

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Enero 2023

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 enero de 2023 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	3-ene-23	AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL ADMINISTRATIVAS - EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	4
2	5-ene-23	SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO ADMINISTRATIVAS - OTORGAMIENTO Y SUPERVISIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS	11
3	5-ene-23	MINISTERIO DE DEFENSA EDUCACIÓN SUPERIOR E INTERCULTURAL - NATURALEZA DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS FISCOMISIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL	25
4	10-ene-23	MUNICIPIO DE PORTOVIEJO FINANZAS PÚBLICAS - EJECUCIÓN DE PROYECTOS NO INCLUIDOS EN EL PRESUPUESTO APROBADO	35
5	11-ene-23	MUNICIPIO DE MONTUFAR ADMINISTRATIVAS - ENTREGA DE INCENTIVOS A ASOCIACIONES PRODUCTIVAS	44
6	18-ene-23	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES - ASIGNACIÓN FDSA EN LOS CONTRATOS PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN HIDROCARBUROS	52
7	20-ene-23	UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO EDUCACIÓN SUPERIOR E INTERCULTURAL - CÁLCULO ESTÍMULOS PARA INVESTIGACIÓN	65

Oficio N° 00560

Quito, D.M., 03 ENE 2023

Señor magíster
Juan Carlos Soria Cabrera,
**DIRECTOR EJECUTIVO, ENCARGADO,
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL).**
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios No. ARCOTEL-ARCOTEL-2022-0519-OF y ARCOTEL-ARCOTEL-2022-0596-OF de 23 de septiembre y 02 de noviembre de 2022, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 23 de septiembre y 7 de noviembre del presente año, respectivamente; con los que usted formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones implica que el acto administrativo con el cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio (resolución de sanción), tiene fuerza ejecutiva, surte todos los efectos legales, y debe cumplirse desde la fecha de notificación y dentro del tiempo establecido en dicho acto para su cumplimiento al administrado; o, tiene fuerza ejecutiva, surte todos los efectos legales y debe cumplirse desde la notificación de la resolución del recurso de apelación al administrado, de acuerdo al segundo inciso del artículo 260, en concordancia con el artículo 218, numeral 1 del Código Orgánico Administrativo?”

2. ¿Desde cuando (sic) tiene fuerza ejecutiva el cobro de intereses por mora, desde la fecha de notificación al administrado con la resolución de sanción y vencimiento del término establecido en dicho acto para el cumplimiento del administrado (artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (sic) artículo 229 y disposición derogatoria quinta del Código Orgánico Administrativo); o, desde la fecha de notificación al administrado con el acto administrativo con el que se revuelve (sic) el recurso de apelación, extraordinario de revisión y/o revisión de oficio (artículos 218, 260 y Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico Administrativo)?”

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficios Nos. 20543 y 20828 de 5 y 26 de octubre de 2022, este organismo solicitó e insistió a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante ARCOTEL) remita la ampliación del informe jurídico del Coordinador General Jurídico, en el



cual se informe si existen procesos judiciales pendientes relacionados con las sanciones a las que aluden las consultas, lo que fue atendido por el Director Ejecutivo, encargado, de la ARCOTEL a través de oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2022-0596-OF de 02 de noviembre de 2022, al cual se adjuntó el alcance del informe jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2022-003 de la misma fecha, ingresados el 7 de noviembre del presente año.

1.2. El informe jurídico inicial No. ARCOTEL-CJUR-2022-002 de 22 de septiembre de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico, subrogante de la ARCOTEL citó los artículos 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹ (en adelante LOT); 218, 229, 260 y las Disposiciones Derogatorias Primera y Quinta del Código Orgánico Administrativo² (en adelante COA); y, el numeral 1.3.1.2, acápite III y la Disposición General Segunda del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la ARCOTEL³ (en adelante Estatuto por Procesos), con base en los cuales en su acápite 4 concluyó:

“(...) existe norma especial aplicada que se encuentra en pleno vigor y consta en lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, concordante con el artículo 229 y las disposiciones derogatorias primera y quinta del propio Código Orgánico Administrativo, por sobre la regla establecida en el inciso final del artículo 260 en coherencia con el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo, por lo que el acto administrativo debe cumplirse desde la fecha de notificación y la suspensión de su ejecución solo procede bajo petición expresa de parte, previa justificación de la misma. (El resaltado corresponde al texto original)

Consecuentemente, el acto administrativo con el cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio (resolución de sanción) sobre el cual se ha interpuesto un recurso de apelación, recurso extraordinario de revisión y/o revisión de oficio, tiene fuerza ejecutiva, surte todos los efectos legales, y debe cumplirse desde la fecha de su notificación y dentro del tiempo establecido en dicho acto para tal fin a su destinatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con, el artículo 229 y las disposiciones derogatorias primera y quinta del Código Orgánico Administrativo.” (El resaltado me corresponde)

1.3. Por su parte, el alcance del informe jurídico institucional contenido en documento No. ARCOTEL-CJUR-2022-003 de 2 de noviembre de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico, subrogante, de la ARCOTEL, citó los mismos artículos señalados en el acápite anterior, luego de lo cual concluyó que: **“han existido procesos administrativos tramitados por esta Coordinación sobre el tema objeto de la consulta realizada a la Procuraduría General del Estado”** (el resaltado me corresponde).

¹ LOT, publicada en el Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015.

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

³ Estatuto por Procesos, publicado en el Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* ámbito de aplicación de la LOT y la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores según su reglamento; *ii)* ámbito de aplicación del COA y la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores; *iii)* derogatoria expresa de disposiciones de la LOT y determinación de la norma que más protege los derechos de la persona; y, *iv)* mora en las obligaciones de pago de dinero.

2.1. Ámbito de aplicación de la LOT y la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores según su reglamento. -

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).

Respecto al ámbito 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 las 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 se incluyen el establecer el marco legal para la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones ***“con sujeción a los principios constitucionalmente establecidos y a los señalados en la presente Ley y normativa aplicable”***; establecer el ámbito de control de calidad y ***“los procedimientos de defensa de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, las sanciones por la vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización”*** por deficiencias, daños o mala calidad de los servicios y por la interrupción de los servicios públicos de telecomunicaciones que no sea ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor; y, el ***“Garantizar que los derechos de las personas, especialmente de aquellas que constituyen grupos de atención prioritaria, sean respetados y satisfechos”***, según constan en los numerales 7, 10 y 14 del artículo 3 (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el inciso primero del artículo 125 de la LOT, ubicado en el Título XIII ***“Régimen Sancionatorio”***; Capítulo III ***“Procedimiento Sancionador, Medidas y Prescripción”***, determina que corresponde a la ARCOTEL ***“iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas”*** en esa ley. Agrega el artículo que la ARCOTEL ***“deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador”*** (el resaltado me corresponde).



Por su parte, el inciso primero del artículo 132 de la LOT, materia de sus consultas, dispone que: ***“Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados”***, en virtud de lo cual ***“El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos”*** (el resaltado me corresponde). Agrega el inciso segundo del mencionado artículo que: ***“La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución”*** (el resaltado me corresponde).

De otro lado, de conformidad con el artículo 1 del Reglamento General a la LOT⁴ (en adelante RGLOT) su objeto es ***“el desarrollo y la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”*** (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el artículo 86 del RGLOT, ubicado en el Título XI ***“Del Régimen Sancionatorio”***, establece que: ***“La ARCOTEL podrá expedir las regulaciones para la aplicación del régimen sancionatorio y para el ejercicio de la jurisdicción coactiva, de conformidad con las normas previstas en el Código Orgánico Administrativo”*** (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* la ARCOTEL debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; *ii)* de conformidad con la LOT, los actos administrativos que resuelven procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados; *iii)* según la LOT, la interposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución; y, *iv)* el RGLOT, que tiene por objeto el desarrollo y la aplicación de la LOT, establece que para el régimen sancionatorio la ARCOTEL expedirá las regulaciones de conformidad con las normas previstas en el COA.

2.2. Ámbito de aplicación del COA y la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores. -

De acuerdo con el artículo 173 de la CRE: ***“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*** (el resaltado me corresponde).

El artículo 1 del COA prevé que dicho código tiene por objeto regular ***“el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”***; en este sentido, el inciso primero del artículo 43 ibídem, al referirse a su ámbito subjetivo, señala que es de aplicación ***“a los órganos y entidades que integran el sector público”***, de conformidad con la CRE (el resaltado me corresponde).

⁴ RGLOT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 671 de 25 de enero de 2016.

00560

En cuanto al ámbito material del COA, el numeral 7 de su artículo 42 incluye a: **“Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora”**, en tanto que, el inciso final del referido artículo agrega que: **“Para la impugnación de actos administrativos en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”** (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 218 del COA detalla los siguientes casos en los cuales el acto administrativo causa estado en vía administrativa:

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

El penúltimo inciso del mencionado artículo 218 agrega que: **“El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía”**, en tanto que su último inciso dispone que, sobre el acto administrativo que ha causado estado, **“cabe únicamente, en vía administrativa, el recurso extraordinario de revisión o en su caso, la revisión de oficio”** regulados en ese código (el resaltado me corresponde).

De su parte, el inciso final del artículo 260 del COA, ubicado en el Libro III **“Procedimientos Especiales”**, Título I **“Procedimiento Sancionador”**, Capítulo Tercero **“Procedimiento”** reitera que: **“El acto administrativo es ejecutivo desde que causa estado en la vía administrativa”** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* los actos administrativos pueden ser impugnados, tanto en vía administrativa como judicial; *ii)* el COA regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público y señala que para la impugnación de actos administrativos en vía administrativa se aplicarán únicamente las normas previstas en ese código; y, *iii)* en el caso de impugnación en sede administrativa, mediante recurso de apelación, el acto administrativo producto del recurso causa estado y desde entonces es ejecutivo.

2.3. Derogatoria expresa de disposiciones de la LOT y determinación de la norma que más protege los derechos de la persona. -

Sobre la derogatoria de las leyes, el artículo 37 del Código Civil⁵ (en adelante CC) disponen que **“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita”**. Es expresa **“cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”**; y es tácita **“cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”**, aclarando que la derogación de una ley **“puede ser total o parcial”** (el resaltado me corresponde).

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



En tal sentido, el artículo 38 ibídem, dispone que ***“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”*** (el resaltado me corresponde).

De las disposiciones citadas, se evidencia que una ley se deroga de manera expresa, cuando señala literalmente que se deroga la ley anterior, y de manera tácita, cuando las disposiciones de la nueva ley son contrarias o incompatibles con las contenidas en una ley anterior que regula la misma materia y, en consecuencia, su aplicación simultánea resulta improcedente ya que originaría un conflicto normativo.

También, cabe mencionar que según el artículo 39 del CC, ***“La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa”***. En concordancia con lo dispuesto, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante LOGJCC), en cuanto a las reglas de solución de antinomias, determina que: ***“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”***.

En ese orden de ideas, la Disposición Derogatoria Primera del COA derogó ***“todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa”***, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando (el resaltado me corresponde). Por su parte, la Disposición Derogatoria Quinta del citado código derogó expresamente ***“los artículos 126, 127, 128, 129, 134 y 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”***.

Adicionalmente, la Disposición Derogatoria Novena del COA derogó de forma amplia ***“otras disposiciones generales y especiales”*** que se opongan a dicho código (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, es pertinente considerar que el numeral 1 del artículo 2 de la LOGJCC prevé que si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso ***“se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona”*** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se aprecia que: *i)* la derogatoria de una ley puede ser expresa o tácita, total o parcial; *ii)* en caso de que existan varias normas o interpretaciones aplicables a un caso, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona; y, *iii)* como se analizó en el acápite anterior y de acuerdo con el COA, el acto que resuelve el recurso de apelación causa estado en sede administrativa, por lo que, en relación con lo que dispone la LOT, ese código protege más los derechos de las personas.

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

2.4 Mora en las obligaciones de pago de dinero. -

00560

El artículo 1567 del CC establece los casos en los que el deudor está en mora, entre ellos según su numeral 1 *“Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se le requiera al deudor para constituirle en mora”*.

Concordante, el artículo 1575 del CC, para el caso de obligaciones que consistan en el pago de una cantidad de dinero, prevé que la mora se sujeta a las siguientes reglas: 1. empiezan a deberse los intereses legales; 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. *“En tal caso, basta el hecho del retardo”*. 3. Los intereses atrasados no producen interés.

Del análisis efectuado se observa que: *i)* la ARCOTEL debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; *ii)* el RGLOT, que desarrolla la LOT, establece que para el régimen sancionatorio la ARCOTEL observará las normas previstas en el COA; *iii)* el COA precisa que el acto administrativo es ejecutivo únicamente desde que causa estado en la vía administrativa, lo que ocurre cuando se resuelve el recurso de apelación; y *iv)* la falta de cumplimiento oportuno de una obligación que consiste en el pago de dinero da lugar al interés por mora.

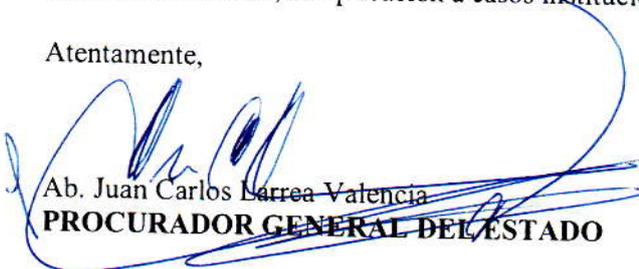
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 218 y 260 del Código Orgánico Administrativo; y, 86 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los actos administrativos sancionatorios que expida la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones surten efectos una vez que se hayan configurado los requisitos para su ejecutividad, es decir, cuando hayan causado estado en vía administrativa, lo que en caso de haberse interpuesto un recurso de apelación ocurre cuando dicho recurso se resuelve.

En armonía con lo expuesto, con relación a su segunda consulta se concluye que los intereses por mora, respecto de obligaciones que consistan en el pago de dinero se rigen por lo dispuesto en el artículo 1575 del Código Civil.

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,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 00604

Quito, D.M., 05 ENE 2023

Señor doctor
Danilo Ivanob Sylva Pazmiño,
SUPERINTENDENTE,
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. SCPM-2022-206 de 23 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 26 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1. El artículo 29 de la LORCPM, en su primera parte, señala: ‘Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos (...)’. La parte citada, ¿Debe ser entendida como la posibilidad de que el ‘Estado’ (a través de sus instituciones), otorgue ayudas públicas sea a través de recursos públicos, o, actuaciones administrativas (actos 16 (sic) administrativos, normativos, legislativos, u otros), que no impliquen la erogación de recursos públicos?, o, ¿Debe ser entendida e interpretada como la definición del sujeto activo de la ayuda pública: ‘Estado’ (a través de sus instituciones); y, los medios a través de los cuales se pueden otorgar ayudas públicas: ‘recursos públicos’?”

2. El artículo 29 de la LORCPM, determina los casos de procedencia para el otorgamiento de ayudas públicas; y, el artículo 30 ibídem establece la obligación de notificar a la SCPM las ayudas otorgadas en función del referido artículo 29. En este sentido, ¿La obligación de notificar el otorgamiento de ayudas públicas, determinada en el artículo 30 de la LORCPM y 35 del RLORCPM, incluye a aquellos ‘beneficios’ otorgados por las entidades del Estado, que, si bien no se denominan ayudas públicas, se subsumen en los casos de procedencia previstos en el artículo 29 de la LORCPM y cumplen con las características de las ayudas públicas referidas en el artículo 34 del RLORCPM?

3. El artículo 30 de la LORCPM, establece la obligación de notificar a la SCPM las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo 29 ibídem; y, el artículo 31 de la LORCPM el deber de la SCPM de examinar y evaluar las ayudas públicas que le han sido notificadas. En este contexto: ¿Se extiende el deber de evaluación de ayudas públicas, previsto en el artículo 31 de la LORCPM, a las ayudas públicas no notificadas?, es decir, ¿El deber de evaluar las ayudas públicas previsto en el artículo 31 de la LORCPM, debe ser realizado a pesar de que no se cumpla con la notificación obligatoria prevista en el artículo 30 ibídem?



00604

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
000102-2022
Página. 2

4. El artículo 29 de la LORCPM en su letra j), establece como un caso de procedencia de otorgamiento de ayudas públicas: ‘Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.’. En este sentido, para entender que una ley contiene otras categorías de ayudas públicas en el marco de la LORCPM ¿Deben esas leyes hacer referencia expresa a que esas categorías provienen y están relacionadas con las ayudas públicas contempladas en la LORCPM y con sus condiciones y obligaciones?, o, ¿Debe analizarse la naturaleza propia de esas categorías, e independientemente de la referencia que hagan a la LORCPM, verificar si se subsumen en los casos de procedencia previstos en el artículo 29 de la LORCPM y cumplen con las características de las ayudas públicas referidas en el artículo 34 del RLORCPM?’.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 20453, 20454, 20455, 20456, 20457, 20458 de 28 de septiembre de 2022 y 20768 de 21 de octubre del 2022, este organismo solicitó sus criterios jurídicos a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME); a BanEcuador B.P.; al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante MPCEIP); al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante SENA); al Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI); a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE); y, a la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante JRLORCPM), respectivamente. Con oficios Nos. 20769, 20770, 20771 y 20772 de 21 de octubre de 2022 se insistió en dichos requerimientos al SRI, a la SENA, al MPCEIP y a BanEcuador B.P.

1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: *i)* por el Director Nacional Jurídico de la CGE, con oficio No. 457 DNJ-2022 de 11 de octubre de 2022, recibido el mismo día; *ii)* por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado de la AME, mediante oficio No. AME-DNAJ-2022-073 de 14 de octubre de 2022, ingresado el mismo día; *iii)* por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del MPCEIP, a través de oficio No. MPCEIP-CGAJ-2022-0640-M de 19 de octubre de 2022, recibido el 24 de los mismos mes y año; *iv)* por el Subdirector General de Cumplimiento Tributario del SRI, con oficio No. 917012022OJUR003662 de 28 de octubre de 2022, ingresado en la misma fecha; *v)* por el Gerente General, encargado de BanEcuador B.P., mediante oficio No. BANECUADOR-BANECUADOR-2022-0361-OF de 8 de noviembre de 2022, recibido al día siguiente, al cual se adjuntó el memorando No. BANECUADOR-GAJ-2022-1151-MEM de 7 de noviembre del presente año, suscrito por el Gerente General de Asesoría Jurídica; y, *vi)* por los miembros de la JRLORCPM, con oficio sin número de 22 de noviembre de 2022, ingresado al día siguiente.

1.3. El informe jurídico No. SCPM-DS-INJ-2022-016 de 21 de septiembre de 2022, suscrito por la Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), citó los artículos 82, 226 y 237 de la Constitución de la

República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 29, 30, 31 y 34 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado² (en adelante LORCPM); y, 34, 35, 39, 42 y la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento para la aplicación de la LORCPM³ (en adelante RLORCPM), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“1. Criterio sobre las figuras jurídicas que constituyen ayudas públicas. -

(...)

El RLORCPM, en su función moderadora de la ley, acerca de las ayudas públicas, en su artículo 34, intenta definir a la ayuda pública, sin embargo, lo que hace es dar dos características concurrentes, de lo que se entiende que constituye una ayuda pública, siendo esas características, las siguientes: '(i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores.' (el resaltado corresponde al texto original).

Y, el referido artículo 34 del RLORCPM, determina las figuras concretas mediante las cuales pueden otorgarse las ayudas públicas, siendo las siguientes: '*subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios* (...)' (el resaltado me corresponde).

(...) para determinar que una ley distinta a la LORCPM, ha creado una nueva categoría de ayuda pública, conforme lo determina la letra j) del Art. 29 de la LORCPM, deberá verificarse si dicha norma hace referencia expresa a la LORCPM, y si vincula a la autoridad competente para otorgar esa nueva categoría de ayuda pública, a cumplir con los requisitos previstos en la LORCPM y su Reglamento, incluida la obligación de notificar el otorgamiento de la ayuda a la SCPM; caso contrario, si no existe esa referencia expresa ¿cómo podría la SCPM suponer o asumir que el legislador ha creado una nueva categoría de ayuda pública en el marco de la LORCPM? (el resaltado me corresponde).

En conclusión, el control y supervisión que debe realizar la SCPM en función de lo establecido en los artículos 30 de la LORCPM y 35 del RLORCPM, recae sobre las ayudas públicas otorgadas o establecidas con fundamento directo en el artículo 29 de la LORCPM, y que le han sido notificadas; sin perjuicio de los requerimientos a las entidades públicas que pueda realizar la SCPM en razón de sus atribuciones, para garantizar la plena y efectiva aplicación de la LORCPM (el resaltado me corresponde).

2. Criterio para la evaluación de la regla de *minimis* establecida en la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de aplicación de la LORCPM. -

(...) Se debe indicar que en aplicación del axioma jurídico '*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*', no cabe distinguir donde la norma no lo ha hecho, por lo que,

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

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

³ RLORCPM, publicado en el Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo de 2012.



hasta que la Junta de Regulación de la LORCPM, no regule esta situación, la norma reglamentaria deberá aplicarse en su sentido literal y amplio, es decir, si una ayuda pública supera los USD \$500,000, debe notificarse a la SCPM.

3. Criterio sobre la obligación de notificar a la SCPM los actos administrativos, normativos o legislativos que, si bien no se denominan ayudas públicas, posiblemente cumplen con las características de las mismas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 de la LORCPM y 35 del Reglamento de la LORCPM.-

(...) cuando el establecimiento u otorgamiento de una ayuda pública se realice al amparo de alguno de los diez (10) casos de procedencia determinados en el artículo 29 de la LORCPM, debe la entidad otorgante notificar a la SCPM sobre ese hecho, para efectos de evaluación de la ayuda.

(...) al no existir una infracción tipificada en la LORCPM, producto de la omisión de cumplir con el mandato y obligación del Art. 30 de la LORCPM, queda únicamente a la SCPM, la facultad de instar y hacer requerimientos a las entidades, para que se garantice la plena y efectiva aplicación de la LORCPM.

4. Criterio sobre la interpretación de la conjunción 'o' en el artículo 29 de la LORCPM, en el cual se establecen que las ayudas públicas podrán ser otorgadas '[...] por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos [...]'. -

Si bien no es claro el disyuntivo 'o' al separar la palabra: 'Estado', y las palabras: 'mediante la utilización de recursos públicos', se entiende que los recursos públicos pertenecen al Estado y a sus instituciones (Art. 3 LOCGE), por lo que, las ayudas públicas podrán ser otorgadas 'por el Estado', a través de sus instituciones; y, para entender los casos de procedencia, así como sus características, deberán observarse en todo su contexto los artículos 29 de la LORCPM y 34 del RORCPM.

(...) es importante considerar lo expuesto por la Dirección Nacional de Estudios de Mercado, en que **técnicamente, lo más conveniente sería que se entienda como ayuda pública, únicamente a las ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante la utilización de recursos públicos**, caso contrario, quedaría abierto un abanico de posibilidades de actuaciones administrativas que podrían llegar a considerarse como ayudas públicas (el resaltado me corresponde).

5. Criterio sobre la aplicación del carácter selectivo que deben cumplir las ayudas públicas establecidas en los artículos 29 de la LORCPM y 34 de su Reglamento; en relación a lo anterior, si la frase 'sin discriminación' señalada en el literal a) del artículo 29 de la LORCPM se asimila al carácter selectivo determinado en el artículo 34 del Reglamento. -

(...) no se considera que la frase 'sin discriminación' señalada en letra a) del artículo 29 de la LORCPM se asimile al carácter selectivo determinado en el artículo 34 del Reglamento, en razón de que en el artículo 29, letra a), se prohíbe la discriminación de proveedores de los bienes y servicios que se pueden adquirir con las

ayudas públicas, y de acuerdo al artículo 34, se seleccionará al operador o sector que requiera la ayuda pública (el resaltado me corresponde).

6. Criterio sobre la factibilidad de inicio del procedimiento de evaluación de ayudas públicas ‘de oficio’ por parte de la SCPM, cuando las entidades otorgantes no las hayan notificado, conforme lo dispone el artículo 30 de la LORCPM.” (sic). -

(...) la supervisión que debe realizar la SCPM en función de lo establecido en los artículos 30 de la LORCPM y 35 del RLORCPM, recae sobre las ayudas públicas otorgadas o establecidas con fundamento directo en el artículo 29 de la LORCPM y que le han sido notificadas. Esto, sin perjuicio de los requerimientos a las entidades públicas que pueda realizar la SCPM en razón de sus atribuciones, para garantizar la plena y efectiva aplicación de la LORCPM”.

1.4. La CGE, la AME, el SRI, BanEcuador B.P y la JRLORCPM expusieron criterios abstentivos. Así, la CGE citó en lo principal los artículos 211, 212, 226 y 237 numeral 3 de la CRE, en base a los cuales expuso un criterio abstentivo y manifestó que: *“no le compete a la Contraloría General del Estado emitir criterio respecto de las consultas puestas en consideración”*.

La AME, de su parte, citó los artículos 136, 226, 284 y 425 de la CRE; 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante COOTAD); y, 7 al 27 de la LORCPM, luego de lo cual se abstuvo en razón de que: *“la competencia en el ámbito productivo corresponde a las (sic) Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales en coordinación con los Gobiernos Parroquiales”*.

El SRI citó, entre otros, los artículos 75 y 135 del Código Tributario⁵ (en adelante CT); y, 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas⁶ (en adelante LCSRI), en virtud de los cuales se abstuvo, al considerar que la materia de las consultas se encuentra *“fuera de sus competencias y facultades legales”*.

De la misma manera, el criterio jurídico de BanEcuador B.P., además de las normas referidas, citó los artículos 276 numeral 2, 285 numerales 2 y 3; 66 numeral 2; 326 numeral 1 de la CRE; y, 2 de la LORCPM, en base a los cuales concluyó que el asunto consultado no guarda relación con las actividades que realiza la entidad financiera, sin perjuicio de lo cual manifestó lo siguiente:

“(…) es necesario puntualizar que BanEcuador B.P., no se encuadra dentro de las entidades que otorgan, confieren o solicitan ‘ayudas públicas’ conforme lo contempla nuestra legislación, sin embargo con el objeto de coadyuvar en el cumplimiento de las políticas estatales delineadas para fomentar el desarrollo local, eventualmente se ha visto en la necesidad de crear productos financieros crediticios de interés

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

⁵ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

⁶ LCSRI, publicado en el Registro Oficial No. 206 de 14 de diciembre de 1997.



social para impulsar la productividad y la inclusión en la economía nacional de los grupos menos favorecidos” (el resaltado me corresponde).

Finalmente, el criterio jurídico de la JRLORCPM citó, adicionalmente, los artículos 35 de la LORCPM y 45 de su Reglamento, luego de lo cual se abstuvo en razón de que: *“no puede la Junta pronunciarse sobre el contenido de las consultas realizadas por la SCPM, ya que éstas versan sobre posibles vacíos normativos”*.

1.5. Por su parte, el criterio jurídico del MPCEIP citó además de las normas invocadas por la consultante los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado⁷ (en adelante LOCGE); 28 y 29 de la LORCPM; 34 del RLORCPM; y, 81 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM⁸, con fundamento en los cuales concluyó:

“1. (...) a criterio de esta Cartera de Estado, **debe ser entendido de acuerdo a lo que el sujeto activo pueda otorgar como ayuda pública dentro de sus ámbitos y competencias**, esto puesto que no todas las instituciones pueden otorgar ayudas públicas de acuerdo a la asignación presupuestaria que indica.

Cabe señalar, que las entidades públicas pueden regular dentro de un acto normativo el proceso de la ayuda pública que se otorga, siendo la ayuda pública la ejecución de las acciones establecidas en el acto normativo.

2. (...) Si nos apegamos estrictamente a la norma, sólo se debe notificar las acciones referidas en el artículo 29 de la LORCPM, sin embargo, es necesario considerar las acciones que sean relacionadas con las actividades referidas en el artículo 29, por cuanto el artículo 28 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado mantiene acciones que por sus características se pueden considerar similares a las causales del artículo 29 ibídem.

Por lo tanto, las mismas, deben de ser notificadas a pesar de que la norma no lo diga expresamente, si no por su naturaleza, y porque la entidad de control debe de mantener la vigilancia de la misma a fin que no sea mal empleada considerando que se encuentran en el mismo cuerpo legal con el mismo ámbito de acción.

3. (...) en el caso que no se notifique una ayuda pública, la SCPM de oficio a través de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC), podrá requerir información a la entidad del Estado, responsable del otorgamiento de la ayuda pública para su posterior evaluación. (...).

(...) se infiere que la SCPM puede solicitar de oficio información a la entidad pública correspondiente respecto a la ayuda pública que la entidad brindó para su posterior evaluación, es decir que **el deber de evaluación sí se extiende a las ayudas no**

⁷ LOCGE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio 2002.

⁸ INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 998 de 7 de abril 2017.

00604

notificadas de las entidades referidas en el ámbito de la LORCPM, y, así mismo, el deber de evaluar las ayudas públicas (el resaltado me corresponde).

4. (...) se debe analizar la naturaleza propia de las categorías en relación a la naturaleza de la LORCPM para verificar si se subsume a los casos de procedencia del artículo 29 de la Ley ibídem y características de ayudas públicas referidas al artículo 34 del RLOCPM.

Esto debido a que las leyes no siempre harán referencia a la categoría que proviene, salvo que alguna normativa lo indique expresamente o haga mención expresa de la ayuda pública correspondiente.

Para realizar lo mencionado en el párrafo que antecede, **se podrá realizar la consulta a la SCPM para analizar si la misma se ajusta a ayuda pública, que deberá dar respuesta la Gestión Nacional de Normativa y Asesoría Jurídica que tiene la atribución de generar informes y/o proyecto de absolucón de consulta sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para casos particulares** por parte de la Máxima Autoridad o su delegado, previo criterio e informe de las Intendencias Técnicas, **de acuerdo a lo que menciona el numeral 1.2.3.1, literal i) del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado** expedido en el Registro Oficial número 98 del 11 de diciembre del 2019” (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la SCPM difiere del criterio jurídico del MPCEIP. Así, respecto a la primera pregunta para la SCPM técnicamente lo más conveniente es entender a las ayudas públicas como aquellas ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante la utilización de recursos públicos; en tanto que, para la cartera de Estado, el inciso primero del artículo 29 de la LORCPM debe ser entendido de acuerdo al ámbito y competencia del sujeto activo que otorga la ayuda pública que es el Estado, incluyendo los actos normativos.

En relación a la segunda pregunta, para la SCPM el control y supervisión que debe realizar, en función de lo establecido en los artículos 30 de la LORCPM y 35 del RLOCPM, recae únicamente sobre las ayudas públicas otorgadas con fundamento directo en el artículo 29 de la mencionada ley y que le han sido notificadas; mientras que, para el MPCEIP las actividades referidas en el citado artículo 29 deben ser notificadas incluso en aquellos casos no previstos expresamente en la norma, en función de su naturaleza y en razón de que la entidad de control debe ejercer vigilancia.

En cuanto a la tercera pregunta, para la SCPM la supervisión que debe realizar, en función de lo establecido en los artículos 30 de la LORCPM y 35 del RLOCPM, recae únicamente sobre las ayudas públicas otorgadas con fundamento directo en el artículo 29 de la LORCPM y que, además, le hayan sido notificadas, sin perjuicio de los requerimientos a las entidades públicas que pueda realizar debido a sus atribuciones. Para el MPCEIP el deber de evaluación se extiende incluso a las ayudas no notificadas en virtud de que la



00604

SCPM, de oficio, a través de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (en adelante INAC) puede requerir información a la respectiva entidad del Estado responsable del otorgamiento de la ayuda pública, para su evaluación.

Finalmente, respecto a la cuarta consulta, la SCPM considera que para determinar si una ley distinta a la LORCPM ha creado una nueva categoría de ayuda pública se debe verificar si dicha norma hace referencia expresa a la ayuda y si vincula a la autoridad competente para otorgar esa nueva categoría de ayuda pública, a cumplir con los requisitos previstos en la LORCPM y su Reglamento, incluida la obligación de notificar. Por su parte, el MPCEIP señala que la SCPM debe analizar la naturaleza propia de las categorías en relación a la naturaleza de la LORCPM, a fin de verificar si se subsumen a los casos de procedencia del artículo 29 de la referida ley y a las características de ayudas públicas constantes en el artículo 34 de su Reglamento, agregando que se podrá realizar la consulta a la SCPM para analizar si la misma se ajusta al concepto de ayuda pública, a fin de que la Gestión Nacional de Normativa y Asesoría Jurídica la atienda, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM.

1. Análisis. –

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* la naturaleza y alcance de las ayudas públicas y fijación del monto mínimo por parte de la JRLORCPM; *ii)* la obligación de notificar a la SCPM las ayudas públicas otorgadas para su evaluación y efectos en caso de omisión; y, *iii)* la facultad de la SCPM para requerir información de oficio a las entidades del Estado responsables del otorgamiento de la ayuda pública como parte de su competencia de control.

2.1. La naturaleza y alcance de las ayudas públicas y fijación del monto mínimo por parte de la JRLORCPM. -

De conformidad con el artículo 1 de la LORCPM su objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; “y la **prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales**, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios”, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible (el resaltado me corresponde).

En relación al ámbito de aplicación de la LORCPM, el inciso primero de su artículo 2 prevé que están sometidos a sus disposiciones “**todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas**” en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que los agrupen, y las que realicen

00604

actividades económicas fuera del país, **“cuyos actos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”** (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 29 de la LORCPM, materia de sus consultas, señala que se podrán otorgar ayudas **“por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores”** y agrega que procederá el otorgamiento de ayudas públicas, entre otros, respecto de **“j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley”** (el resaltado me corresponde).

La definición de las ayudas públicas, a efectos de la aplicación del artículo 29 de la LORCPM, consta en el inciso primero del artículo 34 de su reglamento, según el cual se entenderá por ayuda pública la **“concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos”**, que: **“(i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores”** (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el segundo inciso del citado artículo 34 del RLORCPM agrega que:

“Las ayudas pueden otorgarse mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores” (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 35 de la LORCPM determina que: **“Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación”** en el ámbito de esa ley. En este contexto, su inciso segundo confiere potestad normativa a la JRLORCPM **“cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley”**, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones previstos para la Función Ejecutiva en la CRE y agrega que: **“tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”** (el resaltado me corresponde).

Así mismo, la letra g) del artículo 42 del RLORCPM incluye entre las atribuciones de la JRLORCPM la siguiente: **“g) Fijar el monto mínimo de las ayudas públicas a partir del cual se aplicarán las condiciones y procedimientos establecidos en los artículos 29 y 31 de la Ley”** y los artículos 35 a 38 de ese Reglamento.



00604

Finalmente, de acuerdo con el tercer inciso de la Disposición General Primera de la LORCPM, en lo no previsto en dicha ley se estará, entre otros cuerpos normativos, a lo dispuesto en el Código Civil⁹ (en adelante CC).

En este orden de ideas, el numeral 2 del artículo 18 de CC determina que: *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”*, en tanto que el numeral 4 ibídem agrega que: *“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”*. Similares previsiones constan en los numerales 7 y 5 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰ (en adelante LOGJCC).

De lo expuesto se desprende que: *i)* la LORCPM incluye en su ámbito de aplicación a todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, entre otros, cuyos actos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado; *ii)* las ayudas económicas se pueden otorgar por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, según las categorías que se establezcan mediante ley, y deben suponer una ventaja económica o tener un carácter selectivo para uno o varios operadores económicos o sectores; *iii)* la LORCPM no define a las ayudas económicas y su reglamento señala, a modo ejemplificativo, varios casos de subvenciones indirectas; y, *iv)* compete a la JRLORCPM la regulación de esta materia, con atribución de fijar el monto mínimo de las ayudas públicas.

2.2. La obligación de notificar a la SCPM las ayudas públicas otorgadas para su evaluación y efectos en caso de omisión. -

De acuerdo con la parte final del artículo 28 de la LORCPM *“Las ayudas públicas y restricciones a la competencia serán objeto de evaluación conforme la regulación de buenas prácticas regulatorias”*. Adicionalmente, el artículo 30 ibídem establece que: *“Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo precedente serán notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”* a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas (el resaltado me corresponde).

En el mismo sentido el artículo 31 de la LORCPM determina que la SCPM *“examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación”* y agrega la salvedad de los casos *“en que no se trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado”*. El segundo inciso del mismo artículo precisa que si la SCPM comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esa ley, *“mediante informe motivado, instará y*

⁹ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

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

00604

promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 34 de la LORCPM indica que *“las condiciones y procedimiento establecidos en los artículos 29 y 31”* ibidem, *“no se aplicarán a las ayudas públicas inferiores al monto que establezca la Junta de Regulación”*. Según la Disposición Transitoria Segunda del RLOCPM *“Hasta que la Junta de Regulación fije el porcentaje de mínimos para notificación de ayudas públicas de conformidad con el artículo 34 de la Ley, se notificarán las ayudas que superen los US \$ 500,000”*. Adicionalmente, la Disposición General Cuarta de la LORCPM establece que, en el ámbito de su competencia, las entidades públicas a cargo de la regulación *“observarán y aplicarán los preceptos y principios establecidos en la presente Ley y coadyuvarán en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes”* (el resaltado me corresponde).

De la misma forma, el artículo 39 del RLOCPM ratifica que: *“No se les aplicará la obligación de notificación a las ayudas públicas que no excedan el monto que establezca la Junta de Regulación”* (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa: *i)* las ayudas públicas son objeto de control y evaluación y en tal virtud deben ser notificadas a la SCPM, a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas; *ii)* si la SCPM comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la ley, instará y promoverá su supresión o modificación; *iii)* las condiciones y procedimiento sobre otorgamiento de ayudas públicas y su evaluación no se aplican a aquellas que sean inferiores al monto que establezca la JRLORCPM; y, *iv)* hasta que la JRLORCPM fije el porcentaje de mínimos para la notificación de ayudas públicas, se deberán notificar aquellas que superen los \$ 500,000 .

2.3. La facultad de la SCPM para requerir información de oficio a las entidades del Estado responsables del otorgamiento de la ayuda pública como parte de su competencia de control. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 213 de la CRE 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. Agrega el mencionado artículo que las superintendencias *“actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano”* y sus facultades específicas y las áreas de control, auditoría y vigilancia de cada una *“se determinarán de acuerdo con la ley”* (el resaltado me corresponde).

Al efecto, el artículo 36 de la LORCPM creó la SCPM como *“un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con*



personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa”, y agrega que “contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley”. Al efecto, su segundo inciso dispone que la SCPM en su estructura “contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente”.

Según el artículo 44 de la LORCPM, son atribuciones y deberes del Superintendente de la SCPM, además de los determinados en esa ley, los siguientes:

“4. Absolver consultas sobre la obligación de notificar operaciones de concentración económica, sobre sectores regulados y ayudas públicas.

(...)

6. Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley.

(...)

16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento.

(...)

20. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley y demás normativa vigente, así como los compromisos internacionales del país en esta materia” (el resaltado me corresponde).

Con base en las competencias asignadas por la ley, la SCPM expidió el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM¹¹ (en adelante IGPASCPM), en el cual, respecto a la omisión de notificación de ayudas públicas, el segundo inciso del artículo 81 prevé que: “en el caso que no se notifique una ayuda pública, la SCPM de oficio a través de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC), podrá requerir información a la entidad del Estado, responsable del otorgamiento de la ayuda pública para su posterior evaluación” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 1 del COA dispone que dicho cuerpo legal “regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”; y, su artículo 65 define a la competencia 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 este sentido, el artículo 68 del COA determina 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”; siempre que se efectúen en los términos previstos en la ley.

¹¹ IGPASCPM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 998 de 7 de abril de 2017.

00604

De lo anotado se desprende que: *i*) la SCPM es un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la LORCPM; *ii*) entre las atribuciones y deberes del titular de la SCPM constan el absolver consultas sobre la obligación de notificar las ayudas públicas, así como elaborar y aprobar normativa técnica y resoluciones de carácter general, y hacer cumplir las disposiciones de la LORCPM; *iii*) en caso de que no se notifique una ayuda pública, la SCPM de oficio, a través de la INAC, puede requerir información a la entidad del Estado responsable de su otorgamiento para su posterior evaluación; y, *iv*) la competencia de la SCPM para obrar y cumplir los fines previstos en la CRE y la LORCPM es irrenunciable.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 34 de su Reglamento, las ayudas públicas deben ser entendidas como aquellas que otorgan las entidades del Estado, sea directamente a través de recursos públicos o indirectamente mediante actuaciones administrativas que no impliquen la erogación de recursos públicos, de acuerdo con el ámbito y competencia del sujeto activo.

En relación a la segunda consulta se concluye que la obligación de notificar el otorgamiento de ayudas públicas, prevista en los artículos 30 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 35 de su Reglamento, incluye a todas las actividades que, atento el carácter ejemplificativo de aquellas descritas por el artículo 29 de esa ley, cumplan con las características establecidas en el artículo 34 de dicho reglamento, incluyendo aquellos casos no determinados expresamente en la norma, en función de su naturaleza y en razón de que a la entidad de control le corresponde vigilar que la norma se observe.

En cuanto a la tercera consulta se concluye que, de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, 81 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, la obligación de evaluación de las ayudas públicas, prevista en el artículo 31 de dicha ley, se extiende incluso a aquellas no notificadas, pudiendo la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia requerir información a la entidad del Estado responsable para el efecto.

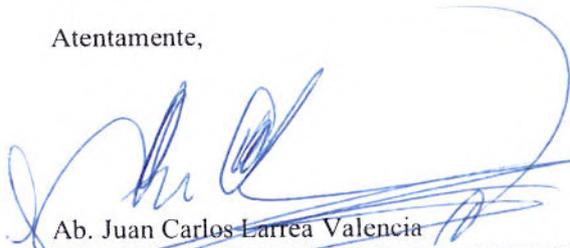
Respecto a la cuarta consulta se concluye que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 29 letra j) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; 34 de su Reglamento; y, 3 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a efecto del ejercicio de control, corresponde analizar la naturaleza propia de cada una de las categorías de “ayudas públicas” determinadas en otras normas, independientemente de la referencia que hagan a la Ley Orgánica de Regulación y Control

00604

del Poder de Mercado, verificando para el efecto que cumplan con las características de las ayudas públicas.

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

Atentamente,


Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.c. Mgs. Franklin Alejandro Galarza Guzmán
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME)

Eco. Fernando Chiang Espinoza
Gerente General de BANECUADOR B.P

Dr. Julio José Prado Lucio-Paredes
Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca

Leda. Carola Soledad Ríos Michaud
Directora General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE)

Eco. Francisco Adrián Briones Rugel
Director General de Servicio de Rentas Internas (SRI)

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

Dra. Daniela Estevez
Presidenta de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Oficio No. 00599

Quito, D.M., 05 ENE 2023

Señor General de División (SP)
Luis Lara Jaramillo,
MINISTRO,
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MDN-MDN-2022-0925-OF de 14 de junio de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado con No. 0013260-2022 el 9 de septiembre del mismo año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1. En atención al inciso segundo del artículo 55.1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural (sic) y en cumplimiento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. ¿Es posible que las instituciones educativas fiscomisionales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional, sean adscritas y funcionen como entidades operativas desconcentradas?

2. A fin de dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 55.2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural (sic), referente a: ‘(...) los valores generados por el cobro de matrículas, pensiones y donaciones’ los mismos que serán utilizados exclusivamente para atender las necesidades de ‘mantenimiento de la infraestructura, equipamiento tecnológico e investigación científica de la respectiva unidad educativa (...)’, sin embargo el artículo 55.4 Ibídem (sic) garantiza la gratuidad del ‘(...) cinco por ciento del (5%), del total de los estudiantes matriculados, quienes serán parte de la población que se encuentren en los quintiles más bajos de pobreza (...)’. ¿Es posible garantizar la gratuidad de por lo menos el cinco por ciento (5%) de los valores de matrículas, pensiones y donaciones conforme determina la mencionada Ley, y que (sic) cartera de estado (sic) asumirá dicho (sic) rubros (Ministerio de Educación o Ministerio de Economía y Finanzas)?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficios No. MDN-MDN-2022-1415-OF de 14 de septiembre de 2022 y MDN-MDN-2022-2047-OF de 12 de diciembre de 2022, respectivamente, ingresados en este organismo al siguiente día, usted solicitó e insistió en la atención de sus consultas.



1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 20314, 20316 y 20317 de 16 de septiembre de 2022, con copia a su autoridad, este organismo solicitó al Ministerio del Interior (en adelante MDI); al Ministerio de Educación (en adelante MINEDUC) y al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia de las consultas. Con oficios Nos. 20642, 20643 y 20644 de 11 de octubre de 2022, con copia a su autoridad, este organismo insistió en dichos requerimientos, sin recibir respuesta por parte del MDI y el MINEDUC.

1.3. El requerimiento de la Procuraduría General del Estado fue atendido únicamente por el Ministro de Economía y Finanzas, mediante oficio No. MEF-MINFIN-2022-0726-O de 16 de noviembre de 2022, ingresado el mismo día, al cual adjuntó el memorando No. MEF-CGJ-2022-0875-M de 19 de octubre de 2022, suscrito por el Coordinador General Jurídico de dicha cartera de Estado.

1.4. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional (en adelante MIDENA), contenido en memorando No. MDN-JUR-2022-0422-OF de 14 de junio de 2022, citó en lo principal los artículos 154, 226, 237 numeral 3 y 344 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 10 letra b) de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional² (en adelante LODN); 55.1, 55.2 y 55.4 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural³ (en adelante LOEI); y, 2, 3, 4, 6, 7, 10.1 y 22 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁴ (en adelante ERJAFE), luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“Considerando que la LOEI es una ley orgánica, las disposiciones constantes en el ERJAFE, para el caso particular relacionado con los límites de la adscripción no es aplicable considerando que se establece una naturaleza particular, y en función de lo expuesto respecto a que los institutos se los considere entidades operativas desconcentradas, **esta Coordinación observa que los referidos institutos** no poseen personería jurídica por lo que de conformidad con la Normativa Técnica del Sistema Nacional de Finanzas Públicas, no podrían tener Unidad de Administración Financiera Institucional UDAF, en consecuencia **se deben manejar como entidades operativas desconcentradas y la autonomía financiera sería aplicable en todos aquellos aspectos en los que no sea necesaria la coordinación con la UDAF.**

En lo relacionado con la garantía de la gratuidad del 5%, es preciso resaltar lo que señala el artículo 55.2 de la LOEI en cuanto a que las referidas instituciones educativas fisco-misionales de las Fuerzas Armadas contarán con asignaciones del Presupuesto General del Estado y del cobro de matrículas y pensiones del estudiantado, que estarán reguladas por **la Autoridad Educativa Nacional**; en consecuencia por mandato legal la autoridad **debe determinar el mecanismo para cubrir la garantía de gratuidad del 5%.**” (el resaltado me corresponde).

1.5. Por su parte el criterio jurídico del MEF, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 3 numeral 1, 26, 28, 345, 348 de la CRE; 53 y 55

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

² LODN, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 74 de 19 de enero de 2007.

³ LOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

⁴ ERJAFE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

de la LOEI; y, el memorando No. MEF-SP-2022-0831 de 6 de octubre de 2022 de la Subsecretaría de Presupuesto de dicha cartera de Estado, que contiene el “*criterio técnico sobre las consultas efectuadas por el Ministerio de Defensa a la PGE relacionadas con la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural*”, en base a los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

I.- Antecedentes

(...)

1.2 Mediante memorando No MEF-SP-2022-0831, de 6 de octubre de 2022, la Subsecretaría de Presupuesto, emite su criterio técnico y señala en la parte pertinente:

(...)

*El Estado financiará la educación especial y **podrá apoyar financieramente a la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria**, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro...*, (el resaltado corresponde al texto original).

En este sentido, el ente rector de las finanzas públicas, asigna los recursos a las entidades que conforman el Presupuesto General del Estado, de conformidad con lo que determina la normativa legal vigente, y precautelando la sostenibilidad de las finanzas públicas.

(...)

III.- Análisis y conclusión

(...) el artículo 55.1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural determina de manera expresa lo siguiente: *‘Las instituciones educativas fiscomisionales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional **estarán adscritas al Ministerio de Defensa Nacional y a los entes rectores de cada institución respectivamente, como entidades operativas desconcentradas y gozarán de autonomía administrativa, orgánica y financiera.***’, por lo que, se reconoce a estas Instituciones Educativas la condición de entidades operativas desconcentradas, como vienen funcionando las Instituciones Educativas Fiscomisionales Emblemáticas de las Fuerzas Armadas, tal como lo menciona la Subsecretaría de Presupuesto en el Memorando No. MEF-SP-2022-0831, de 06 de octubre de 2022 (el resaltado corresponde al texto original y el subrayado me corresponde).

(...)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55.4 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, **son las instituciones educativas fiscomisionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional las que garantizarán la gratuidad de, por lo menos el cinco por ciento (5%) del total de los estudiantes matriculados** (el resaltado me corresponde).

Por otro lado, aquellos estudiantes que serán asignados por la Autoridad Nacional para dicho segmento en las **instituciones descritas**, las cuales **son responsables de establecer**



los lineamientos para cumplir con esta disposición legal” (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera pregunta, el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del MEF coinciden en señalar que las instituciones educativas fiscomisionales de las Fuerzas Armadas deben manejarse como entidades operativas desconcentradas. Agrega la entidad consultante que, al ser la LOEI una ley orgánica, las disposiciones constantes en el ERJAFE no son aplicables para el caso de la adscripción y que, por tanto, la autonomía financiera opera en todos los aspectos en los que no sea necesaria la coordinación con la Unidad de Administración Financiera (en adelante UDAF). Por su parte el MEF precisa que, de conformidad con el criterio técnico de la Secretaría de Presupuesto, a las Instituciones Educativas Fiscomisionales Emblemáticas de las Fuerzas Armadas se les reconoce la condición de entidades operativas desconcentradas.

En relación a la segunda consulta, el informe jurídico del MIDENA difiere del criterio jurídico del MEF, pues para el primero, de conformidad con el artículo 55.2 de la LOEI, las instituciones educativas fiscomisionales de Fuerzas Armadas cuentan con asignaciones del Presupuesto General del Estado y del cobro de matrículas y pensiones del estudiantado, reguladas por la Autoridad Educativa Nacional, por lo cual, le corresponde a aquella determinar el mecanismo para cubrir la garantía de gratuidad del 5%. Por su lado, el MEF considera que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.4 de la LOEI, son las propias instituciones educativas fiscomisionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional las que deben garantizar la referida gratuidad, siendo responsables de establecer los lineamientos para el efecto.

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)* naturaleza de las instituciones educativas fiscomisionales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional; y, *ii)* la gratuidad de por lo menos el cinco por ciento (5%) de los valores de matrículas, pensiones y donaciones y la entidad responsable de asumirla.

2.1.- Naturaleza de las instituciones educativas fiscomisionales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional. -

El artículo 345 de la CRE contempla que: **“La educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares”**. Similar previsión consta en el primer inciso del artículo 53 de la LOEI (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con los artículos 53, segundo inciso y 55 de la LOEI, las Fuerzas Armadas podrán ser promotoras de instituciones educativas fiscomisionales (en adelante IEF). Por su parte, el segundo inciso del mencionado artículo 55 establece que: **“Las**

instituciones educativas fiscomisionales dependen técnica: administrativa y financieramente de una entidad promotora” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el segundo inciso del artículo 55.1 de la LOEI, materia de su primera consulta, determina que las IEF de Fuerzas Armadas y Policía Nacional estarán adscritas al MIDENA y a los entes rectores de cada institución, respectivamente, *“como entidades operativas desconcentradas y gozarán de autonomía administrativa, orgánica y financiera”*, y *“se regirán por las directrices emitidas por la Autoridad Educativa Nacional, en el campo educativo”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el numeral 3 del artículo 45 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA) dispone que la administración pública central comprende, entre otras, *“Las entidades adscritas o dependientes”*, en tanto que, el artículo 84 ibidem señala que: *“La desconcentración es el traslado de funciones desde el nivel central de una administración pública hacia otros niveles jerárquicamente dependientes de la misma, manteniendo la primera, la responsabilidad por su ejercicio”*, lo que es concordante con el principio de desconcentración establecido en el artículo 7 ibidem⁶ (el resaltado me corresponde).

De otro lado, de acuerdo con el artículo 1 del ERJAFE, la misma que tiene por objeto instituir la estructura general y el funcionamiento de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva. En este orden de ideas, el artículo 2 ibidem prevé que dicho estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva que comprende: *“c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado”*, las cuales, según el antepenúltimo inciso del mismo artículo *“conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva”* (el resaltado me corresponde).

El artículo 3 del ERJAFE agrega que la Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines y en este sentido resalta que: *“Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas”*. El artículo 6 ibidem establece adicionalmente que las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, *“adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva”* se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; *“tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos”*, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; *“gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos”* (el resaltado me corresponde).

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

⁶ COA, “Art. 7.- Principio de desconcentración. La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas”.



Respecto a la administración pública institucional, el artículo 7 del ERJAFE establece que está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una Ley, ***“con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta”***, bajo los principios de especialidad y variedad. El citado artículo determina en su inciso segundo que se deberá indicar en forma expresa su organización y ***“el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisional, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”*** (el resaltado me corresponde).

Así mismo, de acuerdo con la letra h) del artículo 10.1 del ERJAFE, la Función Ejecutiva puede contar con organismos públicos encargados de la administración y provisión de bienes y/o servicios destinados a la ciudadanía y a la Administración Pública Central e Institucional, que ejercen las facultades de regulación, gestión y control, ***“con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera”*** y cuentan con una instancia colegiada como máximo nivel gobernante desde el cual se ejercerá la rectoría en el ámbito de sus competencias.

Finalmente, con relación a las entidades y empresas públicas adscritas a la Presidencia de la República o Vicepresidencia de la República o uno de los Ministerios de Estado, el artículo 22 del ERJAFE dispone que ***“se regirán en su estructura según sus normas de creación y por los respectivos reglamentos orgánicos funcionales o reglamentos orgánicos por procesos”***.

De lo expuesto se desprende que: *i) Las IEF dependen técnica, administrativa y financieramente de sus promotoras; ii) Las Fuerzas Armadas están facultadas para ser promotoras de IEF y de acuerdo con el segundo inciso del artículo 55.1 de la LOEI, las IEF de las Fuerzas Armadas estarán “adscritas” al MIDENA como entidades operativas desconcentradas “y gozarán de autonomía administrativa, orgánica y financiera”; iii) Conforme el COA, la desconcentración implica el traslado de competencias desde el nivel central de una administración pública hacia otros niveles jerárquicamente dependientes de la misma, manteniendo la primera, la responsabilidad por su ejercicio; iv) El ERJAFE establece la estructura general y el funcionamiento de los órganos y entidades de “la Administración Pública Central e Institucional” que integran la Función Ejecutiva; y, v) Las entidades adscritas a los Ministerios de Estado se rigen en su estructura según sus normas de creación y por los respectivos reglamentos orgánicos funcionales o reglamentos orgánicos por procesos.*

2.2.- La gratuidad de por lo menos el cinco por ciento (5%) de los valores de matrículas, pensiones y donaciones y la entidad responsable de asumirla. -

00599

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la CRE, la educación es un derecho de las personas y *“un deber ineludible e inexcusable del Estado”*, y constituye un **“área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir”** (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el segundo inciso del artículo 348 de la CRE condiciona el apoyo financiero del Estado a la educación fiscomisional al cumplimiento del principio de gratuidad, según se aprecia del tenor de esa norma, que dispone:

“El Estado financiará la educación especial y podrá apoyar financieramente a la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el inciso primero del artículo 55 de la LOEI determina que: *“Las instituciones educativas fiscomisionales son establecimientos educativos que contarán con financiamiento total o parcial del Estado”*, y para efectos del principio de gratuidad, su inciso tercero precisa:

“Aquellas instituciones educativas fiscomisionales que cuenten con financiamiento total del Estado deberán garantizar el principio de gratuidad, igualdad de oportunidades para el acceso y permanencia, rendición de cuentas de sus resultados educativos y manejo de los recursos y el respeto a la libertad de credo de las familias” (el resaltado me corresponde).

Mientras que, para el caso de financiamiento parcial del Estado, el cuarto inciso del artículo ibidem señala que **“contarán con el cobro de matrículas y pensiones para su sostenimiento y operatividad”** (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el artículo 55.2 de la LOEI, materia de su segunda pregunta, contiene regulaciones sobre: *i) las asignaciones presupuestarias para la IEF de las Fuerzas Armadas; y, ii) sobre los ingresos que esas entidades obtengan por el cobro de matrículas y pensiones, previendo que se usen “exclusivamente para atender necesidades de mantenimiento de la infraestructura, equipamiento tecnológico e investigación científica”*.

Sobre la gratuidad, el inciso primero del artículo 55.4 de la LOEI establece que las IEF de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional **“garantizarán la gratuidad de por lo menos el cinco por ciento (5%) del total de los estudiantes matriculados, quienes serán parte de la población que se encuentren en los quintiles más bajos de pobreza”** y agrega que dichos estudiantes serán referidos por la Autoridad Educativa Nacional. Adicionalmente, el inciso segundo del mismo artículo establece que dichas instituciones



00599

“concederán becas y descuentos a estudiantes conforme a los lineamientos establecidos por la Autoridad Educativa Nacional en una proporción de por lo menos el cinco por ciento (5%) del monto total que perciben anualmente por concepto de matrícula (sic) y pensiones”, en armonía con lo previsto en el artículo 134 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural (en RGLOEI)⁷.

Según el artículo 21 de la LOEI corresponde a la Función Ejecutiva la calidad de Autoridad Educativa Nacional, la misma que la “*ejercerá el Ministro o Ministra del ramo*”. En ese orden de ideas, el artículo 22 ibidem agrega que la Autoridad Educativa Nacional, como rectora del Sistema Nacional de Educación, formulará las políticas nacionales del sector, estándares de calidad y gestión educativos, así como la política para el desarrollo del talento humano del sistema educativo y expedirá los acuerdos, reglamentos y demás normativa que se requiera. La letra t) del referido artículo incluye entre las atribuciones y deberes de la Autoridad Educativa Nacional el: “*Expedir, de conformidad con la Constitución de la República y la Ley, acuerdos y resoluciones que regulen y reglamenten el funcionamiento del Sistema Nacional de Educación*”.

Mediante Acuerdo Ministerial No. MINEDUC-ME-2016-00026-A de 12 de marzo de 2016,⁸ el MINEDUC expidió la “*NORMATIVA PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS FISCACIONALES DEL ECUADOR*” (en adelante Normativa de Funcionamiento de las IEF). El inciso segundo del artículo 2 de la mencionada normativa reitera que las IEF “*dependen técnica, administrativa y financieramente de una entidad promotora*”, la cual es una organización sin fines de lucro, misional o laica, **que asume directa o indirectamente bajo su responsabilidad, los costos de creación y operación de la institución educativa**” (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 5 ibidem determina que el aporte del Estado a esas instituciones educativas se realizará a través de “*la asignación de docentes fiscales y/o la provisión de infraestructura para su operación, así como su mantenimiento*” y especifica que: “*El aporte fiscal cuantificado bajo ningún concepto superará el setenta por ciento (70%) del costo total de operación de la institución educativa fiscomisional*”.

Es pertinente acotar al respecto que, el inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Primera de la LOEI ordenó elaborar un plan de traspaso de las IEF de las Fuerzas Armadas:

“En el plazo de 180 días contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el Ministerio de Defensa y entes rectores de cada institución educativa junto con la Autoridad Educativa Nacional elaborarán un plan de traspaso de las instituciones

⁷ RGLOEI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 754 del 26 de julio de 2012.

Art. 134.- “De la asignación de becas.- (Sustituido por el Art. 21 del D.E. 145, R.O. 511-4S, 06-VIII-2021).- Las instituciones educativas particulares y fiscomisionales concederán becas, totales o parciales, a favor de los estudiantes en una proporción de por lo menos el cinco por ciento del monto total que perciben anualmente por concepto de matrícula y pensiones, en los términos establecidos para la Autoridad Educativa Nacional.

El porcentaje asignado de becas a los estudiantes se realizará con base en el análisis de cada institución educativa”.

⁸ Acuerdo Ministerial No. MINEDUC-ME-2016-00026-A de 9 de marzo de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 731 de 12 de abril de 2016.

educativas-fiscales y fiscomisionales emblemáticas que fueran antes regentadas por las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”⁹.

De lo manifestado se observa que: *i)* El Estado puede apoyar a las IEF que cumplan entre otros principios con el de gratuidad y que rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos; *ii)* Las IEF que cuentan con financiamiento total del Estado deberán garantizar el principio de gratuidad; *iii)* Las IEF que cuenten con financiamiento parcial del Estado, entre ellas las de las Fuerzas Armadas, pueden cobrar matrículas y pensiones, y usar dichos recursos exclusivamente para atender necesidades de mantenimiento de la infraestructura, equipamiento tecnológico e investigación; *iv)* El MIDENA incluirá en su presupuesto las asignaciones respectivas para la gestión administrativa y financiera de las IEF; *v)* las IEF garantizarán la gratuidad de acuerdo a los lineamientos de la Autoridad Educativa Nacional; *vi)* La Normativa de Funcionamiento de las IEF, expedida por el MINEDUC, aclara que las IEF dependen técnica, administrativa y financieramente de una entidad promotora, la que asume directa o indirectamente bajo su responsabilidad, los costos de creación y operación de las IEF y que el aporte del Estado se realizará a través de *“la asignación de docentes fiscales y/o la provisión de infraestructura para su operación, así como su mantenimiento”* y que este aporte cuantificado no podrá superar el 70% del costo total de operación de la IEF.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que de conformidad con lo previsto en los artículos 55 y 55.1 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, las instituciones educativas fiscomisionales cuyos promotores son las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, son entidades operativas desconcentradas del Ministerio de Defensa Nacional y los entes rectores de cada institución, respectivamente; y de acuerdo con el segundo inciso del mencionado artículo 55.1 gozan de autonomía administrativa, orgánica y financiera.

En armonía con lo expuesto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que de conformidad con los artículos 55 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural; y, 2 y 5 de la Normativa para regular el funcionamiento de las Instituciones Educativas Fiscomisionales del Ecuador, corresponde a dichas instituciones, como entidades desconcentradas del Ministerio de Defensa Nacional y del respectivo ente rector, garantizar la gratuidad de por lo menos el cinco por ciento (5%) del total de los estudiantes matriculados, de la población que se encuentren en los quintiles más bajos de pobreza, referidos por la Autoridad Educativa Nacional y conceder becas y descuentos a estudiantes, en una proporción de por lo menos el cinco por ciento (5%) del monto total que perciben anualmente por concepto de matrícula y pensiones, conforme a los lineamientos establecidos por la Autoridad Educativa Nacional.

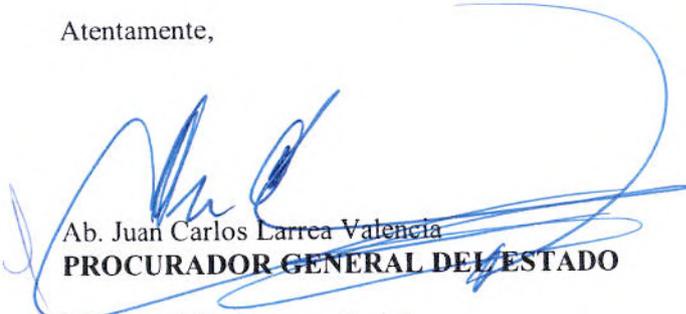
⁹ https://www.comil.edu.ec/portal2021/phocadownload/varioplan_traspaso_firmado.pdf



00599

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,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Pablo Arosemena Marriott,
Ministro de Economía y Finanzas

Ing. Juan Zapata Silva,
Ministro del Interior

Mgs. María Brown Pérez,
Ministra de Educación



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 00644

Quito, D.M., 10 ENE 2023

Señor licenciado
Ervin Gonzalo Valdiviezo Solórzano,
ALCALDE,
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
PORTOVIEJO.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. GADMP-2022-ALC-0372 de 8 de noviembre de 2022, ingresado en la Dirección Regional de Manabí de la Procuraduría General del Estado al siguiente día en la ciudad de Portoviejo y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRMN-2022-02210 de 17 de noviembre del mismo año, recibido en el correo institucional único de este organismo al siguiente día, mediante el cual usted consultó:

“Considerando que, el plan operativo anual y presupuesto del GADMP aprobado para el 2022, contempla proyectos que han sido incorporados mediante reformas por suplemento de créditos y traspasos dentro del ejercicio fiscal vigente, y la planificación de ejecución de estos se enmarcan en el último trimestre 2022, considerando que los mismos no constaban en el presupuesto inicial, aprobado a finales de 2021, y procurando que estos proyectos no impliquen la generación de deuda flotante, conforme lo establece el art. 213 del COOTAD.

¿Es posible que la certificación, contratación y compromiso presupuestario pertinente a estos proyectos se ejecuten dentro del último semestre del período para el cual fueron elegidas las autoridades de los GAD?. Considerando que, los mismos no se incluyen en el presupuesto inicial 2022 que se presentó y aprobó el 22 de octubre de 2021 por la asamblea ciudadana cantonal. Procurando que estos proyectos no impliquen la generación de deuda flotante para la institución tal como establece el Art. 213 del COOTAD.”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 00084 de 23 de noviembre de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia, requerimiento que fue atendido con oficio No. AME-DNAJ-2022-090 de 6 de diciembre de 2022, ingresado en el correo único institucional de este organismo al día siguiente.

1.2. El informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo (en adelante GADM Portoviejo), contenido en memorando No. GADMP-2022-PSM-033 de 7 de noviembre de 2022, citó los artículos 213 y 250 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y

00644

Descentralización¹ (en adelante COOTAD) y 90 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia² (en adelante LOE); y se refirió al asesoramiento no vinculante realizado por el servicio de Asesoría Legal Externa de este organismo³; y concluyó:

“(…) es pertinente que la certificación, contratación y compromiso presupuestario pertinente a los proyectos aprobados se ejecuten dentro del último semestre del período para el cual fueron elegidas las autoridades de los GAD’s: en efecto que la ejecución del presupuesto conforme al Art. 250 del COOTAD, determina que los responsables de los programas, subprogramas o proyectos elaborarán con las unidades de planificación y financiera la programación de actividades de los GAD y someterán a consideración del ejecutivo un calendario de ejecución y desarrollo de actividades, detalladas por trimestres, el mismo que se conocerá en el seno de la asamblea territorial o del organismo que en cada GAD se establezca como máxima instancia de participación. Por tanto, **si el plan operativo anual y el respectivo presupuesto del GAD aprobado para el 2022, contempla proyectos que han sido ya incorporados mediante reformas dentro del ejercicio fiscal vigente, es factible que la ejecución de estos se realice dentro del último semestre del período para el cual fueron elegidas las respectivas autoridades, relievando la garantía de autonomía política administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, puesto que no podría impedirse la ejecución de obras, planes o programas de competencia del gobierno autónomo descentralizado** en beneficio de la colectividad dentro de su planificación.” (el resaltado me corresponde).

1.3. De su parte, el criterio jurídico institucional de la AME, además de las normas invocadas por el consultante, citó los artículos 238, 241, 256, 259 y 260 del COOTAD; y, 107 y 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁴ (en adelante COPLAFIP); y el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 20233 de 12 de septiembre de 2022, con fundamento en los cuales manifestó y concluyó lo siguiente:

“(…) Es necesario determinar la aplicación del art. 213 del COOTAD en la praxis en lo que respecta al ejercicio fiscal 2022.

(…) Para su aplicación se debe tener en cuenta el efecto técnico-jurídico (sic) del **presupuesto prorrogado, pues al tenor del art 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas públicas** concomitantemente con la consulta absuelta por el Procurador General del Estado mediante oficio Nro. 20233 de fecha 12 de septiembre de 2022, la misma que es vinculante para todo el sector público conforme al art. 237.3 de la Constitución de la República, **el presupuesto prorrogado será aquel codificado al 31 de diciembre de 2022 y entrará en vigencia para el Gobierno Municipal desde el mes de enero de 2023.**

Hoy nos encontramos en el ejercicio fiscal 2022 con la vigencia del presupuesto aprobado en diciembre de 2021, por lo tanto el art. 213 del COOTAD en el presente ejercicio fiscal

¹ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

² LOE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 578 de 27 de abril de 2009, artículo sustituido por el Art. 10 de la Ley publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 634 de 6 de febrero de 2012.

³ Resolución No. 025, publicada en el Registro Oficial No. 12 de 6 de agosto de 2019.

⁴ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre 2010, artículo reformado por la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253 de 24 de julio de 2020.

no dispone ninguna prohibición en lo atinente al actual presupuesto. Lo que se debe considerar es que, **a partir del último semestre que se inicia el 14 de noviembre no se podrá asumir nuevos compromisos presupuestarios de aquellos que no consten en el POA aprobado por las instancias de participación ciudadana, esto se refiere a lo dispuesto por los arts (sic) 238 y 241 del COOTAD.**

(...)

CRITERIO INSTITUCIONAL:

La deuda flotante se genera por las obligaciones que se adquieren desde el 13 noviembre (sic) 2022 al 13 mayo (sic) 2023, por nuevos compromisos presupuestarios que no estuvieron en el POA ni fueron aprobados por la instancia de participación ciudadana y el Concejo Municipal.

Por lo tanto, a partir del 14 de noviembre del 2022, los GAD Municipales y sus empresas podrán asumir compromisos presupuestarios como órdenes de compra, resoluciones de adjudicación y contratos de aquellos proyectos o actividades que **consten en el plan operativo anual aprobado por las instancias de participación ciudadana y el concejo municipal.**

Las reformas efectuadas por suplementos y traspasos de créditos antes del 13 de noviembre de 2022 son incorporadas y forman parte del presupuesto del gobierno municipal y se ejecutan en el ejercicio fiscal en curso, considerando que aquellas obras contempladas en dicho presupuesto y que son ejecutadas en el último semestre y no se culminen se elaborará una certificación plurianual para su terminación en el próximo ejercicio fiscal. Las reformas así efectuadas (sic) hasta antes del 13 de noviembre del 2022 son pertinentes, reformando el POA correspondiente, al no incurrir en la prohibición que establece el art. 213 del COOTAD” (el resaltado me corresponde).

1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico de la AME difieren pues: *i)* el GAD de Portoviejo considera que las reformas efectuadas por suplementos y traspasos de créditos antes del 13 de noviembre de 2022 forman parte del presupuesto del gobierno municipal y pueden ser ejecutadas en el último semestre del periodo de las autoridades seccionales; y, *ii)* la AME aclara que las reformas efectuadas por suplementos y traspasos de créditos antes del 13 de noviembre de 2022 son incorporadas y forman parte del presupuesto del gobierno municipal y se ejecutan en el ejercicio fiscal en curso, por lo que para no incurrir en la prohibición que establece el artículo 213 del COOTAD se deben realizar las respectivas reformas al plan operativo anual (en adelante POA).

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)* Sujeción de los presupuestos de los GAD a sus planes, al Plan Nacional de Desarrollo y a las reglas fiscales; *ii)* Autonomía Financiera y Presupuesto de los GAD; y, *iii)* Elección de autoridades municipales y prórroga de los presupuestos de los GAD cantonales.

2.1. Sujeción de los presupuestos de los GAD a sus planes, al Plan Nacional de Desarrollo y a las reglas fiscales. -

El artículo 280 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante CRE) establece la relación entre el presupuesto y el Plan Nacional de Desarrollo, que define en los siguientes términos:

“Art. 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”.

Concordante, con relación 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 añade el inciso segundo 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”*⁶.

Al respecto, los incisos primero y segundo del artículo 4 del COPLAFIP incluyen en su ámbito de aplicación, a *“todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República”* y destacan 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”*.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 5 del COPLAFIP establece que la *“programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación”* tanto del Presupuesto General del Estado como de los demás presupuestos y los recursos públicos *“se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno”*.

En lo atinente a la aprobación del presupuesto de los GAD, los incisos segundo y tercero del artículo 106 del COPLAFIP prevén 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”.

⁵ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ Similar previsión consta en la parte final del inciso tercero del artículo 34 del COPLAFIP.

00644

Las fases del ciclo presupuestario se regulan por los artículos 113 e innumerados agregados a continuación del artículo 118 del COPLAFIP, ubicados en el Libro II “*DE LAS FINANZAS PÚBLICAS*”, Título II “*COMPONENTES DEL SISTEMA*”, Capítulo III “*DEL COMPONENTE DE PRESUPUESTO*”, Sección IV “*EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA*”, así como la prohibición de contraer compromisos sin la existencia de la correspondiente partida presupuestaria, el establecimiento de compromisos de créditos presupuestarios, obligaciones, modificaciones al presupuesto, entre otros.

El artículo 212 del COOTAD reitera 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*”; y, el primer inciso de su artículo 215, ubicado en el título VI “*RECURSOS FINANCIEROS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS*”, Capítulo VII “*PRESUPUESTO DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS*”, establece que el presupuesto de los GAD “*se ajustará a los planes regionales, provinciales, cantonales y parroquiales respectivamente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, sin menoscabo de sus competencias y autonomía*” (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con los incisos segundo y tercero del artículo 215 del COOTAD, el presupuesto “*deberá ser elaborado participativamente*” y “*Las inversiones presupuestarias se ajustarán a los planes de desarrollo de cada circunscripción, los mismos que serán territorializados para garantizar la equidad a su interior*” y concluye que “*Todo programa o proyecto financiado con recursos públicos tendrá objetivos, metas y plazos, al término del cual serán evaluados*” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* los presupuestos de los GAD están sujetos a la planificación local, así como al Plan Nacional de Desarrollo, y a las reglas fiscales y de endeudamiento público; y, *ii)* los plazos de aprobación del presupuesto de los GAD en el año en que se posesionan sus nuevas dignidades son los mismos que establecen la CRE y el COPLAFIP para el Presupuesto General del Estado.

2.2. Autonomía Financiera y Presupuesto de los GAD.-

El inciso cuarto del artículo 5 del COOTAD, en cuanto a la autonomía financiera de los GAD señala que se expresa en su “*derecho*” de recibir “*de manera directa, predecible, oportuna, automática y sin condiciones, los recursos que les corresponden de su participación en el Presupuesto General de Estado*”, y en “*la capacidad de generar y administrar sus propios recursos, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley*”.

Al respecto, la letra b) del artículo 6 *ibídem* prohíbe a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los GAD, “*b) Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados, imposibilitar su adopción o financiamiento, (...)*”.

Por su parte, en cuando se refiere al presupuesto de los GAD, el artículo 216 del COOTAD dispone que 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". La excepción que permite la prórroga del presupuesto del año anterior, en aquel que se posesionen las nuevas dignidades se examinará en el siguiente acápite (el resaltado me corresponde).

El ciclo presupuestario de los GAD incluye su programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación, y se regula a partir del artículo 233 del COOTAD.

En cuanto a la programación del POA y el presupuesto para el año siguiente, el artículo 233 del COOTAD establece que: *i) deberá realizarse "antes del 10 de septiembre de cada año"; y, ii) 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", en los términos del artículo 234 ibídem*⁷.

De acuerdo con el tenor del artículo 238 del COOTAD, y conforme los artículos 240, 241 y 242 ibídem, el procedimiento para la formulación de los presupuestos de los GAD es el siguiente: *i) "la persona responsable de las finanzas o su equivalente preparará el anteproyecto de presupuesto y lo presentará a consideración del Ejecutivo local hasta el 20 de octubre"; ii) posteriormente, este será conocido por el organismo designado como máxima instancia de participación del GAD, que emitirá, mediante resolución, su conformidad "con las prioridades de inversión definidas en dicho instrumento", iii) con esta resolución, el ejecutivo presentará al órgano legislativo "el proyecto definitivo del presupuesto hasta el 31 de octubre, acompañado de los informes y documentos que deberá preparar la dirección financiera" que incluirá "los aumentos o disminuciones en las estimaciones de ingresos y en las provisiones de gastos, así como la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior y un estado de ingresos y gastos efectivos del primer semestre del año en curso" (el resaltado me corresponde).*

En cuanto a la aprobación del presupuesto de los GAD, el artículo 218 del COOTAD señala que corresponde al órgano legislativo y de fiscalización, que *"además conocerá los presupuestos de sus empresas públicas o mixtas aprobados por los respectivos directorios"*. El procedimiento de aprobación y sanción del presupuesto de los GAD se encuentra desarrollado desde el artículo 244 al 249 del COOTAD; así, los artículos 245 y 248 del COOTAD prevén que la aprobación del proyecto de presupuesto, por programas y subprogramas se realizará *"en dos sesiones hasta el 10 de diciembre de cada año, conjuntamente con el proyecto complementario de financiamiento, cuando corresponda"* y que *"Una vez aprobado el proyecto de presupuesto por el legislativo" el ejecutivo "lo sancionará dentro del plazo de tres días y entrará en vigencia, indefectiblemente, a partir del primero de enero"*.

⁷COOTAD. "Art. 234.- Contenido.- Cada plan operativo anual deberá contener una descripción de la magnitud e importancia de la necesidad pública que satisface, la especificación de sus objetivos y metas, la indicación de los recursos necesarios para su cumplimiento.

Los programas deberán formularse en función de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial.

A fin de hacer posible su evaluación técnica, las dependencias de los gobiernos autónomos descentralizados deberán presentar programas alternativos con objetivos de corto, mediano y largo plazo".

00644

En lo que concierne a la ejecución del presupuesto, el artículo 250 del COOTAD señala que:

“Art. 250.- Programación de actividades.-Una vez sancionada la normativa presupuestaria, los responsables de los programas, subprogramas o proyectos **elaborarán** con las unidades de planificación y financiera **la programación de actividades de los gobiernos autónomos descentralizados** y someterán a consideración del ejecutivo del gobierno autónomo **un calendario de ejecución y desarrollo de actividades, detalladas por trimestres**, el mismo que se conocerá en el seno de la asamblea territorial o del organismo que en cada gobierno autónomo descentralizado se establezca como máxima instancia de participación. Esta programación guardará coherencia con el plan de desarrollo y de ordenamiento territorial” (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 263 del COOTAD prevé que la clausura y liquidación del presupuesto “*se efectuará al 31 de diciembre de cada año*”.

Respecto a las reformas presupuestarias, el artículo 255 del COOTAD determina que luego de la sanción y aprobación del presupuesto, solo se podrán realizar reformas presupuestarias por “*traspasos, suplementos y reducciones de créditos*” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, los artículos 259 y 260 del COOTAD regulan el otorgamiento de suplementos de crédito, que se clasifican en: “*créditos adicionales para servicios considerados en el presupuesto y créditos para nuevos servicios no considerados en el presupuesto*”, que “*no podrán significar en ningún caso disminución de las partidas constantes en el presupuesto*”, sujetos a las condiciones previstas en esas normas y solicitados por el ejecutivo al legislativo⁸ del GAD “*en el segundo semestre del ejercicio presupuestario, salvo situación de emergencia, previo informe de la persona responsable de la unidad financiera*”.

De lo expuesto se observa que, *i)* la autonomía financiera de los GAD comprende la capacidad de generar y administrar sus propios recursos y la prohibición de funcionarios y personas ajenas a los GAD de impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia; *ii)* los presupuestos de los GAD están sujetos a fases que incluyen su formulación, aprobación, sanción, ejecución, clausura y liquidación; sin perjuicio de lo cual, las normas prevén la posibilidad de

⁸COOTAD, Art. 56.- Concejo municipal.- El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal. Estará integrado por el alcalde o alcaldesa, que lo presidirá con voto dirimente, y por los concejales o concejalas elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral. (...)

Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal.- Al concejo municipal le corresponde: a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones; (...) e) Aprobar el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del consejo cantonal de planificación y las instancias de participación ciudadana, así como evaluar la ejecución de los mismos; (...) g) Aprobar u observar el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado municipal, que deberá guardar concordancia con el plan cantonal de desarrollo y con el de ordenamiento territorial; así como garantizar una participación ciudadana en el marco de la Constitución y la ley. De igual forma, aprobará u observará la liquidación presupuestaria del año inmediato anterior, con las respectivas reformas; h) Aprobar a pedido del alcalde o alcaldesa traspasos de partidas presupuestarias y reducciones de crédito, cuando las circunstancias lo ameriten; i) Autorizar la contratación de empréstitos destinados a financiar la ejecución de programas y proyectos previstos en el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en el monto y de acuerdo con los requisitos y disposiciones previstos en la Constitución, la ley y las ordenanzas que se emitan para el efecto; (...) t) Conocer y resolver los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento por parte del alcalde o alcaldesa; (...) cc) Las demás previstas en la Ley (el subrayado me corresponde).

efectuar reformas, condicionadas al cumplimiento de requisitos específicos, entre estos, la aprobación del órgano legislativo de los GAD.

2.3. Elección de autoridades municipales y prórroga de los presupuestos de los GAD cantonales.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la LOE, las elecciones de autoridades seccionales, entre ellos, alcaldes distritales y municipales, concejales distritales y municipales, y vocales de las juntas parroquiales rurales “*se realizarán cada cuatro años y no serán concurrentes con las elecciones nacionales*”.

Por su parte, el artículo 107 del COPLAFIP, respecto a los presupuestos prorrogados, que como excepción se prevé para el año en que se posesionan las nuevas dignidades del Ejecutivo y los GAD, dispone que:

“Hasta que se apruebe el Presupuesto General del Estado del año en que se posesiona la o el Presidente de la República, regirá 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)

Sobre la base del marco regulatorio que ha quedado señalado, el artículo 213 COOTAD, objeto de su consulta, respecto a la deuda flotante de los GAD establece la siguiente prohibición, aplicable al último semestre del periodo para el que fueron elegidas sus autoridades, que se refiere específicamente a los compromisos presupuestarios que no consten en el plan operativo anual:

“**Art. 213.- Deuda flotante.-** Los gobiernos autónomos descentralizados no podrán registrar como deuda flotante los gastos cuyos compromisos de pago en el ejercicio excedan la caja disponible para ese pago.

En el último semestre del período para el cual fueron elegidas las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados, no podrán asumir compromisos presupuestarios que no consten en el plan operativo anual aprobado por las instancias de participación ciudadana y el respectivo órgano legislativo, salvo los dispuestos por la ley” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que, *i)* conforme el artículo 107 del COPLAFIP, para los GAD, en el año de posesión de sus dignidades rige, por excepción, el presupuesto del año anterior; y, *ii)* En el último semestre del periodo en que ejercen sus funciones las dignidades de los GADs está prohibido asumir compromisos presupuestarios que no consten en el plan operativo anual aprobado por las instancias de participación ciudadana y el respectivo órgano legislativo, salvo los dispuestos por la ley.

00644

3. Pronunciamiento. –

Considerando la excepción prevista por el artículo 107 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 255, 259 y 260 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, si el Plan Operativo Anual y el respectivo presupuesto del Gobierno Autónomo Descentralizado, aprobados para el año inmediatamente anterior a aquel en que concluyen sus periodos las dignidades de esos gobiernos, contemplan proyectos incorporados mediante reforma presupuestaria, corresponde ejecutarlos en el último semestre del período para el cual fueron elegidas las respectivas autoridades.

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,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Franklin Alejandro Galarza Guzmán,
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 00652

Quito, D.M., 11 ENE 2023

Señor doctor
Andrés Gabriel Ponce López,
ALCALDE,
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
MONTÚFAR.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. A-GADMM-APL-2021-1129-Of de 20 de octubre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente entregar incentivos, por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Montúfar, mediante proyectos de Fomento Turístico, a las Asociaciones Productivas, que emprenden actividades Turísticas, de conformidad a lo que determina el artículo 128 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria considerando que esta norma establece: ‘Especial atención recibirán las personas y organizaciones de la Economía Popular y Solidaria que desarrollen su actividad productiva en los cantones fronterizos.’ Y tomando en cuenta que La (sic) Ley Orgánica de Desarrollo Fronterizo, en su artículo 43 determina ‘Los organismos nacionales rectores del turismo, patrimonio, cultura y ambiente, concurrentemente con los gobiernos autónomos descentralizados de los cantones fronterizos, darán atención preferente a las actividades encaminadas a desarrollar sus potencialidades turísticas, especialmente aquellas relacionadas con el turismo comunitario y rural?’”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 20825, 20826 y 20827 de 26 de octubre de 2022, este organismo solicitó a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (en adelante SEPS), Ministerio de Turismo (en adelante MT), Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Mediante oficios Nos. 34 y 45 de 18 de noviembre de 2022 se insistió en estos pedidos al MT y a la AME.

00652

GADM MONTÚFAR
0000228-2022
Página. 2

1.2. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas al correo institucional único de este organismo, en su orden; i) por la Intendente General Jurídica de la SEPS, con oficio No. SEPS-SGD-IGJ-2022-32235-OF de 11 de noviembre de 2022, ingresado el 14 de los mismos mes y año, que manifestó un criterio abstentivo; ii) por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado de la AME, mediante oficio No. AME-DNAJ-2022-085 de 23 de noviembre de 2022, ingresado el mismo día; iii) por la Coordinadora General Jurídica del MT, a través de oficio No. MT-CGJ-2022-0062-O de 8 de diciembre de 2022, ingresado el mismo día.

1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montúfar (en adelante GADM Montúfar), contenido en memorando No. 587 GADMM-S-2022-M de 19 de octubre de 2022, citó los artículos 1, 3, 226 y 281 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos² (en adelante PIDESCCP); 23, 38 y 43 de la Ley Orgánica de Desarrollo Fronterizo³ (en adelante LODF); 3 inciso segundo del Reglamento General de la Ley de Desarrollo Fronterizo⁴ (en adelante RLODF); 4 letra g, 54 letras a) y h) y 135 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁵ (en adelante COOTAD); y, 128 y 130 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria⁶ (en adelante LOEPS), con fundamento en los cuales concluyó:

“En base a lo que determina la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en el artículo 128, que establece que *‘el Estado fomentará, promoverá y otorgará incentivos a las personas y organizaciones amparadas por esta Ley’* y considerando que *‘El turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno’* conforme lo determina el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y al amparo de lo que determina el artículo 43 de la Ley Orgánica de Desarrollo Fronterizo, que establece que *los organismos nacionales rectores del turismo, patrimonio, cultura y ambiente, concurrentemente con los gobiernos autónomos descentralizados de los cantones fronterizos, darán atención preferente a las actividades encaminadas a desarrollar sus potencialidades turísticas, especialmente aquellas relacionadas con el turismo comunitario y rural*, Sindicatura concluye que es procedente entregar incentivos por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Montúfar, mediante proyectos de Fomento Turístico, a las Asociaciones Productivas de del (sic) Cantón Montúfar, que emprenden actividades Turísticas”.

1.4. Por su parte, la AME citó, además de las normas invocadas por el consultante, los artículos 154, 249, 280 y 425 de la CRE; 8, 138 y 142 de la LOEPS; 5 de la LODF; y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷, tras lo que concluyó que:

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

² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos publicada en el Registro Oficial No.101 de 24 de enero de 1969.

³ LODF, publicada en el Registro Oficial No. 243 de 17 de mayo de 2018.

⁴ RLODF publicada en el Registro Oficial No. 88 de 26 de noviembre de 2019.

⁵ COOTAD, publicada en el Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁶ LOEPS, publicada en el Registro Oficial No.444 de 10 de mayo de 2011.

⁷ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52 de 22 de octubre de 2009.



00652

“Los incentivos que son materia de la consulta se pueden conceder en lo que respecta a los cantones fronterizos bajo el ámbito de la Ley Ley (sic) Orgánica de Desarrollo Fronterizo emitiendo políticas a su favor, debiendo considerar al efecto el Plan Nacional de Desarrollo el mismo que al tenor del art. 280 Constitucional es vinculante para el sector público; por otro lado, el Plan de Ordenamiento y Desarrollo Territorial como herramienta técnica en los territorios deben constar estas políticas (sic) para que a futuro pueda **desprenderse los incentivos a través de la legislación sea provincial o cantonal**, debiendo coordinar con el organismo rector para optimizar los incentivos y evitar su duplicidad y así dar atención preferente a las actividades encaminadas a desarrollar las potencialidades turísticas, especialmente aquellas relacionadas con el turismo comunitario y rural” (el resaltado me corresponde).

1.5. Finalmente, el criterio jurídico del MT, además de las normas invocadas por el consultante, citó los artículos 498 del COOTAD y 26 de la Ley de Turismo⁸ (en adelante LT), con sustento en los cuales concluyó:

“Luego del análisis de la normativa enumerada en ‘Base Legal’ deviene que tanto al (sic) Autoridad Nacional de Turismo como los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales cuentan en sus respectivas normas rectoras con la posibilidad de entregar incentivos para los proyectos de Fomento Turístico presentados o sustentados por las Asociaciones Productivas que emprenden actividades Turísticas.

La ‘especial atención’ para ‘(...)las personas y organizaciones de la Economía Popular y Solidaria que desarrollen su actividad productiva en los cantones fronterizos’ a la que hace referencia el artículo 128 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, no significa que dichas personas u organizaciones gozaran (sic) de derechos adicionales sobre otras organizaciones, sociedades o asociaciones con fines u objetivos similares, pero si (sic) remarca el hecho de que por estar en cantones fronterizos, esas personas u organizaciones sociales deben ser atendidas con los mismos derechos y atribuciones que las ubicadas en otros cantones, pero de manera prioritaria.

En ese sentido, la Autoridad Nacional de Turismo puede únicamente otorgar los incentivos establecidos en el artículo 26 de la Ley de Turismo, de la misma manera en que los Gobiernos Autónomos Descentralizados podrían, con sujeción a la normativa legal vigente, otorgar, (sic) luego del análisis puntual de los proyectos, otorgar los incentivos permitidos por el artículo 498 del COOTAD”.

1.6. De lo expuesto se observa que: *i)* los criterios jurídicos del GADM Montúfar, la AME y el MT coinciden en que los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales (en adelante los GADM) podrían entregar incentivos a los proyectos de turismo; *ii)* la AME agrega que los GADM deben emitir políticas y normas locales, para lo cual deben considerar el Plan Nacional de Desarrollo; *iii)* el MT precisa que es necesario analizar cada proyecto en armonía con el ordenamiento vigente y que corresponde a los GAD observar el artículo 498 del COOTAD.

⁸ LT. publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002.

00652

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia de su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Autonomía, competencias y facultades de los GAD Municipales para establecer incentivos a actividades de turismo; *ii)* Disposiciones de la LODF sobre promoción de turismo; y, *iii)* Disposiciones de la LT y la LOEPS sobre incentivos turísticos.

2.1. Autonomía, Competencias y Facultades de los GAD Municipales para establecer incentivos a actividades de turismo mediante ordenanza.

De acuerdo con los artículos 238, 239 y 240 de la CRE, los GAD gozan de “*autonomía política, administrativa y financiera*” y se rigen por la ley correspondiente, teniendo “*facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales*”, que se instrumentan en la expedición de ordenanzas, con excepción de las juntas parroquiales rurales que tienen únicamente facultades reglamentarias.

El artículo 260 de la CRE señala que “*el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno*”.

El numeral 1 del artículo 264 *ibidem*, que establece las competencias exclusivas de los GAD Municipales, incluye entre ellas: “*Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural*”. El último inciso del citado artículo reitera la atribución de los GAD Municipales para expedir ordenanzas municipales “*En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades*”. Similar disposición consta en el artículo 55 del COOTAD.

Concordante, el primer inciso del 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*”. Agrega su inciso segundo que la autonomía política se expresa “*en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad*”, así como en “*la capacidad de emitir políticas públicas territoriales*”. Su inciso cuarto se refiere a la autonomía financiera, que consiste en “*la capacidad de generar y administrar sus propios recursos, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley*” (el resaltado me corresponde).

La letra p) del artículo 54 del COOTAD incluye entre las funciones de los GAD Municipales la siguiente: “*Regular, fomentar, autorizar y controlar el ejercicio de actividades económicas, empresariales o profesionales, que se desarrollen en locales ubicados en la*

circunscripción territorial cantonal con el objeto de precautelar los derechos de la colectividad” (el resaltado me corresponde).

En este contexto y respecto a los estímulos tributarios, y específicamente en materia tributaria, el artículo 498 del COOTAD, prevé que los GAD pueden establecerlos mediante ordenanza:

“Con la finalidad de estimular el desarrollo del turismo, la construcción, la industria, el comercio u otras actividades productivas, culturales, educativas, deportivas, de beneficencia, así como las que protejan y defiendan el medio ambiente, los concejos cantonales o metropolitanos podrán, mediante ordenanza, disminuir hasta en un cincuenta por ciento los valores que corresponda cancelar a los diferentes sujetos pasivos de los tributos establecidos en el presente Código.

Los estímulos establecidos en el presente artículo tendrán el carácter de general, es decir, serán aplicados en favor de todas las personas naturales o jurídicas que realicen nuevas inversiones en las actividades antes descritas, cuyo desarrollo se aspira estimular; beneficio que tendrá un plazo máximo de duración de diez años improrrogables, el mismo que será determinado en la respectiva ordenanza.

En la **Circunscripción Territorial Especial Amazónica**, los estímulos establecidos en el presente artículo, podrán ser aplicados a favor de todas las personas naturales y jurídicas que mantengan actividades contempladas en el presente artículo, o que realicen incrementos de capital sobre el 30%, en las mismas.

En caso de **revocatoria, caducidad, derogatoria** o, en general, cualquier forma de cese de la vigencia de las ordenanzas que se dicten en ejercicio de la facultad conferida por el presente artículo, los nuevos valores o alícuotas a regir no podrán exceder de las cuantías o porcentajes establecidos en la presente Ley” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁹ (en adelante COPLAFIP) incluye en el concepto de gasto tributario a “los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente”. Añade que, con respecto al gasto tributario de los GAD, “la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anejará a la proforma presupuestaria correspondiente”.

El artículo 104 ibídem prohíbe a las entidades públicas efectuar donaciones en beneficio de personas naturales, previendo la posibilidad de establecer excepciones que, según el artículo 89 de su Reglamento General¹⁰, están destinadas a “investigación científica, educación, salud, inclusión social y donaciones para la ejecución de programas o proyectos prioritarios de inversión en beneficio directo de la colectividad”; y, obedecen a un proceso de planificación, correspondiendo a los concejos municipales establecer “los criterios y orientaciones generales”

⁹ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁰ RGCOPPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

00652

GADM MONTÚFAR
0000228-2022
Página. 6

que, enmarcándose en lo señalado en este artículo, deberán observar sus entidades dependientes para la realización de las indicadas transferencias”.

De lo manifestado se observa que: *i)* los GAD Municipales gozan de autonomía política, administrativa y financiera, y generan sus propios recursos financieros, debiendo observar las reglas fiscales sobre el manejo de los recursos públicos; *ii)* de acuerdo con la CRE, el COOTAD y el COPLAFIP, los concejos municipales tienen competencia exclusiva para planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, para la ejecución de programas o proyectos prioritarios de inversión en beneficio directo de la colectividad y así fomentar el ejercicio de actividades económicas, empresariales o profesionales; *iii)* con la finalidad de estimular el desarrollo del turismo, los GAD Municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o suprimir tributos, mediante ordenanza, y al efecto deben cuantificar y anexar a la proforma presupuestaria correspondiente el respectivo gasto tributario.

2.2. Disposiciones de la LODF sobre promoción de turismo.

En cuanto a su ámbito normativo, el artículo 2 de la LODF establece que: “(...) regula el régimen de atención preferencial de todos los niveles de gobierno e instituciones públicas, para los cantones y las parroquias rurales que se encuentren total o parcialmente, dentro de la franja de cuarenta kilómetros desde la línea de frontera”.

En sentido concordante, el artículo 5 ibídem precisa que los municipios y parroquias comprendidos bajo el régimen previsto en la LODF “recibirán atención preferencial por parte del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados regionales y provinciales” a través de políticas, programas y proyectos, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo y ordenamiento territorial de los GAD.

Sobre la promoción del turismo comunitario y rural, el artículo 43 de LODF confiere a las entidades nacionales y a los GAD atribuciones concurrentes en los cantones fronterizos, para establecer un trato preferencial a las actividades que desarrollen las potencialidades turísticas “para lo cual establecerán prioritariamente en sus planes de desarrollo y presupuestos las inversiones destinadas a la conservación y promoción de los recursos turísticos existentes y al desarrollo de los emprendimientos turísticos locales” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que la LODF prevé que: a los organismos nacionales rectores del turismo concurrentemente con los GAD fronterizos les corresponde dar atención preferente a las actividades encaminadas a desarrollar potencialidades turísticas; al efecto, las inversiones deben constar en los planes de desarrollo y ser presupuestadas.

2.3 Disposiciones de la LT y la LOEPS sobre incentivos turísticos.



El artículo 8 de la LT establece que para el ejercicio de actividades turísticas se requiere *“obtener el registro de turismo y la licencia anual de funcionamiento, que acredite idoneidad del servicio que ofrece y se sujeten a las normas técnicas y de calidad vigentes”*, previendo el artículo 10 ibídem que el MT o los municipios y consejos provinciales a los cuales esa cartera de Estado les transfiera esa facultad *“concederán a los establecimientos turísticos, Licencia Única Anual de Funcionamiento”*.

Entre los incentivos a los proyectos turísticos, el artículo 26 de la LT establece exenciones, en beneficio de *“personas naturales o jurídicas que presenten proyectos turísticos y que sean aprobados por el Ministerio de Turismo”*, de *“los derechos de impuestos que gravan los actos societarios de aumento de capital”* y *“los tributos que gravan la transferencia de dominio de inmuebles que se aporten para la constitución de empresas cuya finalidad principal sea el turismo”*.

El inciso segundo del artículo 128 de la LOEPS, que cita la entidad consultante, prevé que *“Especial atención recibirán las personas y organizaciones de la Economía Popular y Solidaria que desarrollen su actividad productiva en los cantones fronterizos”*.

En ese orden de ideas, según el artículo 133 de la LOEPS, los GAD, en ejercicio concurrente de la competencia de fomento de la economía popular y solidaria establecida en el COOTAD, *“incluirán en su planificación y presupuestos anuales la ejecución de programas y proyectos socioeconómicos como apoyo para el fomento y fortalecimiento de las personas y organizaciones”*. El mismo artículo agrega que *“impulsarán acciones para la protección y desarrollo del comerciante minorista a través de la creación, ampliación, mejoramiento y administración de centros de acopio de productos, centros de distribución, comercialización, pasajes comerciales, recintos feriales y mercados u otros”*.

De lo expuesto se desprende que: *i)* de acuerdo con la LT, el MT tiene atribución para aprobar proyectos turísticos que se puedan beneficiar de las exenciones de impuestos que esa ley establece; y, *ii)* de acuerdo con la LOEPS, los GAD, en ejercicio concurrente de la competencia de fomento de la economía popular y solidaria, incluirán en su planificación y presupuestos anuales la ejecución de programas y proyectos socioeconómicos como apoyo para el fomento y fortalecimiento de las personas y organizaciones, lo que debe ser entendido en armonía con las competencias que les confiere el COOTAD y la LODF.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 498 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales tienen competencia para incluir en su planificación y presupuestos inversiones dirigidas a fomentar el turismo, así como establecer, mediante ordenanza, los incentivos para fomentar actividades turísticas, pudiendo priorizar la atención a las personas y organizaciones de la economía popular y solidaria que desarrollen sus actividades en los cantones fronterizos, conforme prevé el segundo del artículo 128 de la



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

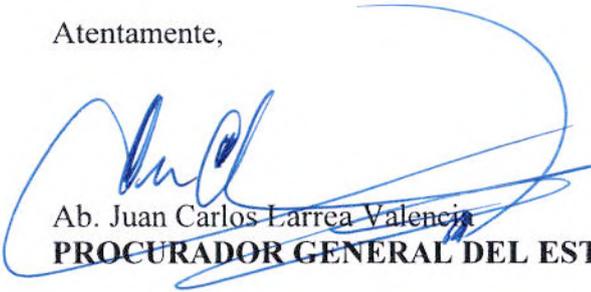
Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

00652 GADM MONTÚFAR
0000228-2022
Página. 8

Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria. Para el caso de establecer incentivos tributarios, los municipios deberán cuantificar y presupuestar el respectivo gasto tributario, según el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

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,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dra. Sofía Margarita Hernández Naranjo,
Superintendente de Economía Popular y Solidaria.

Mtr. Niels Anthonez Olsen Peet,
Ministro de Turismo.

Mgs. Franklin Alejandro Galarza Guzmán,
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas.

Oficio N° 00722

Quito, D.M., 18 ENÉ 2023

Señor doctor
Xavier Fernando Santos Alvite,
MINISTRO,
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. MEM-MEM-2022-1093-OF y MEM-MEM-2022-1168-OF de 18 de noviembre y 8 de diciembre de 2022, respectivamente, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 18 de noviembre y 9 de diciembre del mismo año, mediante los cuales formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Quién es el sujeto obligado a cumplir con el depósito de la asignación equivalente al 4% (no puede ser inferior a 2 dólares) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en relación a los contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA, considerando que estas empresas se dedican a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana y no tienen a su cargo la comercialización, ni perciben los recursos por los barriles de petróleo extraídos y comercializados externamente a que se refiere la Ley para el cálculo de la asignación?”

2. Al no contar con los ingresos correspondientes a la comercialización del petróleo extraído y comercializado por parte de las empresas que mantienen contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana y tomando en cuenta el cálculo establecido en el artículo 60 de la LOPICTEA agradeceré se indique si el Reglamento General a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, establece un procedimiento que permita ejecutar dicho pago?”

1. Antecedentes. -

1.1. Con oficio No. 161 de 28 de noviembre de 2022, este organismo solicitó a usted que su segunda consulta, inicialmente planteada mediante oficio No. MEM-MEM-2022-1093-OF de 18 de noviembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico del Coordinador General Jurídico del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), respecto al objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con 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. 00326 y 00327 de 12 de diciembre de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF) y a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (en adelante



00722

ARCERNNR) que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de sus consultas.

1.3. Los requerimientos de esta procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas al correo institucional único de este organismo, en su orden; *i*) por la ARCERNNR con oficio No. ARCERNNR-ARCERNNR-2022-0665-OF de 19 de diciembre de 2022, ingresado el 27 de los mismos mes y año, al cual adjuntó el memorando No. ARCERNNR-CGJ-2022-0653-ME de 15 de diciembre de 2022, que contiene un criterio jurídico abstentivo¹; y, *ii*) por el MEF, con oficio No. MEF-MEF-2023-0001-O de 4 de enero de 2023, ingresado el mismo día, al que adjuntó los memorandos Nos. MEF-CGJ-2022-1118-M y MEF-SRF-2022-0837-M de 27 de diciembre de 2022, que contienen el criterio jurídico del Coordinador General Jurídico encargado y el informe técnico del Subsecretario de Relaciones Fiscales del MEF, respectivamente.

1.4. Los informes jurídicos del Coordinador General Jurídico del MEM, contenidos en memorandos No. MEM-COGEJ-2022-0816-ME y MEM-COGEJ-2022-0874-ME de 17 de noviembre de 2022 y 6 de diciembre del mismo año, respectivamente, citaron los artículos 147 numeral 13, 226, 261 numeral 11, 313 y 317 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante CRE); 1453 y 1561 del Código Civil³ (en adelante CC); 12-A y 16 de la Ley de Hidrocarburos⁴ (en adelante LH); 62 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos⁵ (en adelante RALH); 54, 60, Disposición Transitoria Tercera y Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica⁶ (en adelante LOPICTEA), así como las Cláusulas Tercera, Cuarta, Décimo Quinta y, particularmente, el numeral 15.2.1 de los Contratos Modificatorios a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (en adelante Contratos de Prestación de Servicios). Con tal fundamento, analizó y concluyó lo siguiente:

“ANÁLISIS JURÍDICO:

(...)

De manera tal que, conforme a lo señalado en el artículo 60 LOPICTEA, se desprende que la generación u origen del financiamiento del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico, constituye una obligación que nace de la ley, y que de acuerdo al segundo inciso del mismo artículo, se ha determinado que el sujeto obligado a dicho pago en favor del FDSA sean **las empresas** nacionales y extranjeras, sean públicas, privadas, de economía mixta o de otro tipo, **dedicadas a la explotación petrolera** en la Amazonia (sic) ecuatoriana, de la forma prevista en la misma Ley.

¹El informe jurídico de la ARCERNNR manifiesta: “Conforme los antecedentes expuestos y de la normativa citada, la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables conforme lo determina el artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos tiene única y exclusivamente las competencias establecidas para la Agencia en dicha Ley, respecto del sector de Hidrocarburos, es decir le corresponden en términos generales a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no renovables el control técnico de las actividades hidrocarburíferas, por lo que, al no constituir ámbito de nuestras competencias los temas consultados, me inhibo de emitir pronunciamiento alguno”.

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

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

⁴LH, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. E

⁵RALH, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 4 de 16 de febrero de 2022

⁶LOPICTEA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 21 de mayo de 2018.

00722

(...)

Dada la naturaleza de los contratos, su objeto y alcance, es criterio de esta Coordinación Jurídica que la obligación legal impuesta en el segundo inciso del artículo 60 LOPICTEA no podría ser cumplida materialmente o ejecutada por las empresas **prestadoras de los servicios** de exploración y explotación de hidrocarburos, por cuanto las mismas no tienen a su cargo la comercialización del producto, existiendo la falta de cumplimiento de presupuesto señalado en la Ley, para el cálculo del recurso para el financiamiento del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico, pues reciben como pago **por sus servicios una tarifa** establecida en cada uno de sus contratos, y no participan en la comercialización. Situación contraria en la operatividad de los contratos de participación, en cuyo caso sí se materializa el pago en la cuenta especial del Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico en el Banco Central del Ecuador.

ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

1. (...)

A la firma de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos estaba vigente la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, norma que fue derogada para la posterior creación de la Ley para la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, sin embargo esta 'asignación' constituye un valor adicional que no puede ser descontado a las contratistas previo a la determinación del Ingreso Disponible en base a lo que determina el Art. 16 de la Ley de Hidrocarburos y el Artículo 62 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Hidrocarburos concordante con la Cláusula 15.2.1 de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, por lo que el valor adicional debe ser cubierto a través del Presupuesto General del Estado.

Tal como lo establece la Cláusula 15.2.1 de los contrato (sic) de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que señala: **'Cualquier valor adicional que sea requerido para cubrir dichos impuestos o gravámenes provendrá del Presupuesto General del Estado'**, al ser la LOPICTEA una norma emitida posterior a la suscripción del contrato y considerando que las Contratistas no comercializan el Crudo el sujeto obligado a cumplir con el depósito de la asignación equivalente al 4% del precio de venta por cada barril de petróleo es el Estado Ecuatoriano a través del presupuesto general del Estado.

2. (...)

Considerando que no existe norma específica que determine el procedimiento requerido, el Ministerio de Energía y Minas deberá dar estricto cumplimiento a lo que determina la Constitución de la República, las leyes de la materia y honrar los contratos suscritos para la prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos, adicionalmente en caso de ser imperante deberá emitirse los instrumentos jurídicos necesarios para regular el procedimiento y dar cumplimiento con lo que determina artículo 60 de la LOPICTEA".



00722

De su parte, el segundo informe jurídico del MEM, contenido en memorando No. MEM-COGEJ-2022-0874 de 6 de diciembre de 2022, con relación a la segunda consulta reformulada, concluye lo siguiente:

“El Reglamento General a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica tiene por objeto regular las acciones, procedimientos generales, instrumentos y mecanismos que permitan la aplicabilidad de lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en observancia de los principios constitucionales y fines establecidos en la Ley, la Sección Segunda Artículo 54 ibidem, versa sobre el Fondo Común para la Circunscripción Territorial Amazónica, en el cual establece el Destino de los Fondos y la Administración del Mismo, sin embargo, de la lectura y análisis del reglamento en mención no se desprende un procedimiento que instrumente la ejecución del pago por ingresos correspondientes a la comercialización del petróleo extraído y comercializado por parte de las empresas que mantienen contratos de prestación de servicios administrados por el Ministerio de Energía y Minas y suscritos antes de la vigencia de la LOPICTEA dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

Por su parte la Carta Magna en su Artículo 147 determina las atribuciones del Presidente de la República y señala en su numeral 13 lo siguiente: ‘Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración’, por lo expuesto esta Cartera de Estado considera que, en ejercicio de la facultad reglamentaria, se podrá emitir un instrumento jurídico que establezca un procedimiento”.

1.5. El criterio jurídico institucional del MEF, además de las normas citadas por el MEM, invoca el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la CRE y cita el artículo 52 del Reglamento General a la LOPICTEA⁷ (en adelante RGLOPICTEA), con fundamento en los cuales, respecto de las consultas del MEM, analiza y concluye lo siguiente:

“3.1. Acerca de la primera consulta, se debe aclarar que la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 21 de mayo 2018, derogó la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Amazónico y Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, ley que se encontraba vigente a la firma de los contratos de prestación de servicios para la explotación y exploración de hidrocarburos, (...).

(...) **en la ley anterior se establecía un impuesto o gravamen sobre cada barril de petróleo, cuya recaudación era competencia del ente público conforme a la normativa vigente para aquella época, en tanto que, en la nueva ley se hace alusión a una asignación que incrementa el Fondo**, equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica (mínimo USD 2), y que se comercialice en los mercados interno y externo, mismo que deberá depositarse mensualmente por las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador (el resaltado me corresponde).

⁷ RGLOPICTEA, expedido mediante Decreto 1264, publicado en el Quinto Suplemento del Registro Oficial 409 de 12 de marzo de 2021.

00722

(...)

En razón de lo expuesto, la Coordinación General Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, se pronuncia en el sentido que quienes deben realizar el depósito mensual de los valores a los que se refiere el inciso primero del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador denominada '*Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico*', son las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

3.2. En relación a la segunda pregunta, conforme al artículo 52 del Reglamento a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, se determina que la creación, porcentaje, cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados, se someterá a lo establecido en la propia ley y en la normativa secundaria que regule su procedimiento.

Por lo tanto, el procedimiento para ejecutar dicho pago, al no constar de manera expresa en la ley correspondiente ni en el reglamento vigente, correspondería establecerlo a la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero.

En este contexto, en el supuesto no consentido que se determinare que por el principio constitucional de seguridad jurídica, deba ser el Estado ecuatoriano el que asuma el pago de la diferencia que se deriva entre la aplicación de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y la derogada Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Amazónico y Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, en el procedimiento que emita el órgano competente, necesariamente deberá incluirse la solicitud que deba hacerse de la asignación presupuestaria respectiva al Ministerio de Economía y Finanzas, pues este legalmente no podrá actuar de oficio para cumplir con la asignación que nos ocupa".

Adicionalmente, el Memorando No. MEF-SRF-2022-0837-M que suscribe el Subsecretario de Relaciones Fiscales, en relación a la materia de consulta del MEM manifiesta que no le corresponde participar "*en los procesos de estimación, revisión, generación o distribución del ingreso petrolero, que permita pronunciarse sobre las consultas presentadas (...)* y agrega:

"En este sentido, si bien una empresa pública – Petroecuador EP participa del proceso establecido en la Ley Orgánica de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, esta cumple con lo dispuesto en la normativa legal vigente, por medio de la asignación de los recursos, en cumplimiento de la norma, a través del Banco Central del Ecuador".

Sobre la base de los mencionados informes, concluye el Ministro de Economía y Finanzas que:

"(...) son las empresas dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana quienes deben realizar el depósito mensual de los valores a los que se

00722

refiere el inciso primero del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador denominada 'Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico'.

Así también y en relación a la segunda consulta, se debe concluir que conforme al artículo 52 del Reglamento a la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, el procedimiento para ejecutar dicho pago, al no constar de manera expresa en la ley correspondiente ni en el reglamento vigente, **correspondería establecerlo a la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero.**

Es necesario dejar claramente establecido que, **en el procedimiento que deba dictar la Cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero, como único y exclusivo órgano competente, es imprescindible y sumamente necesario que en su contenido se incluya la solicitud por parte del MEM de la asignación presupuestaria respectiva al Ministerio de Economía y Finanzas, siempre y cuando sea el Estado Ecuatoriano el que deba asumir esta obligación**, ya que esta Cartera de Estado legalmente no podrá actuar de oficio para cumplir con asignación alguna" (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que, los criterios jurídicos del MEM y del MEF, en cuanto a la aplicación del artículo 60 de la LOPICTEA respecto de los contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos difieren, pues:

Con relación a la primera pregunta: *i)* el MEM considera que la asignación prevista en esa norma constituye un valor adicional que no puede ser descontado a las contratistas previo a la determinación del ingreso disponible para el pago de la tarifa por sus servicios, por lo que tratándose de una asignación debe ser cubierta a través del Presupuesto General del Estado; y, *ii)* por su parte, el MEF señala que esa asignación corresponde a las empresas que realizan la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana.

Respecto de la segunda consulta: *i)* el MEM plantea que el RGLOPICTEA no prevé un procedimiento que permita ejecutar el pago de la asignación prevista en el artículo 60 de la LOPICTEA, por lo que corresponde al Presidente de la República reglamentar el mismo, en el ejercicio de la atribución del numeral 13 del artículo 147 de la CRE; y, *ii)* por su parte, el MEF considera que al no constar dicho procedimiento de manera expresa en la LOPICTEA ni en su reglamento, corresponde establecerlo a la cartera de Estado que ejerce la rectoría del sector petrolero, que deberá incluir la solicitud del MEM para que el MEF realice la asignación presupuestaria.

2. Análisis.-

Como antecedente se considera que, el artículo 1 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales codificada⁸ creó el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y lo financió "(...) con los ingresos provenientes del **impuesto equivalente a un dólar de los Estados Unidos de**

⁸ Ley 010, publicada en el Registro Oficial No. 30 de 21 de septiembre de 1992, codificada mediante Registro Oficial No. 222 de 1 de diciembre de 2003; derogada por la Disposición Derogatoria Primera de la LOPICTEA.

América (USD 1.00), por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice en los mercados interno y externo” (el resaltado me corresponde). Dicha ley fue expresamente derogada por la Disposición Derogatoria Primera de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales LOPICTEA, sobre la que tratan sus consultas. El inciso primero del artículo 60 de la LOPICTEA creó el Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico (en adelante FDSA) financiado con “una **asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice en los mercados interno y externo**” que: “En ningún caso la asignación a la que se refiere la presente disposición, será inferior a dos dólares de los Estados Unidos de América (USD 2,00), por cada barril de petróleo” (el resaltado me corresponde).

Por lo expuesto, para facilitar el estudio de la materia objeto de sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Pronunciamientos previos sobre la materia; *ii)* Los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos; *iii)* Política hidrocarburífera y competencias regulatorias; y, *iv)* El FDSA y su regulación en el Reglamento General a la LOPICTEA.-

2.1. Pronunciamientos previos sobre la materia. -

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 16727 de 29 de noviembre de 2021⁹, este organismo atendió dos consultas del Consorcio de Municipios Amazónicos y Galápagos (en adelante COMAGA) sobre la aplicación del artículo 60 de la LOPICTEA¹⁰, que establece la asignación que financia el FDSA. El mencionado pronunciamiento manifestó y concluyó lo siguiente:

“Las premisas normativas para la asignación que financia el FDSA, señaladas en el acápite anterior, son: *i)* que la explotación se realice en la CTEA; *ii)* que la comercialización de cada barril de petróleo producido en el CTEA se realice en el país o fuera de él; y, *iii)* corresponde al CTEA la asignación del 4% del valor del precio de venta de cada barril, que no puede ser inferior a USD 2,00.

En este contexto, cabe analizar que, de acuerdo con el artículo 26 del ROH, las definiciones de los términos técnicos, operativos y económicos utilizados en esa norma están señalados en el Anexo A ‘DEFINICIÓN DE TÉRMINOS’ y, que, de no constar en ese anexo, se deberá revisar la normativa específica y los contratos de hidrocarburos en cuanto fuere aplicable.

⁹ Ante el pedido de reconsideración de la consultante, con relación a la segunda consulta, este pronunciamiento fue ratificado mediante oficio No. 17015 de 27 de diciembre del mismo año.

¹⁰ LOPICTEA, Art. 60: “Créase el Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, que se financiará con una asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice en los mercados interno y externo. En ningún caso la asignación a la que se refiere la presente disposición será inferior a dos dólares de los Estados Unidos de América (USD 2,00), por cada barril de petróleo.

Para el financiamiento del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico las empresas nacionales y extranjeras, sean públicas, privadas, de economía mixta o de otro tipo, dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonia ecuatoriana, depositarán mensualmente los valores mencionados en el inciso anterior, en la cuenta especial del Banco Central del Ecuador, denominada Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico”.



00722

(...)

Por otra parte, en cuanto a la comercialización, el citado Anexo A define a la comercialización interna como 'Actividades de distribución y venta al público de Gas Natural, Derivados, Biocombustibles y sus mezclas, a nivel Nacional', y a la comercialización internacional de hidrocarburos, como 'Actividades que consisten en la importación y exportación de Hidrocarburos'.

(...)

Respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 60 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, **el Fondo de Desarrollo Sostenible Amazónico se financia con una asignación equivalente al cuatro por ciento (4%) del precio de venta por cada barril de petróleo que se extraiga en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y que se comercialice tanto en los mercados interno como externo**; por lo que, al no estar prevista la comercialización de petróleo crudo en el mercado interno, según la definición que consta en el Anexo A del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, ese rubro es inaplicable en la base de cálculo de la asignación que, en consecuencia, se debe realizar respecto del valor de venta de los barriles comercializados en el mercado externo" (el resaltado me corresponde).

El mencionado pronunciamiento analizó las premisas normativas de la asignación que financia el FDSA, que según el artículo 60 de la LOPICTEA son la explotación de petróleo en la Circunscripción Territorial Especial Amazónica y su comercialización en los mercados interno y externo.

Es necesario precisar que en la misma fecha de la expedición del pronunciamiento de este organismo se publicó la reforma a la LH, introducida por el Título X "*Reformas a la Ley de Hidrocarburos*" de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19 (en adelante LODESF)¹¹, y con posterioridad se expidió el RALH en actual vigencia.

2.2. Los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos.-

El numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre "*Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales*". El inciso primero del artículo 313 ibídem determina que 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*". El inciso tercero del citado artículo incluye entre los sectores estratégicos a los recursos naturales no renovables y al transporte y la refinación de hidrocarburos.

¹¹ LODESF, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre del 2021.

00722

El inciso primero del artículo 2, sustituido¹² de la LH dispone que el Estado explorará y/o explotará los yacimientos de hidrocarburos, en forma directa a través de las empresas públicas de hidrocarburos y de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades, para lo cual establece las modalidades contractuales para la exploración y explotación hidrocarburífera, entre ellas los contratos de prestación de servicios a los que alude su consulta, cuya celebración corresponde al Ministerio del ramo y que están regulados por el artículo 16 de la LH, que prevé:

“Art. 16.- Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquellos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirán los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado. **Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados.** (...) (el resaltado me corresponde).

Podrá haber una tarifa adicional para privilegiar producciones provenientes de actividades adicionales comprometidas por la contratista, a fin de impulsar el descubrimiento de nuevas reservas o la implementación de nuevas técnicas para la recuperación mejorada de las reservas existentes (...).”

De su parte, el inciso quinto del artículo 49 de la LH prescribe que: “*En los contratos de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos los contratistas como Operadores, no están sujetos al pago de regalías. La totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del Estado*” (el resaltado me corresponde).

En lo que atañe al pago a las contratistas, el artículo 62 del RALH, ubicado en el capítulo VII “DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS”, aún se refiere al tributo que establecía la legislación anterior, según se aprecia de su tenor:

“Art. 62.- Cálculo del ingreso disponible para el pago a las contratistas.- Sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones tributarias conforme a la ley ecuatoriana, el ingreso disponible para el pago a las contratistas de prestación de servicios de exploración y explotación de Hidrocarburos, será el valor resultante de la diferencia entre el ingreso bruto del contrato y la suma de los siguientes conceptos:

- a) Margen de Soberanía;
- b) Costos de Transporte del Estado;

¹² Artículo sustituido por el artículo 131 de la LOESF.



00722

- c) Costos de Comercialización;
- d) Los tributos establecidos en la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos, si los mismos resultasen aplicables; y,
- e) **Los tributos establecidos en la Ley de Circunscripción Territorial Amazónica, los mismos que se aplicarán a los contratos que se suscriban a partir de la vigencia del presente Reglamento, cuando fueren aplicables”** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* el Estado Central 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; *ii)* La LH dispone que el Estado explorará y/o explotará los yacimientos de hidrocarburos, en forma directa a través de las empresas públicas de hidrocarburos y de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades, para lo cual establece, entre otras modalidades contractuales, a los contratos de prestación de servicios, cuya celebración corresponde al Ministerio del ramo; *iii)* Los contratos de prestación de servicios son aquellos en los que personas jurídicas se obligan con sus propios recursos económicos a efectuar servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, y reciben como contraprestación una tarifa fija, que se obtiene como resultado de la diferencia entre el ingreso bruto del contrato del cual se deduce la suma de los conceptos determinados en los artículos 16 de la LH y 62, letra c) del RALH, entre ellos los costos de comercialización “*en que incurra el Estado*”; y *iv)* En los contratos de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, según el quinto inciso del artículo 49 de la LH, la totalidad de la producción del área del contrato es de propiedad del Estado.

2.3. Política hidrocarburífera y competencias regulatorias.-

El inciso primero del artículo 151 y numeral 1 del artículo 154 de la CRE prevén que los ministros de Estado representan al Presidente de la República “*en los asuntos propios del ministerio a su cargo*” y les corresponde “*1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión*”.

Al respecto, el artículo 9 de la LH asigna al ministro sectorial en materia hidrocarburífera competencia para “*formular la política de hidrocarburos aprobados (sic) por el Presidente de la República, así como de la aplicación de la presente Ley*”. El segundo inciso de esa norma prevé que la industria petrolera es “*una actividad altamente especializada*”, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero -actual ARCERNR¹³-, en lo concerniente a la “*prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los Hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia*”. Dicha norma es concordante con los artículos 2, 3 y 6 del RALH.

¹³ Mediante decreto No. 1036, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 22 de mayo de 2020, se dispuso:
Art. 1.- Fúndese la Agencia de Regulación y Control Minero, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad y la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos en una sola entidad denominada “Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables”.
Art. 2.- Una vez concluido el proceso de fusión, todas las atribuciones, funciones, programas, proyectos, representaciones y delegaciones constantes en leyes, decretos, reglamentos y demás normativa vigente que le correspondían a la Agencia de Regulación y Control Minero, a la Agencia de Regulación y Control de Electricidad y a la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, serán asumidas por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables.” (el resaltado me corresponde).

00722

Entre las atribuciones de la actual ARCERNNR, como organismo técnico administrativo adscrito al MEM “*encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera*”, el artículo 11 de la LH incluye las siguientes:

- a. Regular, controlar y fiscalizar las operaciones de exploración, explotación, industrialización, refinación, transporte, y comercialización de hidrocarburos;
- b. Controlar la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia hidrocarburífera;
- c. Ejercer el control técnico de las actividades hidrocarburíferas;
- (...)
- k. Las demás que le correspondan conforme a esta Ley y los reglamentos que se expidan para el efecto”.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 del Reglamento¹⁴ para el funcionamiento del directorio de la ARCERNNR, el titular del ente rector de Energía y Recursos Naturales No Renovables, o su delegado permanente, preside el directorio de esa agencia.

De lo expuesto se observa que: *i)* corresponde al ministro sectorial la formulación de la política de hidrocarburos, aprobada por el Presidente de la República, así como la aplicación de la LH y la rectoría de esa área; *ii)* la industria petrolera es “*una actividad altamente especializada*”, que se rige por la CRE y la ley, y requiere normativa secundaria; y, *iii)* la ARCERNNR es un organismo técnico administrativo, adscrito al MEM, “*encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera*”, en lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los Hidrocarburos y de sus derivados.

2.4. El FDSA y su regulación en el Reglamento General a la LOPICTEA.-

El numeral 13 del artículo 147 de la CRE confiere al Presidente de la República la atribución de: “*Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración*”. En el ejercicio de esa atribución se expidió el RGLOPICTEA que como objeto normativo en su artículo 1 señala: “*regular las acciones, procedimientos generales, instrumentos y mecanismos que permitan la aplicabilidad*” de lo dispuesto en la LOPICTEA “*en observancia de los principios constitucionales y fines establecidos en la Ley*”.

Al respecto, el primer inciso del artículo 52 del Reglamento General de la LOPICTEA, ubicado en el Capítulo III “*INSTRUMENTOS ECONÓMICOS DE FOMENTO DE LA PLANIFICACIÓN INTEGRAL PARA LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL ESPECIAL AMAZÓNICA*”, Sección I “*FONDO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE AMAZÓNICO*”, señala:

¹⁴Resolución publicada en el Registro Oficial No. 447 de 7 de mayo de 2021.



00722

“Art. 52.- Fondo para el desarrollo sostenible amazónico.- La creación, porcentaje, cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, se someterá a lo establecido en la Ley para la Planificación de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, **y la normativa secundaria que regule su procedimiento**” (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, el artículo 74, numeral 15¹⁵ del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPLAFIP), en cuanto a los deberes y atribuciones del MEF como ente rector del SINFIP incluye la siguiente:

“(…) 15.- **Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos** o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Las Leyes a las que hace referencia este numeral serán únicamente las que provengan de la iniciativa del Ejecutivo en cuyo caso el dictamen previo tendrá lugar antes del envío del proyecto de ley a la Asamblea Nacional” (el resaltado me corresponde).

El artículo 226 de la CRE establece el principio de legalidad, según el cual las instituciones del Estado “(…) *ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley*”. Concluye esa norma que, por tanto, “*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*”.

De lo expuesto se observa que: *i)* de acuerdo con el RGLOPICTEA, el procedimiento de cálculo, distribución y transferencia del FDSA se somete a la LOPICTEA y requiere regulación a través de normativa secundaria; *ii)* le corresponde al MEF dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero; y, *iii)* conforme el artículo 226 de la CRE, las entidades y organismos del sector público deben coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 16 y 49 de la LH, en los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos la totalidad de la producción del área es propiedad del Estado. En consecuencia, respecto de dichos contratos no se cumple la premisa establecida por el artículo 60 de la LOPICTEA para financiar la asignación al Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, que es la comercialización del crudo, y por tanto, el sujeto obligado a financiar la asignación legal al Fondo es el Estado ecuatoriano.

¹⁵ Reformado por el numeral. 1 del Art. 5 de la Ley publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

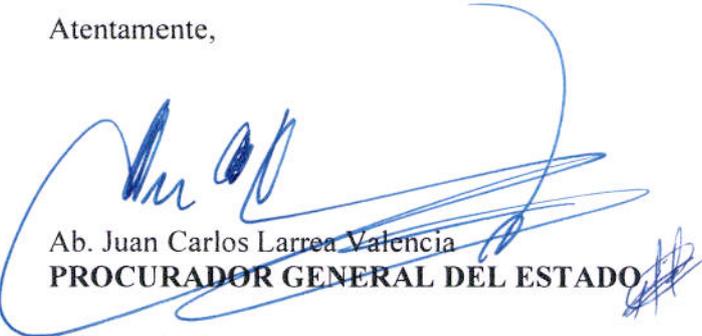
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
00440-2023
Página. 13

00722

Con base en el análisis jurídico efectuado, respecto de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 9, segundo inciso y 11, letra a) de la LH y en virtud de que la industria petrolera es una actividad altamente especializada, corresponde a la ARCERNNR, regular las diversas actividades de la industria petrolera y por tanto el desarrollo de la normativa secundaria, en materia de hidrocarburos, a la que se refiere el artículo 52 del RGLOPICTEA, para el cálculo, distribución y transferencia del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, establecido por el artículo 60 de esa ley. Al efecto y por el impacto en los recursos públicos, dicha agencia deberá contar con el dictamen previo, obligatorio y vinculante del MEF, según el numeral 15 del artículo 74 del COPLAFIP.

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,


Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Pablo Arosemena Marriot,
Ministro de Economía y Finanzas

Mgs. Luis Jorge Maingon Velasco,
Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables

Abg. Washington Varela Salazar,
Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Biodiversidad y Recursos Naturales de la Asamblea Nacional



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 00729

Quito, D.M., 20 ENÉ 2023

Señora ingeniera
Martha Bucaram Leverone de Jorgge, PhD.,
RECTORA,
UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR (UAE).
Guayaquil. -

Señor ingeniero
Fabricio Guevara Viejó,
RECTOR,
UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO (UNEMI).
Milagro. -

De mi consideración:

Me refiero al oficio No. 0330-R-2022 de 8 de septiembre de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el mismo día, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2022-00349 de 16 de los mismos mes y año, mediante el cual el doctor Francisco Javier del Cioppo Morstadt, Rector Subrogante de la Universidad Agraria del Ecuador (en adelante UAE), formuló la siguiente consulta:

“¿Atendiendo a la irretroactividad de las normas, la base del cálculo para el estímulo, debe ser la fijada como remuneración para su grado escalafonario en el nuevo Reglamento, multiplicada por el factor r , o la que corresponde y que mantienen los docentes, por haberse promocionado con anterioridad a la reforma reglamentaria con remuneraciones superiores, ajustadas a las normas vigentes entonces para su grado escalafonario?”

Sobre la misma materia, con oficio No. UNEMI-R-2022-2399-OF de 12 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, el doctor Jorge Fabricio Guevara Viejó, Rector de la Universidad Estatal de Milagro (en adelante UNEMI), consultó:

“Considerando la aplicación de la normativa vigente para el cálculo de estímulo a un Profesor Agregado 1 que, tiene un (sic) RMU actualmente sobrevalorado por la escala anterior en un valor de \$2967, siendo su valor de la escala vigente de \$2561, ¿Con cuál de los dos valores (RMU sobrevalorado o del grado escalafonario vigente) debemos aplicar el cálculo para estímulo, sin que el docente titular considere que se vulnera el derecho sobre su remuneración?”



00729

De las consultas previamente transcritas se observa que, tratan sobre la aplicación de la letra f) del artículo 89 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior¹ (en adelante RCEPASES) que establece la base del cálculo para el estímulo por investigación del personal académico, razón por la cual, se procede a su atención conjunta.

1. Antecedentes. –

1.1. Con oficio No. 19952 de 25 de agosto de 2022, este organismo solicitó a la UNEMI que la consulta inicialmente planteada a través de correo electrónico el 23 de agosto de 2022, a las 09h46, con el asunto “*Solicitud de consulta sobre estímulos para personal académico de la Universidad Estatal de Milagro*”, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas así como se remita el informe jurídico del Director Jurídico de la UNEMI respecto al objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.2. Acumuladas las consultas y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 20265 de 13 de septiembre de 2022, este organismo solicitó al Consejo de Educación Superior (en adelante CES) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de estas, requerimiento que fue atendido por el presidente de dicho Consejo con oficio No. CES-CES-2022-0604-CO de 27 de los mismos mes y año, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 5 de octubre del presente año.

1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico de la UAE, contenido en oficio No. 853-PS-2022 de 8 de septiembre de 2022, citó los artículos 11 numerales 3, 4, 5 y 8, 229, 326 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante CRE); 7 del Código Civil³ (en adelante CC); 89 letra f), y las Disposiciones General Décimo Quinta y Transitoria Octava del RCEPASES, luego de lo cual concluyó:

“(…) considero que el beneficio que será otorgado por una sola (sic) de acuerdo al Reglamento y, considerando que no será replicado para futuras promociones a una escala superior, debería ser calculado atendiendo a la remuneración que mantuvo el docente y que corresponde a la fijada en la escala correspondiente cuando obtuvo su promoción, antes de la reforma reglamentaria que fijó nuevas remuneraciones para cada uno de los grados escalafonarios sustentado en las normas constitucionales (sic) legales y reglamentarias citadas textualmente en el presente”.

1.4. De su parte, el informe jurídico del Director Jurídico de la UNEMI, contenido en memorando No. UNEMI-DJ-2022-0219-MEM de 19 de julio de 2022, que se acompañó a su consulta inicial, además de las normas invocadas por la UAE, citó los artículos 355 de la CRE;

¹ Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico de Educación Superior. publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.506 de 30 de julio de 2021.

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

³ Código Civil, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.46 de 24 de junio de 2005.

00729

6 letra c), 17, 18 y 157 de la Ley Orgánica de Educación Superior⁴ (en adelante LOES); 65, 69, 89, 151 y la Disposición Transitoria Décima Sexta del RCEPASES; 52 letra h) y 105 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁵ (en adelante LOSEP); 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁶ (en adelante COPLAFIP); 36 del Estatuto Orgánico de la UNEMI⁷; y, 1 de la Resolución OCAS-SO-15-2021-No1 de la UNEMI⁸ a través del cual se aprobaron las escalas remunerativas del personal académico, con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“CRITERIO JURÍDICO:

(...)

Es menester indicar que el artículo 65 del Reglamento de Escalafón del Personal Académico de Educación Superior, manifiesta que las remuneraciones son establecidas por las IES en virtud de lo establecido en el artículo 89 íbidem que, en su parte pertinente dispone: ‘la remuneración que corresponde a su grado escalafonario por el factor r establecido por la IES en aplicación del artículo 65 respecto al cálculo de las remuneraciones del personal académico titular’; y, en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Sexta que establece: Las universidades públicas, actualizarán la tabla de remuneraciones en el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la vigencia del presente Reglamento de Escalafón del Personal Académico de Educación Superior, y la resolución que expida el Consejo de Educación Superior dispuesta en el artículo 65, la Universidad cumplió con lo estipulado en la Ley y mediante **RESOLUCIÓN OCAS-SO-15-2021-No1 EL ÓRGANO COLEGIADO ACADÉMICO SUPERIOR, RESUELVE**: en su artículo 1.- Aprobar las escalas remunerativas del personal académico de fecha, a los siete (7) días del mes de octubre de dos mil veintiuno:

Consecuentemente, soy del criterio jurídico que, es procedente aplicar el estímulo de la tabla aprobada mediante **RESOLUCIÓN OCAS-SO-15-2021-No1 EL ÓRGANO COLEGIADO ACADÉMICO SUPERIOR**, de fecha 07 de octubre del 2021 en virtud de lo estipulado en el Reglamento de Escalafón del Personal Académico de Educación Superior, y la resolución del Consejo de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial Suplemento # 506 de 30-jul.-2021, y dispuesta en el artículo 65 (...)” (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

1.5. Posteriormente, el informe jurídico del Director Jurídico de la UNEMI, contenido en memorando No. UNEMI-DJ-2022-065-MEM de 5 de septiembre de 2022, que se acompañó a la consulta reformulada, citó adicionalmente los artículos 151 del RCEPASES y 115 del COPLAFIP, y se limitó en reiterar que:

⁴ Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.298 de 12 de octubre de 2010.

⁵ Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.294 de 6 de octubre de 2010.

⁶ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.306 de 22 de octubre 2010.

⁷ <https://www.unemi.edu.ec/wp-content/uploads/2019/05/REGLAMENTO-DE-LA-ESTRUCTURA-ORGANIZACIONAL-POR-PROCESOS-DE-LA-UNIVERSIDAD-ESTATAL-DE-MILAGRO.pdf>

⁸ La resolución en referencia no se encuentra publicada en la página web de la UNEMI.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR
UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO
013490-2022
Página. 4

00729

“(…) las Instituciones de Educación Superior tienen la facultad de establecer las remuneraciones de su personal académico, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior y el Reglamento de Escalafón del Personal Académico de Educación Superior vigente”.

1.6. Finalmente, el criterio jurídico del CES, además de las normas invocadas por las instituciones consultantes, citó la Disposición Transitoria Octava del RCEPASES y el artículo 1 de la Resolución No. RPC-SE-20-No.057-2021⁹ (en adelante Resolución No. 057-2021) que contiene la tabla de escalas remunerativas referenciales mínimas y máximas del personal académico y autoridades de las universidades y escuelas politécnicas públicas (en adelante UEP), en base a los cuales analizó y concluyó:

“Con base a lo expuesto, respecto a sus consultas se concluye que, para la aplicación de la fórmula que establece el valor del estímulo económico del personal académico titular auxiliar o agregado, las universidades y escuelas politécnicas públicas deben considerar la remuneración que corresponde a los puestos de personal académico titular auxiliar o agregado actualizados a partir de la entrada en vigor del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior vigente; más no se debe considerar la remuneración que viene percibiendo dicho personal académico titular, que conforme a la Disposición Transitoria Octava del referido Reglamento, puede ser superior a la fijada en la tabla de remuneraciones interna de la universidad y escuela politécnica pública.

Sin perjuicio de lo indicado, es importante aclarar que corresponde a las universidades y escuelas politécnicas públicas, en ejercicio de su autonomía responsable reconocida en la Constitución de la República y garantizada en los términos de la Ley Orgánica de Educación Superior, la verificación del cumplimiento de los requisitos para otorgar los estímulos económicos a su personal académico, observando para el efecto lo contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior y su normativa interna”

1.7. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la UAE difiere de los criterios jurídicos de la UNEMI y del CES. Así pues, la UAE considera que el estímulo previsto en el artículo 89 literal f) del RCEPASES para los profesores que obtuvieron el título de Doctor, al no ser replicado para futuras promociones a una escala superior, debe ser calculado atendiendo a la remuneración del docente cuando obtuvo su promoción, antes de la reforma reglamentaria que fijó nuevas remuneraciones para cada uno de los grados escalafonarios.

Por su parte, la UNEMI y el CES consideran que para la aplicación de la fórmula que establece el valor del estímulo económico del personal académico, las IES deben observar la remuneración que corresponde a los puestos actualizados, vigente a partir de la entrada en vigor del RCEPASES.

⁹ Resolución No. RPC-SE-20-No.057-2021, emitida por el CES el 21 de junio de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del CES.
Artículo 1.- Aprobar en segundo debate la tabla de escalas remunerativas referenciales mínimas y máximas del personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas: (...)”

Finalmente, agrega el CES que corresponde a las IES, en ejercicio de su autonomía responsable, verificar el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de los estímulos económicos a su personal académico, observando en todo caso lo contemplado en el RCEPASES y su normativa interna.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas planteadas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* los estímulos económicos para el personal académico según el derogado Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior (en adelante RCEPASES), la remuneración del personal académico en aplicación de la autonomía de las IES y su vigencia; y, *ii)* los estímulos económicos para el personal académico según el RCEPASES y vigencia de la actualización de la tabla de remuneraciones de las IES.

2.1. Los estímulos económicos para el personal académico según el derogado RCEPASES, la remuneración del personal académico en aplicación de la autonomía de las IES y su vigencia. -

El primer inciso del artículo 355 de la CRE reconoce a las instituciones de educación superior (en adelante IES) *“autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución”*. Dicha autonomía garantiza, entre otros aspectos, *“el gobierno y gestión de sí mismas, en consonancia con los principios de alternancia, transparencia y los derechos políticos; y la producción de ciencia, tecnología, cultura y arte”*.

Por su parte, el artículo 1 de la LOES al referirse a su ámbito prevé que dicha ley regula el sistema de educación superior (en adelante SES), a los organismos e instituciones que lo integran; *“determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y establece las respectivas sanciones por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y la presente Ley”*. El inciso primero del artículo 17 de la LOES reitera la *“autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica”* de las IES; en tanto que las letras b) y e) del artículo 18 ibídem incluyen dentro del ejercicio de la autonomía responsable de aquellas a la *“La libertad de expedir sus estatutos en el marco de las disposiciones de la presente Ley”*; y, a *“La libertad para gestionar sus procesos internos”*.

Por su parte, entre los derechos de los profesores e investigadores, la letra c) del artículo 6 de la LOES incluye el acceso a la carrera que garantice *“estabilidad, promoción, movilidad y retiro, basados en el mérito académico, en la calidad de la enseñanza impartida, en la producción investigativa, en la creación artística y literaria, en el perfeccionamiento permanente”*.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR
UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO
013490-2022
Página. 6

00729

Respecto al personal académico¹⁰ de las IES públicas, el segundo inciso del artículo 70 de la LOES dispone que son servidores públicos sujetos a un régimen propio que está contemplado en el Reglamento del Profesor e Investigador, “*que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación*” (el resaltado me corresponde).

El artículo 151 de la LOES, ubicado en el CAPÍTULO II “PERSONAL ACADÉMICO”, TÍTULO VIII “AUTODETERMINACIÓN PARA LA PRODUCCIÓN DEL PENSAMIENTO Y CONOCIMIENTO”, establece que los profesores se someterán a una evaluación periódica integral conforme la LOES, el RCEPSES y sus normas estatutarias, en ejercicio de su autonomía responsable. En su inciso final, el artículo 151 de la LOES prevé que el Reglamento del Profesor e Investigador “*establecerá los estímulos académicos y económicos correspondientes*” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el inciso primero de la Disposición Transitoria Vigésima Quinta de la LOES determinó que: “*El Reglamento de Carrera Docente y Escalafón establecerá un proceso de transición para la aplicación plena de las normas sobre dedicación, escalafón y remuneraciones de los profesores universitarios y politécnicos*” (el resaltado me corresponde).

De otro lado, el numeral 1 del artículo 83 de la codificación del derogado RCEPSES de 2021¹¹, respecto de los estímulos establecía que el personal académico titular auxiliar o agregado 1 y 2 que cuente con título de doctor (PhD. o su equivalente), reconocido e inscrito por la SENESCYT con la leyenda de “*Título de Doctor o PhD válido para el ejercicio de la docencia, investigación y gestión en educación superior*”, percibiría la remuneración correspondiente al nivel inmediato superior.

Al efecto, la Disposición Derogatoria Única del RCEPSES dejó expresamente sin efecto “*la Resolución RPC-SO-037-No.265-2012 de 31 de octubre de 2012 y reconsiderada mediante Resolución RPC-SO-038-No.266-2012 de 07 de noviembre de 2012*”, que contenía el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior y sus posteriores reformas, así como “*todas las normas de igual o inferior jerarquía contrarias al contenido del presente Reglamento*”.

Finalmente, la Disposición General Quinta del RCEPSES dispuso a las UEP garantizar los derechos adquiridos por el personal académico de su institución; en concordancia, la Disposición Transitoria Octava ibídem que impide la reducción de la remuneración del personal académico titular que a la fecha de actualización de las escalas remunerativas “*perciba una remuneración mensual unificada superior a la escala que se establezca en la normativa interna de cada universidad o escuela politécnica, para las distintas categorías, niveles y*

¹⁰ LOES, Art. 147. - “*Personal académico de las universidades y escuelas politécnicas. - El personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por profesores o profesoras e investigadores o investigadoras*”.

¹¹ RCEPSES de 2021, contenido en la codificación de 26 de febrero de 2021 de la Resolución No. RPC-SO-037-No. 265-2012 y sus múltiples reformas, derogado por la Disposición Derogatoria Única del RCEPSES.



grados escalafonarios”, quienes mantendrán su remuneración actual; aclarando finalmente que “Cuando el personal académico titular ascienda de categoría, se promocióne, revalorice o recategorice y de acuerdo a la escala remunerativa vigente le corresponda una remuneración inferior a la que percibe, ésta no será disminuida”.

De lo manifestado se desprende que: *i) la CRE y la LOES reconocen a las IES autonomía, que incluye la libertad de expedir sus estatutos y gestionar sus procesos internos; ii) el personal académico de las IES públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio; iii) el Reglamento de Carrera Docente y Escalafón de las UEP debe establecer un proceso de transición para la aplicación plena de las normas sobre dedicación, escalafón y remuneraciones del personal académico; iv) en el marco de la evaluación periódica integral de las IES, el derogado RCEPISES del 2021 establecía los estímulos académicos y económicos del personal académico, que actualmente se encuentran regulados en el vigente RCEPASES; y, v) en el régimen de transición del RCEPISES al RCEPASES correspondía a las UEP garantizar los derechos adquiridos por el personal académico de su institución, entre estos, la no reducción de la remuneración del personal académico titular que a la fecha de actualización de las escalas remunerativas perciba una remuneración superior a la escala que se establezca en su normativa interna.*

2.2. Los estímulos económicos para el personal académico según el RCEPASES y vigencia de la actualización de la tabla de remuneraciones de las IES. -

Acorde al artículo 2 del RCEPASES, su objeto es regular *“los aspectos relacionados a la carrera y escalafón del personal académico, personal de apoyo académico y autoridades académicas”*. En el caso de las IES públicas, conforme el inciso segundo *ibídem*, ese reglamento *“regula la carrera, el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación del personal académico, del personal de apoyo académico y autoridades académicas”* (el resaltado me corresponde).

El primer inciso del artículo 3 del RCEPASES señala que el personal académico se conforma por profesores e investigadores; y, el artículo 4 *ibídem* los clasifica en titulares, ocasionales, invitados, honorarios y eméritos. En relación a los **titulares** señala que son quienes *“ingresan a la carrera y escalafón del profesor e investigador del sistema de educación superior, mediante concurso público de merecimientos y oposición y se categorizan en auxiliares, agregados y principales”*. En el inciso cuarto, refiere que *“La condición de titular garantiza la estabilidad laboral de conformidad con la ley”* (el resaltado me corresponde).

En cuanto al Escalafón y las Escalas Remunerativas, el artículo 57 del RCEPASES señala que se observará el principio de autonomía responsable que asegure la sostenibilidad financiera del SES, *“a fin de que los recursos destinados a las remuneraciones del personal académico sean concordantes con los recursos disponibles de las universidades y escuelas politécnicas”*, según el marco legal vigente, la realidad del país y las características de cada



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR
UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO
013490-2022

00729
Página. 8

institución de educación superior; y agrega que “*El Órgano Colegiado Superior y las máximas autoridades de cada institución serán responsables del cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo*”.

En este sentido, el artículo 58 del RCEPASES prevé que el sistema de escalafón promueve la excelencia académica “*mediante el reconocimiento y estímulo de los méritos del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas fijando las categorías, niveles y grados escalafonarios de la carrera académica*”. El artículo 62 ibídem, por su parte, define al grado escalafonario como “*el puesto que en función de la categoría y nivel ocupa el personal académico en el escalafón y que determina la remuneración*”, el mismo que no podrá ser dividido en sub grados (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 64 del RCEPASES prevé que las remuneraciones del personal académico “*las fijará el órgano colegiado superior de la universidad o escuela politécnica, en sus reglamentos de escalafón docente*”; y, el artículo 65 ibídem contempla el cálculo de las mismas¹². En cuanto a las escalas remunerativas mínimas y máximas del personal académico titular de las IES públicas fijadas por el CES, el artículo 69 del RCEPASES determina que corresponden a los mínimos y máximos dentro de “*la tabla de escala remunerativa interna de cada universidad y escuela politécnica*” (el resaltado me corresponde).

En cuanto a los estímulos al personal académico para la investigación, la letra f) del artículo 89 del RCEPASES, objeto de las consultas, prevé:

“Art. 89. Estímulos para la investigación.- Tendrá derecho a recibir estímulos para la investigación, el personal académico que participe en:

(...)

¹² RCEPASES, “*Art. 65.- Cálculo de las remuneraciones del personal académico titular.- Las remuneraciones del personal académico titular del grado k (k=1, 2, 3, ..., 8) de las universidades y escuelas politécnicas (ak), se calcularán mediante una progresión geométrica de 10 términos p1, p2, ..., p10, de modo que a1=p1, a2=p2, a3=p4, a4=p5, a5=p6, a6=p8, a7=p9, y a8=p10. La progresión geométrica tiene la razón r calculada de modo que a1 y a8 correspondan a las remuneraciones que establezca la IES para el personal académico del grado 1 y del grado 8, respectivamente.*

(...) Si no se puede aplicar esta fórmula porque una universidad o escuela politécnica no cuenta con personal académico titular principal 3, para determinar la razón r se hará un cálculo similar teniendo en cuenta la remuneración establecida para el personal académico titular en el grado más alto en el cual la universidad o escuela politécnica efectivamente cuente con personal académico titular. Así:

Si el grado más alto es 7, como $a7=p9 = a1*r8$, $r = \text{raíz octava de } (a7/a1)$.

Si el grado más alto es 6, como $a6=p8 = a1*r7$, $r = \text{raíz séptima de } (a6/a1)$.

Si el grado más alto es 5, como $a5=p6 = a1*r5$, $r = \text{raíz quinta de } (a5/a1)$.

Si el grado más alto es 4, como $a4=p5 = a1*r4$, $r = \text{raíz cuarta de } (a4/a1)$.

Si el grado más alto es 3, como $a3=p4 = a1*r3$, $r = \text{raíz cúbica de } (a3/a1)$.

Con el valor de r obtenido se calcularán los valores de las remuneraciones del personal académico de los 8 grados, según se indica en la siguiente tabla: (...)

Si los valores así obtenidos resultan inferiores a los mínimos establecidos en la tabla y fórmula fijada por el Consejo de Educación Superior, para un determinado grado, se aplicará el indicado valor mínimo.

Si los valores así obtenidos resultan superiores a los máximos establecidos por el CES para un determinado grado, se fijarán nuevos valores para a1 y a8 (o a7, a6, a5, a4 o a3, según corresponda) y se volverá a calcular r y los valores de las remuneraciones del personal académico”.



f) **Personal académico titular auxiliar o agregado que cuente con título de doctor (PhD o su equivalente), reconocido e inscrito** por el Órgano Rector de la Política Pública de Educación Superior con la leyenda de 'Título de Doctor o PhD válido para el ejercicio de la docencia, investigación y gestión en educación superior'. En este caso **el estímulo consistirá en multiplicar** por una única vez y se mantendrá durante el tiempo que permanezca en la categoría, nivel y grado en el que se encontraba cuando obtuvo el título, **la remuneración que corresponde a su grado escalafonario por el factor r establecido por la IES en aplicación del artículo 65 respecto al cálculo de las remuneraciones del personal académico titular**" (el resaltado me corresponde).

Para el efecto, la Disposición Transitoria Décima Sexta del RCEPASES otorgó el plazo de 120 días contados a partir de su vigencia para que las UEP actualicen su Reglamento interno de escalafón docente y la tabla de remuneraciones "con base en el presente Reglamento y la resolución que expida el Consejo de Educación Superior dispuesta en el artículo 65".

En consonancia, la Resolución No. 057-2021, que aprobó la tabla de escalas remunerativas referenciales mínimas y máximas del personal académico de las UEP, en su artículo 2 aprobó "el método de cálculo para establecer las escalas remunerativas del personal académico titular" de las UEP, en cuyo inciso segundo señala que los valores a_1 y a_8 los fija cada UEP conforme a lo establecido en el RCEPASES; dispone además que "El factor r es igual a la raíz novena de a_8/a_1 . Los demás valores a_n se calcularán con las fórmulas que constan en la última columna de la tabla 2 de este artículo". Adicionalmente, los incisos penúltimo y final del citado artículo 2 prevén:

"En todo caso se deberá verificar que los valores de a_1 y a_8 fijados y que los demás valores a_n obtenidos, no sean inferiores a los valores mínimos, ni superiores a los valores máximos establecidos en la tabla 1 de esta Resolución. Cuando el valor de un a_n sea inferior al mínimo o superior al máximo permitido, se deberá reajustar con el valor mínimo o máximo de la referida tabla 1, que corresponda.

Los valores a_1 y a_8 podrán variar en función de la disponibilidad presupuestaria y el cumplimiento de lo establecido en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior" (el resaltado me corresponde).

Por su parte, resulta pertinente considerar que tanto en el numeral 1 del artículo 18 del CC como en el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³ (en adelante LOGJCC) concuerdan en que "Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal".

De lo manifestado se desprende que: *i)* el RCEPASES regula la carrera y escalafón del personal académico de las IES públicas y los estímulos académicos y financieros que les corresponde; *ii)* corresponde al órgano colegiado superior de las UEP fijar las remuneraciones del personal académico en sus reglamentos internos de escalafón docente y tablas de escala

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR
UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO
013490-2022

00729 *Página. 10*

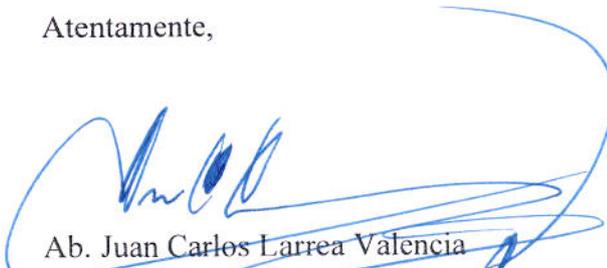
remunerativa, que no podrán ser menores ni mayores a las fijadas por el CES en el artículo 65 del RCEPASES y los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 057-2021; *iii)* el estímulo previsto en la letra f) del artículo 89 del RCEPASES no constituye remuneración; según dicha norma, para el cálculo del estímulo se considera como base “*la remuneración que corresponde a su grado escalafonario por el factor r establecido por la IES en aplicación del artículo 65 respecto al cálculo de las remuneraciones del personal académico titular*”; y, *iv)* conforme la regla prevista en el numeral 1 del artículo 18 del CC y el numeral 7 del artículo 3 de la LOGJCC, cuando la norma es clara se debe atender a su tenor.

3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, de conformidad con lo previsto en la letra f) del artículo 89 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior, la base de cálculo para la aplicación de los estímulos para la investigación al personal académico titular auxiliar o agregado, que cuente con título de doctor o su equivalente, es la remuneración que corresponde al grado escalafonario vigente, en aplicación del artículo 65 ibídem y los artículos 1 y 2 de la Resolución RPC-SE-20-No.057-2021, sin perjuicio de la remuneración que a esa fecha perciba el profesor o investigador por sus derechos adquiridos previamente.

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

Atentamente,


Ab. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Erik Pablo Beltrán Ayala
Presidente del Consejo de Educación Superior

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:

