bienestar animal de los animales de compañía, trabajo u oficio, entretenimiento y experimentación en la tenencia, crianza, comercialización, reproducción, adopción, transporte y eutanasia animal. **Cualquier inobservancia será comunicada al Ente Rector Nacional, a través de un informe preceptivo”.** (el resaltado me corresponde)

En armonía con lo indicado, el inciso primero del artículo 14 de la LOSA establece que el Sistema Nacional de Control de Sanidad Agropecuaria estará integrado por las entidades del régimen institucional de la Función Ejecutiva que ejercen competencias sectoriales de regulación y control sanitarias; y los GAD provinciales, municipales y metropolitanos, de conformidad con sus competencias; cuya coordinación la ejercerá la Autoridad Agraria Nacional.

De lo expuesto se desprende que: i) corresponde al Estado central, a través de AGROCALIDAD, ejercer la competencia exclusiva respecto de la aplicación de los tratados internacionales en materia de regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria, con la finalidad de mantener y mejorar el estatus fito y zoosanitario de la producción agropecuaria; ii) todos los niveles de gobierno deben trabajar de manera articulada y complementaria para la aplicación de normativas y la gestión de competencias de manejo responsable de la fauna urbana y promoción del bienestar animal; y, iii) los GAD municipales y metropolitanos tienen entre sus atribuciones 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 en coordinación con el ente de control nacional.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 12 y 13 letras a) y x) de la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario es el único ente nacional encargado de la regulación y control de la sanidad y bienestar animal, sanidad

vegetal y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria en el país, al que corresponde aplicar las medidas de protección de sanidad y el bienestar de los animales, los procedimientos internacionales de certificación veterinaria y demás normas y recomendaciones del Código Sanitario para los Animales Terrestres, así como dictar regulaciones técnicas en materia fito, zoonosanitaria y bienestar animal, además de controlar el cumplimiento de regulaciones técnicas.

Respecto a su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con lo previsto en los artículos artículo 144 numeral 1 del Código Orgánico Ambiental; 3 letra c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, 14 de la Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, el deber de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos de coordinar con la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario la gestión de competencias en materia de bienestar animal se instrumenta en la elaboración del informe preceptivo al que se refiere el numeral 1 del artículo 144 del Código Orgánico del Ambiente.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.07
18:11:32 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Bernardo Manzano Díaz,
MINISTRO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA.

Ing. Gustavo Manrique Miranda,
MINISTRO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA.

Dr. José Ruales Estupiñán,
MINISTRO DE SALUD PÚBLICA.

Mgs. Franklin Alejandro Galarza Guzmán,
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORINAS.

Oficio N° 20129

Quito, DM, 05 de septiembre de 2022

Señor ingeniero
Marco Giovanni López Narváez,
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS
Guayaquil. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. SCVS-INPAI-2022-00048495-O de 15 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿La implementación de medidas correctivas y de saneamiento mencionadas en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores que se dispongan respecto de las entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores por parte la (sic) Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, son independientes en forma, fondo y temporalidad a la facultad sancionadora que por ley se establece para esta Institución, las que podrían se (sic) determinadas y exigidas en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores; sin perjuicio de la facultad del órgano regulador del mercado de valores de determinar su concepto y alcance?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 19866 de 17 de agosto de 2022, este organismo solicitó a la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante JPRF), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. El requerimiento de este organismo fue atendido por la Presidenta de la JPRF, mediante oficio No. JPRF-JPRF-2022-0211-O de 31 de agosto de 2022, ingresado al correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, al cual se adjuntó el informe jurídico No. JPRF-CJ-2022-0037 de 30 de agosto de 2022, aprobado por el Coordinador Jurídico.

1.3. El informe jurídico contenido en memorando No. SCVS-INPAI-2022-0860-M de 15 de agosto de 2022, suscrito por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS), citó los artículos 213 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 431 de la Ley de Compañías² (en adelante LC); 1, innumerado a continuación del artículo 1, 10 numerales 2 y 3, 203, 206 y 208 numerales 1, 1.1,

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

² LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 10 de diciembre de 2020.

2, 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores³ (en adelante LMV), luego de lo cual manifestó y concluyó lo siguiente:

“(…) Es así que **la medida correctiva es un mecanismo de regulación de las conductas económicas negativas en el mercado que corrige, revierte, previene y elimina dichas conductas** con la finalidad de satisfacer y garantizar los derechos e intereses de los partícipes en el mercado de valores; mientras que, **la sanción administrativa, tiene como objetivo principal la penalización de los actos que constituyen infracciones por parte de los administrados** y su fin es castigar las conductas y coaccionar al administrado al cumplimiento de la normativa.

(…)

En este contexto es pertinente acotar que **se puede considerar también a la medida correctiva como una orden expedida por el órgano de control del mercado de valores en ejercicio de la facultad legal dirigida al participante del mercado de valores que impone una determinada conducta a efectos de corregir su actuar ajustándolo al ordenamiento jurídico** que rige dicho mercado, con la finalidad de precautelar y restablecer el equilibrio, tanto del interés particular como del interés público, sin que ésta constituya un acto sancionador.

Estas **medidas correctivas o de saneamiento** pueden expresarse como **correcciones de distintas clases de registros que utilicen los diferentes participantes del mercado de valores, rectificaciones de errores que se detecten en actos, operaciones o registros que se relacionen con inobservancias de las normas que rigen a los participantes del mercado de valores, la modificación de normas de autorregulación** cuando sean contrarias a normas legales de carácter general, entre otras, **las cuales deben ser definidas y establecidas a través del acto normativo correspondiente por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera**’ (actualmente **Junta de Política y Regulación Financiera**) para el caso que nos atañe.

(…)

En lo que respecta a la **potestad sancionadora**, la Ley presupone un espectro normativo preciso que se decanta en un **procedimiento reglado y plenamente instituido**. Así tenemos lo que se denomina Procedimiento Administrativo Sancionador.

(…)

De lo dicho hasta aquí, se infiere sin dubitación, que **la facultad sancionadora que le atañe a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros se ejecuta a través de preceptos normativos concretos y definidos respecto de las infracciones que se determinen durante la actividad de control** para la cual está constitucional y legalmente investida, distinguiéndose de la facultad correctiva, precisamente en el hecho de que la finalidad inmediata es la de causar un daño, legalmente adecuado, al administrado.

(…)

Corresponde también considerar que estas **sanciones se encuentran sujetas a los principios que rigen esta actuación administrativa, como son: legalidad (tipicidad y reserva de ley), culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem** entre otros, mismos que son únicamente exigibles en los casos en que se manifieste su ejercicio dentro del marco de la actividad sancionadora y no podrían

³ LMV, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 215 de 29 de noviembre de 2021.

extenderse a otros ámbitos regidos por otros principios y fines del ordenamiento jurídico. En consecuencia, estos principios tienen un marco de aplicación concreta, que se relaciona con el ejercicio del Ius puniendi del Estado; es decir, cuando se ejercita el poder sancionador del Estado a través de las diferentes instituciones dotadas de facultad sancionadora y no cuando se impongan medidas que ocasionen cargas no deseadas por el administrado en ejercicio de la facultad correctiva.

Es indispensable resaltar en este punto, como ya se ha indicado en párrafos anteriores, que la **facultad correctiva dista de la sancionadora precisamente porque procura con la corrección y saneamiento orientada a garantizar los derechos de los partícipes en el Mercado de Valores**, a un ejercicio de la función administrativa distinto de la de ultima ratio o sancionador, que implique sí, la adecuación del administrado al decurso de la Ley, sin tener que afligirlo mediante la imposición de una sanción.

(...)

Por otra parte, en lo que corresponde a la **temporalidad de la aplicación de las medidas correctivas y de saneamiento**, el texto del numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, Libro 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero, dispone que las medidas de corrección y saneamiento determinadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sean impuestas y se exija su cumplimiento a las compañías, entidades y personas que intervienen en el mercado de valores **en cualquier momento**, una vez que de las inspecciones correspondientes se verifique la existencia de una conducta negativa en el mercado de valores.

Esta amplia facultad de verificación ejercitada en cualquier momento, entendida como una atribución legal inherente a la existencia misma del organismo de control, no puede someterse a limitantes que no sean aquellas que explícitamente se encuentren demarcadas en la normativa vigente, puesto que lo contrario significaría desvirtuar propiamente las actuaciones de una Institución Pública orientadas al Bien Común.

(...)

Sin perjuicio de esto, respecto de la segunda, es decir la **facultad correctiva**, la **ley no ha incorporado un texto que invoque reservas respecto de los tiempos de su aplicación**, toda vez que se reconoce que ésta, atiende a la readecuación de una anomalía de la cual no se infiere, o le es indistinta, la aplicación de un procedimiento administrativo sancionador. Dicho de otra forma, **la temporalidad en la facultad correctiva que la Ley instituye como un mecanismo reparatorio de la administración pública, se entiende como atemporal por no devenir ni propender de un procedimiento restrictivo como el sancionador**, sino que más bien se orienta a recomponer aquello que, evidenciándose disconforme los con preceptos legales inherentes al Mercado de Valores, es necesario restaurar en virtud del apego a los denominados Principios Rectores.

(...)

La cuestión jurídica prevaleciente en torno a la determinación de una medida correctiva o de saneamiento eficiente, útil y correctora debe implementarse en el marco de un procedimiento que articule de manera correcta su implementación, dentro del marco legal previsto en el artículo 10 numeral 2 de la Ley de Mercado de Valores, Libro 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

2.- CRITERIO JURIDICO:

Con los antecedentes expuestos, es criterio de esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional, que la **facultad sancionadora que la ley le atribuye a la Superintendencia de**

Compañías, Valores y Seguros, no obsta, deslegitima ni desmerece la facultad de implementar respecto de sus administrados, a la luz de la Ley de Mercado de Valores, las **medidas correctivas y de saneamiento** que, a través de sus amplias facultades de inspección, pudieren haberse verificado adecuadas en el ejercicio efectivo de sus atribuciones, constitucionales y legales, como organismo de control, por lo que la imposición de medidas correctivas y de saneamiento, se infieren como pertinentes y procedentes en los casos en que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros verifique la necesidad de su implementación, de manera independiente en forma, fondo y temporalidad, a la facultad sancionadora que por ley le corresponde.

Además, **debido a la independencia con la sanción administrativa, las medidas correctivas y de saneamiento pueden ser dispuestas por el ente de control ya sea durante sus labores de inspección o sus labores propias de control a los participantes del mercado de valores; una vez que se haya culminado las actuaciones previas; al momento de imponer una sanción administrativa; y, con posterioridad** a la imposición de una sanción administrativa.

En este orden de ideas, las **medidas correctivas deben adoptarse tomando en consideración los procedimientos internos de control; no obstante lo anterior, toda vez que hacen referencia a actuaciones dentro del mercado de valores, éstas deben ser adoptadas acorde a las disposiciones que respecto al concepto y alcance expida la Junta de Política y Regulación Financiera**, como órgano regulador de la política del mercado de valores, observando los principios de protección del inversionista y el respeto y fortalecimiento de la potestad normativa de la Junta de Política y Regulación Financiera, con sujeción a la Constitución de la República del Ecuador, las políticas públicas del mercado de valores y la Ley, consagrados en el artículo innumerado incorporado a continuación del artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores, dentro del ámbito del mercado de valores” (el resaltado me corresponde).

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la JPRF, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 76, 132, y 226 de la CRE; 9, 14 numeral 3, y Disposición General Décima Segunda del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero⁴ (en adelante COMF); 10 numeral 6 de la LMV; y 16 del Libro II “Mercado de Valores”, Título III “Participación del Sector Público en el Mercado de Valores”, Sección IV “Participación en Negocios Fiduciarios y Procesos de Titularización” de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros⁵ (en adelante CRMFVS), con base en los cuales analizó y concluyó:

“**III CRITERIO JURÍDICO** (...) Al tenor literal del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros tiene la atribución de *‘inspeccionar, en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores’* y de exigir *‘que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento en los casos que se dispongan’*, según lo dispuesto en el numeral 2 del precitado artículo 10.

Por su parte, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros también tiene la atribución de ‘conocer y sancionar las infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias’, conforme a lo establecido en el numeral 6 del artículo 10 ibidem (sic).

(...) la **atribución de inspeccionar en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, así como la de exigir, que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento, no excluye a la facultad sancionadora que le correspondería por ley** a esta entidad de supervisión y control, que es una decisión punitiva del ente

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

⁵ CRMFVS, Resolución No. 385, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 44 de 24 de julio de 2017.

de control en contra del infractor. El control, y como efecto la facultad sancionadora que le corresponde a la SCVS, se encuentran previstos en la ley (el resaltado me corresponde).

En cuanto a las medidas correctivas y de saneamiento a las que se refiere la consulta en referencia, es necesario hacer un análisis textual de lo establecido en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores:

(...)

La Superintendencia, de conformidad con la ley, puede exigir, en cualquier tiempo, con amplias facultades de verificación, que las instituciones controladas cumplan con medidas correctivas y de saneamiento; **la Junta de Política y Regulación Financiera no puede entrar en ese ámbito por no corresponderle en virtud de sus competencias asignadas por ley** (el resaltado me corresponde).

Siendo así, y en relación con el asunto que motiva la consulta, al tenor literal del actual numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el numeral 6 *ibidem*, y con la Disposición General Décima Segunda del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la entidad a la que le corresponde: (i) inspeccionar, en cualquier tiempo a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores y **exigir que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento** en los casos que se dispongan; (ii) conocer y **sancionar las infracciones** a la Ley de Mercado de Valores, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias; y, (iii) **sancionar las infracciones** de las entidades del mercado de valores y seguros, sus administradores, funcionarios o empleados, auditores interno y externo, firmas calificadoras de riesgo, peritos valuadores y otros que efectúen servicios de apoyo a la supervisión; en atención de y cumpliendo con los principios recogidos en el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores (el resaltado corresponde al texto original)

(...) la consulta tiende a que la Junta de Política y Regulación Financiera, como órgano regulador del mercado de valores, se pronuncie acerca de la **alegada facultad de determinar concepto y alcance de las infracciones y sus sanciones, este organismo no tiene facultad o atribución para hacerlo. Todas las infracciones y sus sanciones, tanto en concepto y alcance, deben estar contempladas en la ley**, por disposición constitucional, en aplicación de lo que prescribe el precitado artículo 76 (el resaltado me corresponde y el subrayado es parte del texto original).

Por este motivo, cabe señalar que **la Junta de Política y Regulación Financiera no es competente para emitir una norma que contemple una nueva infracción y su sanción, al no poder actuar contra mandamiento constitucional y, además, al estar impedido para alterar las disposiciones legales mediante sus regulaciones**; en cumplimiento de lo que prescribe el artículo 132 de la Constitución de la República, en concordancia con lo establecido en el antepenúltimo inciso del artículo 14 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I.” (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se observa que los informes jurídicos de la SCVS y la JPRF coinciden en que la SCVS está facultada para disponer medidas correctivas y de saneamiento, como resultado de los procedimientos de inspección y control que le competen respecto de los participantes del mercado de valores.

La SCVS señala que las medidas correctivas se pueden adoptar una vez que culminen las actuaciones previas, independientemente de la imposición de sanciones administrativas aplicables e incluso con posterioridad a ello, es decir diferencia la potestad sancionadora de la correctiva que la ley

le confiere. Agrega que, al referirse a actuaciones dentro del mercado de valores, deben ser adoptadas acorde a las disposiciones que sobre su concepto y alcance expida la JPRF.

Por su parte la JPRF no diferencia las medidas correctivas y la potestad sancionadora y manifiesta que, por los principios de reserva de ley y tipicidad, no tiene competencia para emitir normas que contemplen una nueva infracción y sanción o puedan alterar disposiciones legales.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis considerará los siguientes aspectos: i) Principios rectores del mercado de valores y atribuciones de la SCVS en ese ámbito; y, ii) la potestad correctiva de la SCVS.

2.1. Principios rectores del mercado de valores y atribuciones de la SCVS en ese ámbito.-

En el contexto del principio de legalidad que rige en derecho público y que consta previsto por el artículo 226 de la CRE, se observa que de acuerdo con el artículo 213 ibídem las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades de su competencia, *“con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”*; la misma norma agrega que *“Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley”*.

Por su parte, la letra d) del artículo 431 de la LC incluye en el ámbito de control de la SCVS a *“(…) las bolsas de valores y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores (...)”*, que actualmente consta como Libro II del COMF.

El artículo 1 de la LMV señala que su objeto es *“promover un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, en el que la intermediación de valores sea competitiva, ordenada, equitativa y continua, como resultado de una información veraz, completa y oportuna”*. Respecto a su ámbito de aplicación, los incisos segundo y tercero de esa norma disponen:

“El ámbito de aplicación de esta Ley abarca el mercado de valores en sus segmentos bursátil y extrabursátil, las bolsas de valores, las asociaciones gremiales, las casas de valores, las administradoras de fondos y fideicomisos, las calificadoras de riesgo, los emisores, las auditoras externas y demás participantes que de cualquier manera actúen en el mercado de valores.

También son sujetos de aplicación de esta Ley, el Junta de Regulación del Mercado de Valores y la Superintendencia de Compañías y Valores, como organismo regulador y de control, respectivamente” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo innumerado agregado después del artículo 1 de la LMV prevé que la actuación de la JPRF y de la SCVS se debe orientar por los principios rectores del mercado de valores, entre ellos los de fe pública, protección al inversionista, respeto y *“fortalecimiento de la **potestad normativa de la Junta**”* (el resaltado me corresponde).

Las atribuciones y funciones de la SCVS se encuentran descritas por el artículo 10 de la LMV, entre las cuales constan 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”; y al efecto sus numerales 2, 3 y 6 le asignan, en su orden, atribuciones correctiva y sancionadora:

“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 Financiera, exigiendo que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento** en los casos que se dispongan;

3.- Investigar de oficio o a petición de parte las **infracciones a la presente Ley**, a sus reglamentos, a los reglamentos internos y regulaciones de las instituciones que se rigen por esta Ley, así como las cometidas por cualquier persona, que directa o indirectamente, participe en el mercado de valores **imponiendo las sanciones pertinentes**, así como poner en conocimiento de la autoridad competente para que se inicien las acciones penales correspondientes, y presentarse como acusador particular u ofendido, de ser el caso; (...)

6. **Conocer y sancionar las infracciones** a la presente Ley, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias; (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, los numerales 4 y 12 del mencionado artículo 10 de la LMC asignan a la SCVS atribuciones para velar por la observancia y cumplimiento de las normas que rigen el mercado de valores; y velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control y, en general, que cumplan las normas que rigen su funcionamiento.

Para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones, la SCVS “**podrá expedir los actos administrativos de control en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales ni las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera**”, según prevé el inciso final⁶ del citado artículo 10 (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 206 de la LMV asigna a la SCVS competencia para ejercer potestad sancionadora de las infracciones administrativas, tipificadas por el artículo 208 ibídem, que las clasifica en leves, graves y muy graves.

De lo expuesto se desprende que: i) son principios rectores del mercado de valores la protección al inversionista, y el respeto y fortalecimiento de la potestad normativa de la JPRF; y, ii) la potestad correctiva de la SCVS es diferente de su potestad sancionadora; ello se infiere de la forma en que la ley las desarrolla. Al efecto, la potestad correctiva se rige por el artículo 10 numeral 2, mientras que a la potestad sancionadora consta en los numerales 3 y 6 del mismo artículo 10 y se desarrolla por los artículos 206 y 208 ibídem, que tipifican las infracciones y sanciones.

2.2. Potestades correctivas de la SCVS.-

El numeral 2 del artículo 10 de la LMV señala entre las atribuciones de la SCVS la siguiente:

2. **Inspeccionar, en cualquier tiempo** a las compañías, entidades y demás personas que

⁶ Inciso final agregado por disposición reformativa segunda numeral 13 literal b de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 986 de 18 de abril del 2017.

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);

Según el tenor de la norma transcrita, las potestades correctivas y de saneamiento de la SCVS se insertan en el contexto de sus “*amplias facultades*” de verificación e inspección de los operadores del mercado de valores y se rigen por las normas que para el efecto expida la JPRF.

No obstante, con respecto a las mencionadas potestades correctivas y de saneamiento que la SCVS podría implementar, salvo la indicada mención contenida en el numeral 2 del artículo 10 de la LMV, no existe ninguna disposición adicional en ese cuerpo normativo ni tampoco normativa secundaria que regule: cuáles son o qué tipo de medidas correctivas se podrían adoptar; el momento en que se pueden disponer por parte de la SCVS; ni el procedimiento aplicable, lo que configura un vacío normativo que, según la misma norma, corresponde regular a la JPRF, en armonía con el artículo 14, sustituido⁷ del Libro I del COMF que dispone:

“Para el cumplimiento de estas funciones, **la Junta de Política y Regulación Financiera expedirá las normas en las materias propias de su competencia**, sin que puedan alterar las disposiciones legales. La Junta de Política y Regulación Financiera podrá emitir normativa por segmentos, actividades económicas y otros criterios” (el resaltado me corresponde).

A manera de ejemplo se observa que en el caso de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, la JPRM expresamente le autoriza, respecto de las cooperativas de ahorro y crédito, a disponer el reverso de valores capitalizados y su devolución a los socios, según consta en el artículo 2 de la Codificación⁸ de Resoluciones de la JPRM.

Respecto a las atribuciones que confiere a la SCVS el inciso final del artículo 10 de la LMV se observa que la norma es amplia y facultativa, y se debe entender de acuerdo con los principios de fe pública y protección al inversionista, que rigen el mercado de valores. Adicionalmente, se observa que esa norma se refiere en forma general a las atribuciones y funciones de la SCVS, por lo que incluye a las correctivas. Ello concuerda con lo previsto por el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo⁹ (en adelante COA) en el sentido de que para el cumplimiento de sus funciones el organismo público puede realizar todo aquello que sea necesario.

⁷ Artículo sustituido por artículo 10 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 443 de 3 de Mayo del 2021

⁸ Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Tomo VIII, Libro I, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 44 de 24 de julio de 2017, artículo 2 agregado por artículo único de Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera No. 645, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 389 de 10 de Febrero del 2021: “Art. 2.- Capitalización.- La capitalización se perfeccionará con el aporte de un nuevo socio o con la resolución de la asamblea general que disponga la capitalización de los aportes para futuras capitalizaciones.

En el caso que la capitalización involucre la transferencia de ahorros o depósitos, se requerirá de la autorización previa del socio presentada por escrito, lo cual será verificado por la Superintendencia en cualquier momento. Si la cooperativa de ahorro y crédito capitaliza sin la autorización respectiva del socio, la Superintendencia dispondrá el reverso inmediato de los valores capitalizados y la consecuente devolución a sus socios; de ser el caso analizará la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales que correspondieren”.

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

Del análisis efectuado se observa que: *i)* es jurídicamente posible diferenciar la potestad correctiva de la sancionatoria; *ii)* en virtud del principio de legalidad, es necesario desarrollar normativamente las medidas correctivas, el momento en que la SCVS las podría adoptar y el procedimiento al efecto, lo cual compete a la JPRF; *iii)* en los casos concretos corresponde a la SCVS, en aplicación del principio de protección al inversionista, evaluar la aplicación de una medida correctiva, en ejercicio de las atribuciones de verificación de operaciones (10.2 LMV) y de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control y, en general, que cumplan las normas que rigen su funcionamiento (10.12 LLMV)

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en su calidad de organismo de control, está facultada para adoptar medidas correctivas y de saneamiento respecto de las entidades y operadores del mercado de valores, de conformidad con el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, las mismas que son distintas y por tanto autónomas de las sanciones aplicables por el cometimiento de infracciones administrativas. Corresponde a la Junta de Política y Regulación Financiera desarrollar normativamente las medidas correctivas aplicables, en ejercicio de la potestad normativa que le asiste a ese órgano colegiado, establecida en el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores y lo expresamente previsto por la parte final de numeral 2 del artículo 10 de la misma ley.

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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.09.05
17:07:19 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Eco. María Paulina Vela Zambrano,
Presidenta de la Junta de Política y Regulación Financiera

Elaborado por: P. Puentestar / Ab. Cárdenas
Ab. Baca

Revisado por: Dr. Navarro, Dra. Rosero

Sector: ORGANISMOS Y DEPENDENCIAS DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA (ART. 225 # 1)
Materia: MERCADO DE VALORES
Submateria: APLICACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS Y DE SANEAMIENTO

Oficio N° 20090

Quito D.M., 05 de septiembre de 2022

Señor
Virgilio Andrango Cuascota,
ALCALDE,
GADM PEDRO MONCAYO.
Tabacundo. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 492-A-GADMPM-2022 de 15 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 18 de los mismos mes y año, mediante el cual usted solicitó la reconsideración del pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 19615 de 28 de julio de 2022, que atendió sus consultas sobre la aplicación de los artículos 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹(en adelante LOSNCP) y 417 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante COOTAD), que regulan la naturaleza jurídica de las quebradas, incluidos sus taludes y franjas de protección.

1. Antecedentes. -

1.1. Las consultas iniciales del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pedro Moncayo. -

Las consultas iniciales del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pedro Moncayo (en adelante GADM Pedro Moncayo)³ fueron del siguiente tenor:

“De conformidad con el artículo 58.1 (sic) la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el avalúo a tomarse en cuenta para la declaratoria de utilidad pública es el avalúo municipal del año anterior, no existe disposición alguna de excluir los valores correspondientes al avalúo de quebradas, taludes y franjas de protección.

Tomando en cuenta que el artículo 417 literal d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala que las quebradas, taludes y franjas de protección son bienes de uso público, ¿para iniciar un proceso de expropiación se debe deducir del avalúo municipal el avalúo correspondiente a quebradas, taludes y franjas de protección; es decir, que el avalúo que se ha de tomar en cuenta en los procesos de expropiación solo ha de comprender el área útil de predio a ser expropiado?”.

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

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

³ Planteadas en oficio No. 14-A-GADMPM-2022 de 15 de febrero de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 17 de los mismos mes y año.

1.2. El informe jurídico No. GADMPPM-PS-2022-25-I de 15 de febrero de 2022 que acompañó a sus consultas, suscrito por la Procuradora Síndica del GADM Pedro Moncayo, citó los artículos 226, 240, 264 numeral 9, 321 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante CRE); 55 letras a), b) e i), 139, 415, 416, 417 letra d), 419, 423, 432, 446, 494, 495 y 496 del COOTAD; 58.8 de la LOSNCP; 7, 18, 599, 603, 604, 605, 612, 622, 686, 688, 702 y 1749 del Código Civil⁵ (en adelante CC); 67 y 100 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo⁶ (en adelante LOOTUGS); 3 del Decreto Ejecutivo No. 3516, que establece la vigencia y aplicabilidad del Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente⁷ (en adelante Decreto Ejecutivo No. 3516); 252 letra b) de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal⁸; 37 letra e) del Acuerdo Ministerial No. 017-20, emitido por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, que contiene la Norma Técnica para la Formación, Actualización y Mantenimiento del Catastro Urbano y Rural y su Valoración⁹ (en adelante Norma Técnica para la Formación del Catastro); las sentencias de la Corte Constitucional Nos. 60-11-CN/20¹⁰, 081-17-SEP-CC¹¹ y 045-15-SEP-CC¹², que desarrollan el concepto de seguridad jurídica; y, los pronunciamientos del Procurador General del Estado contenidos en oficios Nos. 04007 y 14904 de 7 de octubre de 2008 y 28 de julio de 2021, con fundamento en los cuales concluyó:

“Al amparo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 58.8 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, los bienes de uso público no estarán sujetos a procesos expropiatorios, en consecuencia las quebradas incluidas sus taludes y franjas de protección al ser bienes de uso público es procedente y aplicable el citado artículo, con la salvedad establecida en el análisis de la segunda consulta.

Conforme el inciso segundo del artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que el precio de expropiación es el avalúo municipal sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto más el 10%; y señala como deducibles la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras obras ajenas a la acción del propietario.

De esto se deducen (sic) que las quebradas, taludes y franjas de protección, cuando se encuentran dentro de un predio a ser expropiado, los valores correspondientes a los mismos no serán deducibles del avalúo total del inmueble a ser expropiado”.

1.3. El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado. -

El pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 19615 de 28 de julio de 2022, cuya reconsideración solicita, consideró los criterios jurídicos del MIDUVI y la AME, que se requirieron a fin de contar con mayores elementos de análisis, y diferenció los casos en los cuales las quebradas, sus taludes y franjas de protección, siendo bienes de dominio público, se encontraran catastrados como bienes de dominio privado, por cumplirse la condición prevista por la letra d) del artículo 417 del COOTAD, luego de lo cual concluyó lo siguiente:

⁴ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

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

⁶ LOOTUGS, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 790 de 5 de julio de 2016.

⁷ Decreto Ejecutivo No. 3516, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 2 de 31 de marzo de 2003.

⁸ LORM, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 331 de 15 de octubre de 1971.

⁹ Norma Técnica para la Formación del Catastro, publicada en Registro Oficial Edición Especial No. 764 de 10 de julio de 2020.

¹⁰ Sentencia, publicada en el Registro Oficial 60 martes 4 de agosto de 2020.

¹¹ Sentencia publicada en la Edición Constitucional No. 6 de 3 de julio de 2017.

¹² Sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 472 de 2 de abril de 2015.

“En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 417 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 58.8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 157C del Código Orgánico del Ambiente, las quebradas, incluidos sus taludes y franjas de protección, son bienes de uso público que forman parte de la Infraestructura Verde, que están excluidos de los procesos de expropiación por hallarse fuera del mercado, por lo que no corresponde incluirlos en el avalúo para la declaratoria de utilidad pública, **salvo que consten catastrados como bienes de dominio privado y su adquisición se hubiere realizado mediante los títulos y modos permitidos por la ley**, lo que corresponde verificar a la entidad que los declare de utilidad pública, bajo su exclusiva responsabilidad.

Por consiguiente, respecto de su segunda consulta, según el artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los procesos de expropiación el precio del bien inmueble tendrá como base **el valor del avalúo registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social. De ser el caso, tal avalúo puede incluir el suelo con quebradas, sus taludes y franjas de protección, o suelo con relleno de quebrada, siempre que ellos consten catastrados como propiedad privada.** Considerando que, según los artículos 139 y 495 del referido código, cada Gobierno Autónomo Descentralizado debe actualizar los catastros a efectos tributarios y no tributarios, dicha valoración deberá considerar los factores de corrección y deméritos, de conformidad con la Norma Técnica para la Formación del Catastro” (el resaltado me corresponde).

2. El pedido de reconsideración. –

Al pedido de reconsideración se ha acompañado el informe jurídico No. GADMPM-PS-2022-148-I de 12 de agosto de 2022, suscrito por el Procurador Síndico Municipal del GADM Pedro Moncayo, en el cual, en lo principal, se cita la misma normativa que se invocó en la consulta, a lo que añade el artículo 416 del COOTAD, luego de lo cual se ratifica en los argumentos precisados en el informe jurídico No. GADMPM-PS-2022-25-I de 15 de febrero de 2022, y expone lo siguiente:

“(…) No existe norma infraconstitucional ni constitucional que permita que un bien de uso y dominio público sea de titularidad privada, por cuanto la única excepción prevista es cuando la propia municipalidad previo estudio y de manera excepcional a través del pago de una regalía podría efectuarlo (…)

En cuanto a la corrección y demérito que se analiza en el pronunciamiento de la Procuraduría, dentro de las fases consta establecer el valor individual del suelo o individualización de predio sobre la base del suelo de la zona homogénea del sector y aplicando factores de corrección y deméritos por afectaciones, esto en sentido general para el cálculo y valoración que realiza el GAD Municipal, más no aplicable como se pretende para el valor establecido en el caso de expropiaciones regulado por el 58 (sic) de la LOSNCP (…)

3. Análisis. -

Del pedido de reconsideración y el informe jurídico previamente citados se observa que, en lo principal, reiteran el análisis realizado por el GADM Pedro Moncayo al plantear la consulta sobre la aplicación de los artículos 58.1 de la LOSNCP y 417 letra d) del COOTAD, en el sentido de que las quebradas, incluidos sus taludes y franjas de protección, son bienes de uso público, y por tanto no pueden ser consideradas para la valoración de un inmueble a ser expropiado.

3.1. Fundamentos jurídicos en los cuales se motiva la reconsideración. -

El Procurador Síndico Municipal del GADM Pedro Moncayo sustenta el pedido de reconsideración, además de las normas invocadas al formular la consulta inicial, en el análisis del segundo inciso del artículo 416 del COOTAD, que establece el régimen jurídico general aplicable a los bienes de dominio público, según el cual son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y en el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 16325 de 8 de noviembre de 2021, que analizó que los bienes de uso público no se registran en el catastro municipal por hallarse fuera del mercado.

3.2. Fundamentos jurídicos del pronunciamiento contenido en oficio No. 19615 de 28 de julio de 2022 y análisis de los nuevos argumentos presentados. -

Del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio No. 16972 de 21 de diciembre de 2021, en el que se consideró lo examinado por este organismo en oficio No. 16325 de 8 de noviembre de 2021, y del análisis de los nuevos argumentos expuestos en el informe jurídico que motiva el pedido de reconsideración, se observa, en lo esencial, lo siguiente:

- a) Las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social, pueden declarar la *“expropiación de bienes inmuebles de dominio privado”*, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley;
- b) Los bienes de dominio público no están sujetos a procesos expropiatorios.
- c) La letra d) del artículo 417 del COOTAD prevé que las quebradas, sus taludes y franjas de protección son bienes de dominio público ***“salvo que consten catastrados como bienes de dominio privado y siempre que se acredite tal condición por parte del privado”*** (el resaltado me corresponde);
- d) De acuerdo con el COOTAD, el valor de la propiedad urbana y rural que consta en los catastros sirve de base para la determinación de impuestos y es obligación de los GAD actualizar cada dos años los catastros, que tienen fines tributarios y no tributarios.
- e) Según la LOSNCP, el valor de la propiedad privada declarada de utilidad pública se establece mediante la suma del valor del suelo y, de haberlas, el de las construcciones que se hayan edificado sobre el mismo;
- f) Conforme la LOSNCP, el precio que se convenga del bien declarado en utilidad pública no podrá exceder del diez por ciento (10%) ***“sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto”*** (el resaltado me corresponde);

Finalmente, los argumentos que cita el pedido de reconsideración planteado por el GADM Pedro Moncayo, y examinados en el presente, deben ser entendidos en armonía con los artículos 58.8 de la LOSNCP y 62 de su Reglamento General que determinan que la declaratoria de utilidad pública o interés social procede únicamente respecto de bienes de propiedad privada, y no sobre bienes públicos, y que en aquellos casos en los cuales las quebradas con sus taludes y franjas de protección hayan sido catastrados como propiedad privada, de conformidad con la salvedad

prevista expresamente en la parte final de la letra d) del artículo 417 del COOTAD, y siempre que ello, además, se acredite por el privado, deben ser incluidos en el avalúo para efectos de la declaratoria de utilidad pública.

4. Ratificación del Pronunciamiento. -

Analizados los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración se establece que estos no conducen a modificar las conclusiones de este organismo, contenidas en el pronunciamiento constante en oficio No. 19615 de 28 de julio de 2022, por lo que, de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, me ratifico en el mismo.

Atentamente,

IÑIGO
FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente por IÑIGO
FRANCISCO ALBERTO SALVADOR CRESPO
Fecha: 2022.09.05 11:03:53 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Arq. María Gabriela Aguilera Jaramillo,
Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda- MIDUVI

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

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec