

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Mayo 2023

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de mayo 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	4-may-23	MUNICIPIO DE QUITO DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN DE SANCIONES	4
2	4-may-23	UNIVERSIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS - ESPE CONTRATACIÓN OCASIONAL DE PERSONAL NO DOCENTE EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR	15
4	5-may-23	PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA EJERCICIO DE COMPETENCIAS	23
3	9-may-23	CORPORACIÓN DEL SEGURO DE DEPÓSITOS, FONDO DE LIQUIDEZ Y FONDO DE SEGUROS PRIVADOS - COSEDE ORDEN DE PRELACIÓN DE PAGOS DE LA LIQUIDACIÓN FORZOSA	29
5	9-may-23	MUNICIPIO DE PALENQUE APLICACIÓN RETROACTIVA DE RESOLUCIÓN DE PAGO A FISCALIZADORES	39
6	10-may-23	CONSEJO DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR CONTRATO CIVIL DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA DOCENTES DE LAS IES	53
7	11-may-23	MUNICIPIO DE LA LIBERTAD ÍNFIMA CUANTÍA	63
8	24-may-23	EMPRESA COORDINADORA DE EMPRESAS PÚBLICAS - EMCO EP LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS	73
9	24-may-23	AUSTROGAS AUTORIZACIÓN DE INMOBILIARIA PARA COMPRA DE INMUEBLE	82

Oficio No. 01970

Quito, D.M, 04 MAY 2023

Doctor
Santiago Mauricio Guarderas Izquierdo
ALCALDE METROPOLITANO
MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO
Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio Nro. GADDMQ-AM-2023-0281-OF, de 27 de febrero de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Conforme lo dispuesto en los Artículos 245, 246 y 247 del Código Orgánico Administrativo y el Artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, los órganos competentes, pueden declarar de oficio la prescripción de la sanción administrativa, una vez que ha transcurrido el tiempo señalado en la ley?

2. En caso de que exista la facultad de la Administración Pública para declarar de oficio la prescripción de la sanción administrativa, ¿quién sería el órgano competente para ello?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nros. 01258 y 01259 de 10 de marzo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante AME) y a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio Nro. 01479 de 27 de marzo de 2023 este organismo insistió en ese pedido a la AME.

1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos: *i)* por el Director Nacional Jurídico de la CGE, mediante oficio Nro. 00110-DNJ-2023 de 20 de marzo de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día; y, *ii)* por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado, de la AME, a través de oficio Nro. AME-DNAJ-2023-045 de 5 de abril de 2023, recibido en este organismo al día siguiente.



1.3. La consulta refirió como antecedente que la Agencia Metropolitana de Control (en adelante AMC), cuya estructura orgánica interna consta regulada por la Resolución de Alcaldía Nro. A 002, es un organismo desconcentrado pero adscrito a la Alcaldía del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que ejerce las potestades de inspección, instrucción, resolución y ejecución en los procedimientos administrativos sancionadores, de conformidad con el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito¹ (en adelante *CMDMQ*).

Adicionalmente, menciona los informes jurídicos que sobre la materia de la consulta han realizado el Director de Asesoría Jurídica de la AMC y el Procurador Metropolitano, en memorando Nro. GADDMQ-AMC-DAJ-2022-0801-M de 10 de noviembre de 2022 y oficio Nro. GADDMQ-PM-2023-0541-O de 10 de febrero de 2023, respectivamente.

1.4. El informe jurídico de la AMC citó los artículos 11 numerales 3, 4, 5 y 9, 66 numeral 25, 76 numeral 1, 82, 226, 227, 237 numeral 3, 253 y 254 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante *CRE*); 2, 5, 22, 31, 244, 245, 246, 247 y 248 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante *COA*); 293, reformado del Código Tributario⁴ (en adelante *CT*); 4 y 10 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito⁵ (en adelante *LRDMQ*); 313 y 314 del *CMDMQ*; y, 25 de la Resolución de Alcaldía de Quito Nro. A 002, que establece la Estructura Orgánica Interna de la AMC. Adicionalmente, citó doctrina y jurisprudencia comparada⁶ y nacional⁷, en base a lo cual manifestó:

“De las normas citadas, se colige que, **el COA no establece si la prescripción pueda ser declarada de oficio o exija que, únicamente, pueda ser declarada a solicitud del interesado.** (El énfasis corresponde al texto citado).

(...)

Criterio jurídico:

¹ *CMDMQ*, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial Nro. 615 de 21 de noviembre del 2022.

² *CRE*, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

³ *COA*, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 31 de 7 de julio de 2017.

⁴ *CT*, publicado en el Registro Oficial S. 38 de 14 de junio de 2005.

⁵ *LRDMQ*, publicada en el Registro Oficial 345 de 27 de diciembre de 1993.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, sentencia STS 8445/2012- ECLI:ES:TS:2012:8445 de 20 de diciembre de 2012:

“Con uno u otro fundamento lo cierto es que **el legislador considera preferible** o bien que no sean sancionadas ciertas conductas antijurídicas una vez que ha transcurrido “demasiado” tiempo desde su comisión (prescripción de las infracciones), o bien que la tardanza ‘excesiva’ en ejecutar las sanciones ya impuestas, sobrepasado un plazo determinado, se traduzca en su definitiva extinción (prescripción de las sanciones). En este último caso, los sancionados conocen de antemano, **por virtud de la previsión legal**, durante cuánto tiempo permite la Ley que las sanciones impuestas y dotadas de ‘firmeza’ puedan ser ejecutadas por la Administración”. (El resaltado me corresponde)

⁷ Sentencia de 17 de julio de 1979, Casación Recurso Nro. 34-34, propuesto por “Cervecería y Maltería La Victoria S.A.”, dentro del juicio de prescripción que dicha empresa sostuvo contra la Dirección General de Rentas (R.O. 14 de 30 de agosto de 1979): “Para los fines señalados en el Art. 293 del Código Tributario, publíquese en el Registro Oficial como jurisprudencia de aplicación obligatoria **mientras por Ley no se disponga lo contrario**, la siguiente resolución: 1) La prescripción en derecho tributario es de orden público y debe declararse aún de oficio tanto por la Administración Tributaria como por el Tribunal Fiscal, cuando ha transcurrido el plazo señalado por la Ley para el efecto, salvo cuando se encuentre discutiendo a nivel administrativo o jurisdiccional la determinación de la obligación tributaria oportunamente efectuada por la Administración y notificada al contribuyente”(El resaltado me corresponde). Al respecto se observa que el inciso final del artículo 55 del CT, en actual vigencia, dice: “La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, el juez o **autoridad administrativa no podrá declararla de oficio** (El resaltado me corresponde).

01970

MUNICIPIO DE QUITO
0001303-2023
Página. 3

Con lo analizado en este documento se concluye que, en el procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos de sanción, puede operar la denominada ‘prescripción de la sanción’.

Esta figura, opera por el transcurso del tiempo y la inactividad de la Administración en el procedimiento de ejecución, en el ejercicio de una potestad pública.

En el procedimiento sancionador, la potestad y competencia, tienen un límite de tiempo para su ejercicio establecido en la ley; si ese tiempo transcurrió, opera la prescripción de la sanción que extingue la posibilidad de la Administración Pública de ejercer el procedimiento de ejecución forzosa del acto administrativo.

Si se emitieran actos administrativos o realizaren cualquier tipo de actuaciones administrativas, a pesar de haber operado la prescripción, los mismos serían nulos, se vulneraría al principio de legalidad y la seguridad jurídica, puesto que los errores u omisiones de la Administración, no pueden afectar los derechos de las personas.

(...)

En este sentido, **se razona que los procedimientos que están en etapa de ejecución y que por el transcurso del tiempo establecido en los artículos 245, 246 y 247 del Código Orgánico Administrativo, haya operado la prescripción de la sanción, si sería posible declarar la misma de oficio**, con base en los mandatos constitucionales y legales, la doctrina especializada y la jurisprudencia comparada y nacional”. (El énfasis corresponde al texto citado).

1.5. Sobre la base de la normativa invocada por la AMC, el informe jurídico del Procurador Metropolitano, en sus acápites “*III. ANÁLISIS*” y “*IV. CRITERIO JURÍDICO INSTITUCIONAL*”, manifestó y concluyó lo siguiente:

“Para iniciar este análisis es importante enfatizar el hecho de que, en los procedimientos administrativos en general, se reconocen las figuras de caducidad y prescripción, como una suerte de garantías del debido proceso hacia los administrados, por las cuales se establecen plazos para el ejercicio de la actividad administrativa, más aun (sic) cuando hacemos alusión a los procedimientos administrativos sancionadores, ya que se encuentra de por medio la potestad de interponer un detrimento a la esfera del administrado.

(...)

El caso referido por la Agencia Metropolitana de Control, se trata de la prescripción de la sanción, que no implica la inexistencia de la infracción como tal, sino la pérdida de competencia de la Administración Pública para ejecutar la misma, situación que busca respaldar el principio de seguridad jurídica.

Así las cosas, respecto de la sanción interpuesta dentro de un procedimiento administrativo, tenemos que esta, como todo acto administrativo, goza de la presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad, entendiéndose este como eficaz y por ello, apto para producir efectos jurídicos una vez que ha sido notificado, para de esta manera propender a la satisfacción del interés público.



De acuerdo con la doctrina, el cumplimiento del acto administrativo, es una obligación de los administrados como parte del respeto al ordenamiento jurídico; así como también, puede corresponder el cumplimiento de dicho acto, netamente a la Administración, inclusive a través de la ejecución forzosa, cuando así la norma lo faculta; sin embargo, para la ejecutoriedad del acto, se requiere que este sea eficaz (...).

Por lo tanto, para el caso concreto de análisis, se puede deducir que, a pesar de que el ordenamiento jurídico determine la aplicación de la prescripción de una sanción impuesta, por el transcurso del tiempo como consecuencia de la inacción de la Administración Pública, este acto administrativo continúa siendo válido; sin embargo, se ha vuelto inejecutable; y, por lo tanto, ya no podrá generar los efectos jurídicos deseados. (...)

3.2. Formas de ejecutar la prescripción de la sanción administrativa:

A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, en la que se reconoce la posibilidad de que esta sea declarada de oficio o a petición de parte, el Código Orgánico Administrativo destina pocas de sus disposiciones al tratamiento de la prescripción de la sanción administrativa, sin establecer de manera clara el mecanismo de su exigencia; es decir, si esta operará de oficio, como consecuencia de los principios de eficiencia y seguridad jurídica que se demanda a la Administración Pública, o solamente a petición de parte, considerando la afectación de la que puede ser objeto en su esfera subjetiva, el administrado; para de esta manera, desvirtuar la eficacia, ejecutividad, ejecutoriedad de dicho acto administrativo, antes de que genere los efectos jurídicos.

(...)

IV. CRITERIO JURÍDICO INSTITUCIONAL:

(...)

Por lo tanto, de existir la posibilidad de que la Administración Pública declare de una vez prescritas las sanciones de oficio debido al transcurso del tiempo, propiciaría la optimización de tiempo y recursos; sin que esto obste además a que incluso, se pueda realizar una declaración general o masiva de sanciones prescritas.

En consideración a los fundamentos antes expuestos, esta Procuraduría Metropolitana acoge el pronunciamiento jurídico emitido por la Agencia Metropolitana de Control, reconociendo que las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, relativas a la prescripción de la sanción, no son suficientemente claras para determinar si esta puede ser declarada de oficio o solamente a petición de parte interesada; razón por la cual, emite su criterio manifestando que, bajo los preceptos garantistas reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y los principios recogidos en el Código Orgánico Administrativo, especialmente los de buena administración, calidad y eficiencia administrativa, **existiría la posibilidad de que, con el propósito de garantizar la seguridad jurídica y confianza legítima, de los ciudadanos, la Administración Pública se encuentre facultada para declarar de oficio la prescripción de la sanción emitida como consecuencia de un procedimiento administrativo sancionador ya que, a pesar de que el acto mantenga sus características de legitimidad y eficacia, este se ha tornado inejecutable e inexecutable, como consecuencia de la inacción durante el transcurso del tiempo previsto en los artículos 245 y 246 del COA. (Énfasis añadido)**

01970

MUNICIPIO DE QUITO
0001303-2023
Página. 5

Por lo tanto, no debería ser necesario e indispensable que el administrado-beneficiario de esta prescripción alegue la misma, para impedir la ejecución de un acto administrativo que ha perdido sus efectos; sino que, para garantizar el ejercicio del derecho a la buena Administración Pública, podría ser esta quien reconozca su omisión y a través de una resolución administrativa declare e incluso imposibilite el intento de la ejecución del acto administrativo sancionador; siendo este, el mismo efecto que se pretende, en el caso de que exista solicitud expresa de parte interesada. (Énfasis añadido).

1.6. Por su parte, la CGE, cuyo criterio institucional fue requerido en virtud de la posible afectación a los recursos públicos que podrían dejar de cobrarse, expuso un criterio jurídico abstentivo, considerando que las consultas planteadas tratan sobre la aplicación del COA, y manifestó que: *“De conformidad con el artículo 212 numeral 4 ibidem, compete a la Contraloría General del Estado ‘Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite’, facultad que está limitada al ámbito de su competencia, esto es, en materia de control y auditoría de los recursos públicos”*.

1.7. Finalmente la AME, con relación a la prescripción extintiva que regula el Código Civil⁸ (en adelante CC), citó su artículo 11 que permite la renuncia de derechos que solo afecten al renunciante, así como doctrina del Dr. Juan Larrea Holguín, con fundamento en lo cual manifestó:

“Si aplicamos el comentario en cita al objeto materia de la consulta, resultaría que la administración (sic) al reconocer el derecho de sustanciar el procedimiento administrativo y ejecutar una sanción por mandato legal, pudiera decidir por si y ante si por el transcurso del tiempo declarar la prescripción, desconociendo por tanto su propio derecho contenido en el Código Orgánico Administrativo.

(...) la administración al declarar de oficio la prescripción está renunciando a su derecho de sustanciar un procedimiento y por ende sancionar y procurar su ejecución. (...); lo que difiere en derecho público porque estamos sujetos al tenor literal de la ley por el principio de legalidad previsto en el art. 226 Constitucional”. (Énfasis añadido)

Luego, respecto de la prescripción en el ámbito del Derecho Administrativo acude a doctrinas que la conceptualizan como una institución de naturaleza procesal o sustantiva, según el caso, y se adhiere a la última; y sobre dicha base concluyó:

“(...) la prescripción que en materia administrativa (sic) no es otra cosa que perder el derecho y la competencia para sancionar por parte de la administración, le enerva a declarar la prescripción por cuanto transcurridos los términos y plazos previstos en el COA no tiene competencia para activar por si y ante si ningún procedimiento, por tanto, no es relevante la declaratoria de prescripción sino la pérdida de competencia de la administración para sancionar lo que conlleva a considerar la renuncia del derecho a sancionar y ejercer el ius puniendi; en suma, declare o no la prescripción la administración

⁸ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 46 de 24 de junio de 2005.



no puede proseguir con ningún procedimiento sancionador ni ejecutar sanciones por fuera de los términos y plazos previstos, peor aún emitir providencias o autos procedimentales (sic), hacerlo sería contravenir o violar el derecho a la seguridad jurídica.

En lo atinente a la segunda consulta en mérito a que nuestro criterio principal va en la línea de que la administración por falta de competencia no podría declarar prescripción de oficio, nos releva de emitir criterio alguno". (Énfasis añadido).

1.8. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico de la AME difieren. Así, la municipalidad se refiere a la prescripción de las sanciones administrativas ya impuestas mediante acto administrativo, "*que conserva sus características de legitimidad y eficacia*", y manifiesta que las disposiciones del COA no son claras para determinar si la prescripción puede ser declarada de oficio o solamente a petición del interesado. Añade que de existir la posibilidad de que la Administración Pública declare de oficio la prescripción, debido al transcurso del tiempo y su propia inacción, ello propiciaría la optimización de tiempo y recursos y se podría inclusive realizar una declaración general o masiva de sanciones prescritas.

Por su parte, la AME expone que la administración, por falta de competencia, no podría declarar la prescripción de oficio. Agrega que no es relevante la declaratoria de prescripción sino la pérdida de competencia para sancionar o ejecutar sanciones por fuera de los términos y plazos previstos.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de sus consultas, que se atenderán conjuntamente por tratar sobre la misma materia, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* La relación entre el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica; *ii)* El procedimiento administrativo sancionador y la coactiva; y, *iii)* Sobre la prescripción y cómo opera en los procedimientos administrativos.

2.1. La relación entre el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica.-

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

En este orden de ideas, el artículo 22 del COA, que se refiere a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, establece que las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad, y precisa que la actuación administrativa "*será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado*".

01970

MUNICIPIO DE QUITO
0001303-2023
Página. 7

En tal contexto, se observa que los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante, los *GAD*) integran el sector público, según el artículo 225 numeral 2 de la CRE, y en tal virtud, están incluidos en el ámbito de aplicación del COA, establecido por su artículo 1, que regula el ejercicio de la función administrativa.

Entre los ingresos propios de gestión de los *GAD* constan las multas, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 172 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁹ (en adelante *COOTAD*).

A manera de ejemplo se observa que los artículos 434.1 y 476 del *COOTAD* autorizan a los *GAD* a establecer multas, entre otras sanciones de carácter administrativo, mediante ordenanza.

De lo expuesto se desprende que: *i)* las entidades del sector público, entre ellas los *GAD* se rigen por el principio de legalidad; *ii)* el ejercicio de la función administrativa se sujeta al COA; y, *iii)* las multas, que se imponen para sancionar infracciones administrativas, son ingresos propios de gestión de los *GAD*.

2.2. El procedimiento administrativo sancionador y la coactiva. -

Tanto el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas como el de ejecución coactiva no tributaria, para la recaudación de créditos, entre ellos los provenientes de sanciones administrativas pecuniarias, son de carácter especial y se rigen por el COA, de conformidad con sus artículos 42, numerales 7 y 9, y 134.

En ambos casos, el impulso del procedimiento y la carga de la prueba corresponden a la administración, según los artículos 139, primer inciso y 195, segundo inciso del COA. Dicho código diferencia la caducidad y la prescripción; así, la falta de resolución oportuna de la administración da lugar a la caducidad de la potestad sancionadora y el archivo del procedimiento sancionador, de acuerdo con los artículos 208, segundo inciso y 244 del COA. No obstante, el mencionado artículo 244 prevé que, pese a la caducidad, la administración puede iniciar un nuevo procedimiento “*mientras no opere la prescripción*”.

Al respecto, es oportuno considerar que de acuerdo con el tercer inciso del artículo 261 del COA “*El ejercicio de la potestad de ejecución coactiva una vez que se ha declarado prescrito, acarreará la baja del título de crédito*” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el penúltimo inciso del artículo 218 del COA dispone que: “*El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía*”.

Por su parte, el artículo 340 del *COOTAD* en su segundo inciso autoriza la baja de títulos incobrables, y prevé el ejercicio de la acción coactiva señalando que, especialmente para

⁹ *COOTAD*, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 303, de 19 de octubre 2010.



grupos de atención prioritaria, se implementen instancias de negociación y mediación. Sobre la aplicación del artículo 340 del COOTAD, cuyo texto conserva vigencia, en pronunciamiento contenido en oficio Nro. 03604 de 8 de septiembre de 2011, esta Procuraduría concluyó:

“Es pertinente considerar que el artículo 350 del COOTAD, confiere la potestad coactiva para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a favor de los gobiernos cantonales, y dispone que se ejercerá por los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores. (...)

El COOTAD, no contiene disposiciones relativas a la baja de títulos de crédito por concepto de contribución especial de mejoras, salvo el caso de la baja de créditos incobrables, que en el inciso segundo del artículo 340 del referido Código Orgánico dispone: ‘La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados’.

Por tanto, previa la autorización del Alcalde del Cantón Azogues, la autoridad financiera municipal podría dar de baja los créditos incobrables, especialmente de los grupos de atención prioritaria, una vez que se haya agotado el ejercicio de la acción coactiva para el cobro de la contribución especial de mejoras por las obras ejecutadas en ese Cantón”.

De lo manifestado se aprecia que: *i)* corresponde a la administración el impulso de los procedimientos administrativos sancionador y de coactiva; *ii)* en caso de que no exista cumplimiento voluntario por el deudor, el procedimiento coactivo permite cobrar los valores provenientes de las infracciones pecuniarias establecidas en actos firmes; *iii)* la prescripción requiere ser declarada y da lugar a la baja del título de crédito; *iv)* la baja de títulos incobrables procede una vez que se haya agotado el ejercicio de la coactiva; y, *v)* en forma previa al ejercicio de la coactiva, los GAD deben implementar instancias de negociación y mediación, especialmente para grupos de atención prioritaria, que deben regularse a fin de armonizar con los plazos de prescripción de las acciones de cobro.

Lo expuesto hace necesario examinar las normas que regulan la prescripción en los procedimientos administrativos sujetos al COA y especialmente la prescripción de la acción de cobro coactivo.

2.3. Sobre la prescripción y cómo opera en los procedimientos administrativos. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 2392 del CC, la *“Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*. Según el artículo 2393 del citado Código, *“El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio”* (el resaltado me corresponde).



01970

MUNICIPIO DE QUITO
0001303-2023
Página. 9

El inciso final del artículo 55 del CT tiene similar tenor al artículo 2393 del CC, previamente transcrito, pues dispone que: ***“La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio”*** (Énfasis me corresponde). Adicionalmente, el artículo 37 ibídem determina que la obligación tributaria se extingue, en todo o en parte, por cualesquiera de los siguientes modos: *“1. Solución o pago; 2. Compensación; 3. Confusión; 4. Remisión; 5. Prescripción de la acción de cobro; y, 6. Por transacción”*.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamientos contenidos en oficios Nros. 10028 de 3 de octubre de 2012, 08588 de 2 de julio de 2012, 06055 de 23 de enero de 2012, 17789 de 7 de diciembre de 2010 y 15330 de 16 de julio de 2010, referidos a la prescripción de la acción de cobro de créditos tributarios, esta Procuraduría ha concluido en forma reiterada que la prescripción solo puede ser declarada siempre que se alegue en forma expresa por quien quiera beneficiarse de ella. Adicionalmente, en pronunciamiento contenido en oficio Nro. 14825 de 25 de septiembre de 2013 se concluyó: que *“igual criterio es aplicable respecto de la acción para el cobro de créditos de naturaleza no tributaria, sobre la base del artículo 2393 del Código Civil”*.

Con posterioridad a dichos pronunciamientos se promulgó el COA, cuyos artículos 245 y 246 establecen, en su orden, los plazos de prescripción de la potestad sancionadora, en función de la gravedad de la respectiva infracción, así como los plazos para la prescripción de las sanciones *“por el transcurso del tiempo desde que el acto administrativo ha causado estado”*.

El artículo 247 ibídem reitera que el plazo de prescripción comienza a contarse desde el día siguiente a aquel en que el acto administrativo ha causado estado y se interrumpe por el inicio del procedimiento de ejecución de la sanción, lo que guarda armonía con el deber de la administración de impulsar los procedimientos sancionatorio y de ejecución coactiva, conforme se examinó en el acápite anterior.

En el contexto del ejercicio de la potestad coactiva, el artículo 266 del COA establece cuáles son las fuentes de las que provienen los derechos de crédito de los que la administración pública es titular, y entre ellos incluye, en sus numerales 1 y 4, por ejemplo, al *“Acto administrativo cuya eficacia no se encuentra suspendida de conformidad con este Código”* y a los *“Catastros, asientos contables y cualquier otro registro de similar naturaleza”*.

Luego, el inciso primero del artículo 267 del COA precisa que las obligaciones determinadas y actualmente exigibles autorizan a la administración pública a ejercer su potestad de ejecución coactiva; y su último inciso, como garantía jurídica en beneficio del deudor, prevé que: ***“el deudor podrá solicitar dentro del procedimiento administrativo la extinción total o parcial de la obligación”*** (el resaltado me corresponde).



Adicionalmente, los artículos 272 y 278 numeral 2 del COA concuerdan en disponer la suspensión del procedimiento coactivo o su inicio, como efecto de la solicitud de facilidades de pago que el deudor hubiere presentado. Así también, el inciso final del mencionado artículo 272 del COA prevé que el órgano ejecutor puede suspender el procedimiento de ejecución coactiva por disposición judicial, en armonía con lo previsto por el artículo 316 del COGEP.

De lo expuesto se aprecia que: *i)* la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones, que se interrumpe por el inicio del procedimiento de ejecución, cuyo impulso corresponde a la administración pública acreedora; *ii)* tanto el CC como el CT concuerdan al establecer que corresponde al deudor alegar expresamente la prescripción como modo de extinguir total o parcialmente su obligación. Concordante, el artículo 267 del COA, en el contexto del procedimiento de ejecución coactiva, le faculta al deudor a solicitar la extinción total o parcial de la obligación; *iii)* el CT expresamente prohíbe a la autoridad administrativa declarar la prescripción de oficio. El COA prevé en forma expresa que la prescripción se debe declarar y no confiere competencia a la administración para efectuar tal declaración de oficio, lo que guarda armonía con las reglas que en idéntico sentido establecen en forma concordante el CC y el CT, en las que se fundamentó el pronunciamiento previo de este organismo, contenido en oficio Nro. 14825 de 25 de septiembre de 2013, que concluyó que la prescripción puede ser declarada siempre que se alegue en forma expresa por quien quiera beneficiarse de ella; *iv)* la declaración de prescripción da lugar a la baja del título que contiene la obligación, según prevé el COA que además regula en forma expresa los casos en que ese procedimiento se suspende; y, *v)* compete a la administración acreedora examinar las condiciones de su cartera y establecer los criterios que la tornen incobrable, así como considerar la situación de sus deudores, especialmente de los grupos de atención prioritaria, para adoptar en ejercicio de sus competencias, las medidas que técnica y jurídicamente sean oportunas.

3. Pronunciamiento. -

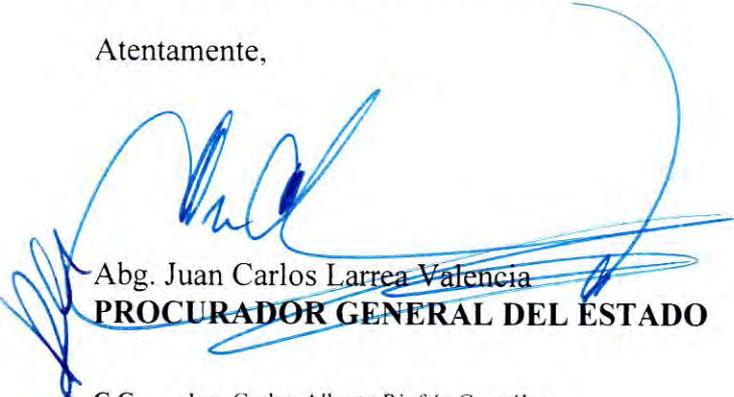
En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, los artículos 245, 246 y 247 del Código Orgánico Administrativo establecen los plazos en que opera la prescripción, el momento desde el que comienza a decurrir el plazo y su suspensión, en tanto que, el artículo 267 *ibídem*, faculta al deudor a solicitar la extinción de sus obligaciones, pero no existe norma en ese código que confiera a la administración pública competencia para declarar de oficio la prescripción de sanciones administrativas. En tal virtud, no es necesario atender su segunda consulta.

01970

MUNICIPIO DE QUITO
0001303-2023
Página. 11

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Carlos Alberto Riofrio González
Contralor General del Estado, subrogante

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

Oficio N° 01966

Quito, DM., 04 MAY 2023

Coronel de C.S.M.
Víctor Emilio Villavicencio Álvarez, PhD,
RECTOR,
UNIVERSIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS - ESPE
Presente.-

De mi consideración:

Con relación al oficio Nro. ESPE-REC-2023-0197-O de 4 de abril de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, por el que, respecto al pronunciamiento de este organismo contenido en el oficio Nro. 01450 de 21 de marzo de 2023, solicita su reconsideración “*ampliando el mismo*” en el siguiente sentido:

“Tomando como base la supremacía de la constitución y la garantía de la autonomía responsable a nivel académico, administrativo, financiero y orgánico con la que cuentan las universidades y escuelas politécnicas, y con el objetivo de dar continuidad a los procesos de contratación de personal administrativo, ¿no se debería requerir de la autorización del Ministerio de Trabajo?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficios Nros. 01649 y 01780 de 5 y 18 de abril de 2023, este organismo solicitó e insistió se remita el criterio jurídico del Coordinador Jurídico de la Universidad de las Fuerzas Armadas (en adelante “*ESPE*”) con relación al pedido de reconsideración, de acuerdo con lo previsto en los artículos artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹ y 10 de la Resolución Nro. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por la Procuraduría General del Estado².

El requerimiento formulado por este organismo fue atendido mediante oficio Nro. ESPE-REC-2023-0240-O de 20 de abril de 2023, ingresado al día siguiente, al que acompañó el informe del Coordinador Jurídico de la ESPE, inserto en el memorando Nro. ESPE-UAJR-2023-0357-M de 20 de abril de 2023.

1.2. La consulta inicialmente formulada a este organismo mediante oficio Nro. ESPE-REC-2022-0765-O de 21 de diciembre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del

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

² Resolución No. 24, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.



Estado al día siguiente, se refirió a la aplicación del Decreto Ejecutivo Nro. 457³ que contiene los Lineamientos para la Optimización del Gasto Público, respecto de la contratación ocasional de personal, según se desprende de su tenor:

“¿La Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE se encuentra dentro del ámbito de aplicación previsto en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 457, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87, de 20 de junio de 2022, que contiene los Lineamientos para la Optimización del Gasto Público, y por lo tanto, requiere autorización del Ministerio del Trabajo para suscribir contratos de servicios ocasionales, según el artículo 13 del referido Decreto Ejecutivo?”.

En el numeral 1.3. del oficio de consulta se manifestó que mediante oficio Nro. ESPE-REC-2022-0434-O de 18 de julio de 2022, se presentaron varias consultas al Ministerio del Trabajo (en adelante “MDT”), respecto de la aplicabilidad del Decreto Ejecutivo Nro. 457, entre ellas la siguiente:

“2.- Si a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo 457, la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE en función de la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica que le asiste, ¿debe contar con autorización del MDT para suscribir contratos de servicios ocasionales?” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, se expuso que la Subsecretaria Institucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT atendieron sus consultas mediante oficio Nro. MDT-SISPTE-2022-0545-O de 25 de julio de 2022, en el que se concluyó:

“Atendiendo los términos de sus dos primeras consultas, es necesario indicar, que si bien, por efectos de los artículos 355 de la Constitución de la República del Ecuador y 17 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las universidades poseen autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica; el Decreto Ejecutivo Nro. 457, ha establecido que su ámbito de aplicación será de carácter obligatorio para el sector público, incluidas las empresas públicas, excepcionando únicamente a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. Lo cual, evidencia claramente que las universidades públicas, pese a la autonomía que les asiste, al estar inmersas en el ámbito de aplicación del Decreto Ejecutivo en cuestión, deben ceñirse a las disposiciones legales en él inmersas” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el informe jurídico del Coordinador Jurídico de la ESPE, contenido en memorando Nro. ESPE-UAJR-2022-1344-M de 24 de noviembre de 2022, citó los artículos 26, 226, 237, 340, 342, 352, 354, 355 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante “CRE”); 56, 57 y 60 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁵ (en adelante “LOSEP”); 17, 18 y 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior⁶ (en adelante “LOES”); y, 1 del Decreto Ejecutivo Nro. 457, así como los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado contenidos en los oficios Nros. 13839 y 08992 de

³ Decreto Ejecutivo No. 457, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

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

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

⁶ LOES, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 298, 12 de octubre 2010

10 de julio de 2013 y 30 de diciembre de 2016; con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“En este marco, la Constitución de la República del Ecuador dispone que todos quienes prestan sus servicios en el sector público son servidores públicos, sin que para ello sea determinante, la modalidad, cargo, forma o título a que trabajen (Art. 299 CRE), regidos todos en su calidad de servidores públicos por la Ley Orgánica de Servicio Público, como se detalla en su artículo 3; adicionalmente es pertinente resaltar que en razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades los docentes universitarios se regulan en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por las normas específicas. Al efecto, el Consejo de Educación Superior, emitió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en el artículo 2, señala: *‘Para las IES públicas, este 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’*, por consiguiente, la aplicabilidad del decreto en mención supondría coartar la misión y quéhacer (sic) propio de las universidades y escuelas politécnicas”.

1.3. El pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio Nro. 01450 de 21 de marzo de 2023, cuya reconsideración solicita, consideró los antecedentes referidos al momento de formular la consulta a este organismo, entre ellos, la respuesta dirigida por el MDT a la ESPE sobre la aplicación del Decreto Ejecutivo Nro. 457. Con tales antecedentes, el mencionado pronunciamiento concluyó:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 13 del Decreto Ejecutivo No. 457 que contiene los Lineamientos para la Optimización del Gasto Público, **las instituciones de educación superior están incluidas en su ámbito de aplicación, respecto de su personal no académico. Por consiguiente, requieren autorización del Ministerio del Trabajo para suscribir contratos de servicios ocasionales del personal sujeto a la Ley Orgánica del Servicio Público**, en concordancia con lo previsto en los artículos 2 y 7 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2019-375 que contiene las directrices para la optimización del talento humano, en relación con la suscripción de contratos de servicios ocasionales financiados con gasto corriente” (el resaltado me corresponde).

2. El pedido de reconsideración. -

2.1. En lo principal, el pedido de reconsideración reitera los argumentos expuestos en la consulta inicial, relacionados con la autonomía responsable de la que gozan los establecimientos del sistema de educación superior, que fueron desarrollados en el informe jurídico suscrito por el Coordinador Jurídico de la ESPE, contenido en el memorando Nro. ESPE-UAJR-2022-1344-M de 24 de noviembre de 2022, citado en los antecedentes del presente.

Con relación al Decreto Ejecutivo Nro. 457, la ESPE señala que *“no se ha considerado la autonomía responsable de la que gozan las universidades y escuelas politécnicas”*. Así, en el subnumeral 2.3. del pedido de reconsideración se manifiesta que, en virtud del



principio de supremacía constitucional que consta en el artículo 424 de la CRE, “(...) cualquier otra norma de inferior jerarquía que suponga o insinúe disminución o afectación a tal autonomía carecería de eficacia en el ámbito jurídico”, agrega que:

“2.5. Esto evidencia que, las universidades y escuelas politécnicas en ejercicio de su autonomía responsable (garantía constitucional) no requieren de la autorización del Ministerio de Trabajo para la formulación y aprobación de su planificación de talento humano, ni para la creación de puestos (Art. 56 y 57 LOSEP)”.

2.2. El informe jurídico de la ESPE, remitido a pedido de esta Procuraduría, al fundamentar el pedido de reconsideración, además de la normativa citada en el informe jurídico inicial, descrita en el numeral 1.2 del presente, invoca como nuevos fundamentos los artículos 1, 82, 227 y 424 de la CRE, que se refieren, en su orden, al carácter unitario del Estado ecuatoriano, a la seguridad jurídica, a los principios que rigen a la administración pública, y a la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. Sobre dicha base manifiesta y concluye que:

“En este sentido, las normas jurídicas, incluyendo las de inferior jerarquía deben, no solo ser en armonía con las disposiciones, garantías y principios constitucionales, sino que además deben cumplir con las condiciones de previas, claras y públicas, de tal forma que permita que las autoridades competentes puedan aplicarlas sin cuestionamiento alguno.

(...)

Las universidades y escuelas politécnicas están excluidas expresamente del cumplimiento de varios aspectos regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público, tal como es de la planificación del talento humano, que si bien deben cumplir con dicha planificación, no es obligatorio la autorización de parte del Ministerio del Trabajo (Art. 56 LOSEP, inciso segundo); tampoco lo es para la creación de puestos que debe solicitarse por parte de las máximas autoridades del sector público previstas en la misma ley (Art. 57 LOSEP, inciso segundo); ni para la supresión de puestos, que debe formularse con la intervención de los Ministerios de Trabajo y de Finanzas, y la participación de la entidad requirente (Art. 60 LOSEP, inciso segundo) (el resaltado me corresponde).

(...)

Al respecto es necesario señalar que dichos contratos de servicios ocasionales, deben obedecer a la planificación del talento humano institucional, exigencia que están excluidas las universidades y escuelas politécnicas, por expresa disposición legal (Art. 57 LOSEP).

(...)

Al respecto me permito precisar que ‘*las disposiciones del Decreto Ejecutivo Nro. 457*’, al ser una norma de rango inferior que la constitucional y la legal, respecto de la autonomía universitaria, carece de eficacia jurídica, puesto las mismas disposiciones de dicho Decreto afectan, limitan y condicionan a la garantía constitucional de autonomía universitaria. Además que, existen exclusiones propias para las instituciones de educación superior expresamente previstas en la Ley Orgánica del Servicio Público.

(...)

5. PRONUNCIAMIENTO DEL COORDINADOR JURÍDICO DE LA UNIVERSIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS - ESPE

(...)

Las instituciones de educación superior (universidades y escuelas politécnicas) cuentan con la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica; en razón de lo cual (autonomía responsable) se les ha otorgado la libertad para nombrar a sus autoridades, profesores, investigadores, servidores y trabajadores.

Dicha autonomía universitaria responsable se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador y en la misma Ley Orgánica de Educación Superior, razón por la cual cualquier norma de inferior jerarquía que afecte, limite o condicione dicha autonomía carece de eficacia jurídica.

En el caso, el Decreto Ejecutivo 457, respecto de su ámbito de aplicación, al afectar, limitar o condicionar la autonomía universitaria para la contratación de sus servidores, no debe ser aplicada, además de incumplir con el principio de seguridad jurídica; no obstante, cada universidad o escuela politécnica deba cumplir con las disposiciones legales relacionadas con la administración del talento humano previstas en la Ley Orgánica de Servicio Público”.

3. Análisis. -

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

En este sentido, del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio Nro. 01450 de 21 de marzo de 2023, se observa que el dictamen consideró, en lo esencial, lo siguiente:

- a) El Estado reconoce y garantiza a las universidades y escuelas politécnicas, según los artículos 355 de la CRE; y, 17 y 18 de la LOES, el ejercicio de la “*autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los principios establecidos en la Constitución de la República*”, que, según la letra d) del artículo 18 de la LOES, incluye “**La libertad para nombrar a sus autoridades, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, las y los servidores, y las y los trabajadores, atendiendo a la alternancia, equidad de género e interculturalidad, de conformidad con la Ley**” (el resaltado me corresponde).
- b) Con respecto a la aplicación de la LOSEP, la parte final del antepenúltimo inciso de su artículo 3 establece que los docentes universitarios, esto es el personal académico, se regulará en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, “*excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley*” (el resaltado me corresponde).





- c) La celebración de contratos de servicios ocasionales del personal sujeto a la LOSEP, inclusive de aquel que presta sus servicios en las universidades y escuelas politécnicas públicas, según los artículos 58 de la LOSEP y 143 de su reglamento general es excepcional, se justifica en *“necesidades institucionales no permanentes”*, requiere el informe motivado de la Unidad de Administración del Talento Humano y de partida presupuestaria con disponibilidad de los recursos económicos. Dicha contratación *“no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se supere dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo”* (el resaltado me corresponde).
- d) El artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 457 incluye en su ámbito de aplicación al sector público, y excepciona de su aplicación únicamente a: *i) las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; y, ii) las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. Por lo tanto, los establecimientos públicos de educación superior están incluidos en el ámbito de aplicación de dicho Decreto, respecto del personal no docente, conforme a las reglas generales de la LOSEP.*
- e) En relación a la suscripción de contratos de servicios ocasionales, el artículo 13 de citado Decreto confirió al MDT atribución para emitir la respectiva normativa, lo que se realizó mediante el Acuerdo Ministerial No. MDT-2019-375⁷, que contiene las directrices para la optimización del talento humano, en relación con la suscripción de contratos de servicios ocasionales financiados con gasto corriente, cuyo artículo 5 dispone que: *“Todos los contratos de servicios ocasionales que vayan a suscribirse con cargo al Grupo 51 (Gasto Corriente), deberán ser autorizados por el Ministerio del Trabajo para satisfacer necesidades institucionales exclusivamente no permanentes”* (el resaltado me corresponde).
- f) El análisis jurídico efectuado permitió que esta Procuraduría concluya que el personal administrativo de las universidades y escuelas politécnicas públicas se rige por la LOSEP y, por tanto, la suscripción de contratos ocasionales de dicho personal se sujeta a lo previsto en el artículo 58 de esa ley, siendo en consecuencia aplicables las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 457.

Respecto de la aplicación de la LOSEP al personal no docente, de lo expuesto en el pronunciamiento de este organismo, cabe agregar que:

- i) El artículo 229 de la CRE contiene una definición genérica de “servidores públicos”, que incluye a “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o*

⁷ Acuerdo No. MDT-2019-375, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 99 de 12 de diciembre de 2019.



dignidad dentro del sector público”, y su segundo inciso agrega que: “La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso (...) de sus servidores”.

- ii) Por su parte, el artículo 228 de la CRE dispone que: *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley (...)”.* Al efecto, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP confiere al MDT atribución para expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, y la reformada letra h) del artículo 52 ibídem dispone que la planificación anual del talento humano institucional se debe realizar *“sobre la base de las normas técnicas emitidas por el Ministerio del Trabajo en el ámbito de su competencia”.*
- iii) Concordante con el artículo 3 de la LOSEP, el primer inciso del artículo 70 de la LOES reitera expresamente que el *“personal no académico”* de las instituciones de educación superior públicas son servidores públicos y su régimen laboral es el previsto en la LOSEP *“de conformidad con las reglas generales”.*
- iv) En cuanto a la planificación institucional del talento humano, el artículo 56 reformado de la LOSEP prevé que las Unidades de Administración del Talento Humano la elaborarán en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados, y la enviarán al MDT para su aprobación. El tercer inciso de ese artículo prevé adicionalmente que: ***“Esta norma no se aplicará a los miembros activos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y a las entidades sujetas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”*** (el resaltado me corresponde).
- v) Idénticas excepciones constan establecidas, en forma expresa, respecto de los establecimientos públicos de educación superior, en los artículos 57 y 60 de la LOSEP, que se refieren, en su orden a la creación de puestos y a su supresión, no así en el texto del artículo 58 reformado de la LOSEP, que regula específicamente la contratación ocasional, materia de su consulta.

De lo expuesto se concluye que: a) el personal no docente de los establecimientos públicos de educación superior está sujeto a la LOSEP, según lo dispone en forma expresa el artículo 70 de la LOES, y se rige por sus reglas generales, salvo los casos en que exista previsión expresa que exonere de su aplicación a los establecimientos públicos de educación superior; b) las excepciones que los artículos 56, 57 y 60 de la LOSEP establecen expresamente, respecto de las universidades y escuelas politécnicas, se limitan a las materias a las que esas normas se refieren y, por la aplicación del principio de legalidad, no se extienden a otros casos; y, c) la contratación ocasional de personal no docente, amparado por la LOSEP, se rige por el artículo 58 de esa Ley, que no contempla exclusión en beneficio de los establecimientos públicos de educación superior, por lo que

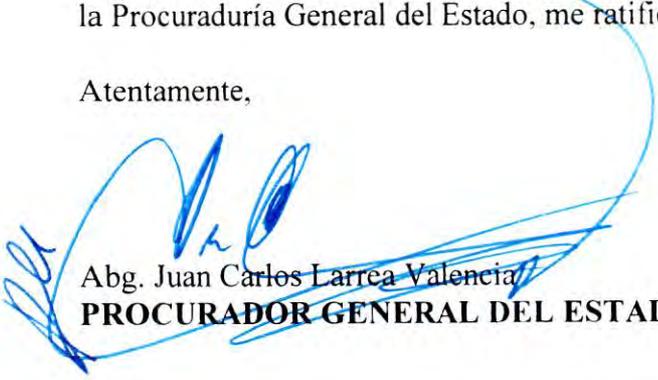
esa materia se rige por las reglas generales, según la previsión expresa del artículo 70 de la LOES.

No corresponde a esta Procuraduría pronunciarse sobre los argumentos de índole constitucional expuestos por la ESPE en relación al Decreto Ejecutivo No. 457, por ser aquello de competencia privativa de la Corte Constitucional, según los numerales 1 y 2 del artículo 436 de la CRE.

4. Ratificación del Pronunciamiento. -

Analizado el pedido de reconsideración se observa que, en lo principal, se reiteran los argumentos expuestos en la consulta inicial, siendo que los nuevos elementos examinados no conducen a modificar la conclusión de este organismo contenida en el pronunciamiento constante en el oficio Nro. 01450 de 21 de marzo de 2023. En tal virtud, de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, me ratifico en el mismo.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Sector: PERSONAS JURÍDICAS PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (ART. 225 # 4)
Materia: SERVICIO PÚBLICO
Submateria: CONTRATACIÓN OCASIONAL DE PERSONAL NO ACADÉMICO DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Oficio No. 01992

Quito, DM., 5 de mayo de 2023

Señor

Guillermo Lasso Mendoza

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. T.23-SGJ-23-0114 de 3 de mayo de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado al siguiente día, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1. El artículo 91 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa ordena que la Comisión de Fiscalización y Control Político remitirá a la Presidenta o al Presidente de la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de diez días improrrogables, un informe motivado para conocimiento del Pleno que especificará las razones por las cuales recomienda o no el enjuiciamiento político de la Presidenta o el Presidente o, la Vicepresidenta o el Vicepresidente de la República. ¿De qué modo debe ser aplicado este artículo en el caso de que no existan los votos para la aprobación del informe borrador puesto a consideración de los miembros de la Comisión por parte del equipo asesor?”

2. El artículo 91 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone que únicamente que se enviará un informe motivado por parte de la Comisión de Fiscalización y Control Político al Presidente de la Asamblea Nacional. ¿Es posible, dentro de los límites de la norma, que aquellos miembros de la Comisión que se hayan abstenido o votado en contra del informe borrador elaborado por el equipo asesor, puedan poner en conocimiento y votación un proyecto de informe borrador alternativo a este?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador, de 3 de mayo de 2023, citó los artículos 76 número 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 82, 90 y 91 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa² (en adelante, “LOFL”); y, 30 del Reglamento de las

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

² LOFL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009.



Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales³ (en adelante, “*Reglamento de las Comisiones*”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“2. INFORME JURÍDICO EN RELACION A LA APLICACIÓN DE LA NORMA CONSULTADA. –

El artículo 91 de la LOFL prevé que el informe de la Comisión una vez vencido el plazo de actuación de la prueba señalado en el artículo anterior - esto es artículo 90 de la ley *ibídem*-, la CFCP remitirá a la Presidenta o al Presidente de la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de diez días improrrogables, un informe motivado para conocimiento del Pleno que especificará las razones por las cuales recomienda o no el enjuiciamiento político de la Presidenta o el Presidente o, la Vicepresidenta o el Vicepresidente de la República (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

El artículo 30 del Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales señala en su parte pertinente que el Presidente de la Comisión **podrá incluir** como anexos al informe puesto en conocimiento, un **detalle de las posiciones de las y los asambleístas** o informaciones que las y los asambleístas consideren necesarios; así también establece que los **informes borradores serán elaborados por el equipo asesor de las comisiones especializadas permanentes y ocasionales** (el resaltado corresponde al texto original).

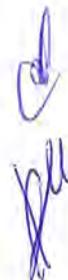
Nótese que el legislador establece que al ser un procedimiento de enjuiciamiento político a la Presidenta o Presidente de la República (sic), únicamente se debería presentar un informe y el mismo correr traslado al presidente de la Asamblea Nacional para el trámite correspondiente. En la misma línea, no es mandatoria la inclusión del detalle de las posiciones de las y los asambleístas que conforman la CFCP, es decir se le otorga, en la norma, la potestad discrecional al presidente de la Comisión de Fiscalización y Control Político de incluir o no, en calidad de anexos las posturas de los asambleístas pertenecientes a la Comisión. A todo esto, lo que si deja en claro la disposición normativa es que es el equipo asesor de la Comisión el único facultado e idóneo para elaborar y presentar el proyecto borrador del informe motivado (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

Si bien es cierto el artículo 82 de la LOFL determina que de no aprobarse el informe borrador propuesto por el equipo asesor de la Comisión, habrá la posibilidad de que se envíe para conocimiento del Pleno de la Asamblea Nacional un informe de posturas de cada uno de los miembros de la misma, sin embargo, al referirnos a la sustanciación de enjuiciamiento político a la Presidenta o Presidente de la República este artículo no podría ser aplicado a este caso en particular, puesto que en el artículo (sic) 91 existe ya un procedimiento establecido. Por lo analizado, la aplicación análoga del artículo antes referido no es posible sin que ello derive en una clara y evidente vulneración mandato legal que rige el procedimiento de enjuiciamiento político a la o al Primer Mandatario, y a las propias garantías del debido proceso.

(...)

3. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

³ Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, contenido en la Resolución No. CAL-2019-2021-430 de 14 de febrero de 2021. <https://volubora.asambleanacional.gob.ec/s/1Ox16rWvWkcaKIn?pdfviewer>



De lo expuesto y analizado, concluyo señalando lo siguiente:

- a. (...) el artículo 91 de la LOFL (...) debe ser aplicado conjuntamente con el artículo 30 del Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, de manera que no existe la posibilidad de elaboración y/o presentación de otro informe motivado que no sea aquel elaborado por el equipo asesor de la CFCP de la Asamblea Nacional.
- b. El artículo (sic) 30 del Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, le concede facultad discrecional a la Presidenta o Presidente de la CFCP para que se incorpore o no como anexos, la posición de cada uno de los miembros de la Comisión.
- c. (...) puede ser enviado un informe improbadado al Presidente de la Asamblea Nacional, elaborado por el equipo asesor de la CFCP”.

2.- Análisis. –

El artículo 76 de la CRE establece el derecho al debido proceso que contempla, entre otras garantías, la siguiente:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”.

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

El numeral 9 del artículo 120 de la CRE incluye entre las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional (en adelante, “AN”), además de las que determine la ley, “9. **Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público (...)**” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 129 de la CRE faculta a la AN para proceder “*al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros*”, para lo cual determina 3 casos específicos y, como requisito previo para su procedibilidad, contar con “*el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional*”.



Al respecto, la Corte Constitucional, en el dictamen No. 1-23-DJ-DJ/23 de 29 de marzo de 2023⁴ en el párrafo 18, señaló:

“18. La figura del juicio político al presidente de la República, establecida en el artículo 129 de la Constitución, es una concreción de un cierto balance entre el principio de control político y el de estabilidad del presidente de la República democráticamente elegido. **Por ello, ese tipo de juicio político se configura de manera diferente al que corresponde, por ejemplo, respecto a los ministros de Estado (art. 131 CRE)**” (el resaltado me corresponde).

En relación al tema, en pronunciamiento contenido en oficio No. 17838 de 24 de febrero de 2022, esta Procuraduría analizó lo siguiente:

“**La solicitud para proceder al enjuiciamiento político del Presidente de la República o el Vicepresidente está sujeta a requisitos adicionales y específicos previstos en la CRE y la LOFL, que incluyen la intervención de la Corte Constitucional.**

Cada una de las fases del enjuiciamiento político están regladas e imponen la intervención de los distintos órganos de la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus respectivas competencias, y, como ya se observó, todas las fases de dicho procedimiento están sujetas al respeto del debido proceso y las demás garantías y derechos constitucionales” (el resaltado me corresponde).

En efecto, la LOFL en el Capítulo VIII “*DE LA FISCALIZACIÓN Y CONTROL POLÍTICO*”, en la Sección IV “*DEL ENJUICIAMIENTO POLÍTICO DE LA PRESIDENTA O PRESIDENTE Y DE LA VICEPRESIDENTA O VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA*” establece un procedimiento diferenciado aplicable específicamente para el enjuiciamiento del Primer y Segundo Mandatarios de la República.

El artículo 86 de la LOFL determina la procedencia del “*enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, en los casos previstos en el artículo 129 de la Constitución de la República*” y el inciso segundo del artículo 89 ibídem señala que, con el informe de admisibilidad de la Corte Constitucional, el Presidente de la AN remitirá, a través de la Secretaría General, al Presidente de la Comisión de Fiscalización y Control Político (en adelante, “*CFCP*”), la solicitud de enjuiciamiento, el dictamen de admisibilidad y la documentación de sustento, “*a fin de que avoque conocimiento y sustancie el trámite*”.

Por su parte, el artículo 91 de la LOFL, materia de sus consultas, prevé que vencido el plazo de actuación de la prueba señalado en el artículo 90 ibídem, la CFCP remitirá al Presidente de la AN, en el plazo máximo de diez días improrrogables, “*un informe motivado para conocimiento del Pleno que especificará las razones por las cuales recomienda o no el enjuiciamiento político*” del Presidente o Vicepresidente de la República, a diferencia de lo que establece el artículo 82 de la LOFL, respecto al

⁴ Dictamen No. 1-23-DJ-DJ/23 de 29 de marzo de 2023.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL_v2NhenBldG1E6J3RvYW1pdGUnLCB1dWJkOudjM2Y0MDgwYyU1NjM3LTC00NTAYWYyMS01YWE5NTI1Ym15MzgueGRRmJ30



enjuiciamiento político de los funcionarios detallados en el artículo 131 de la CRE⁵, cuyo tercer inciso contempla que, **de no aprobarse el informe dentro de los plazos previstos**, el Presidente de la Comisión remitirá, en el plazo de dos días, al Presidente de la AN, las actas de votación correspondientes y *“un informe que detallará las posiciones de los assembleístas miembros de la Comisión para que sea el Pleno el que resuelva ya sea el archivo o el juicio político”* (el resaltado me corresponde).

De otro lado, el Reglamento de las Comisiones, en el Capítulo VI *“ACTAS E INFORMES”* prevé en su artículo 30 que **los informes que sean aprobados por las comisiones especializadas permanentes** y ocasionales sobre los proyectos de ley, los acuerdos, resoluciones y más actos legislativos, según lo establecido en la LOFL, contendrán como mínimo, los parámetros que allí se indican, entre los cuales se incluye: *“11.- Resolución y detalle de la votación del informe”*. Agrega el antepenúltimo y penúltimo incisos del citado artículo que:

“Se podrán incluir como anexos al informe: el detalle de **las posiciones de las y los assembleístas**, las matrices del tratamiento del proyecto de ley y otros documentos o información que las y los assembleístas consideren necesarios.

Los informes borradores serán elaborados por el equipo asesor de las comisiones especializadas permanentes y ocasionales, el que lo remitirá mediante memorando con su firma de responsabilidad, para la revisión de las formalidades por parte de la secretaria o secretario relator de la Comisión, **previo a ser puesto a consideración de las y los assembleístas”** (el resaltado me corresponde).

Norma concordante con el numeral 6 del artículo 13 ibídem que establece entre las funciones de los asesores de las comisiones especializadas, en el numeral 6: *“Elaborar los informes borrador sobre los proyectos de ley, los acuerdos, resoluciones y más actos legislativos que serán propuestos a las y los integrantes de las comisiones especializadas”* (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado es pertinente considerar que, de conformidad con el numeral 1 del artículo 18 del Código Civil⁶ (en adelante, “CC”), en armonía con lo previsto en el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOGJCC”), **“Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal”** (el resaltado me corresponde).

Por lo expuesto se desprende que: *i)* el trámite aplicable al enjuiciamiento político al Presidente o Vicepresidente de la República constituye un procedimiento diferenciado al aplicable a otros funcionarios; *ii)* para el cumplimiento de sus atribuciones, la AN se integra por comisiones especializadas permanentes que se rigen por las disposiciones de

⁵ CRE, Art. 131.- La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley, de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de las demás autoridades que la Constitución determine, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado.

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



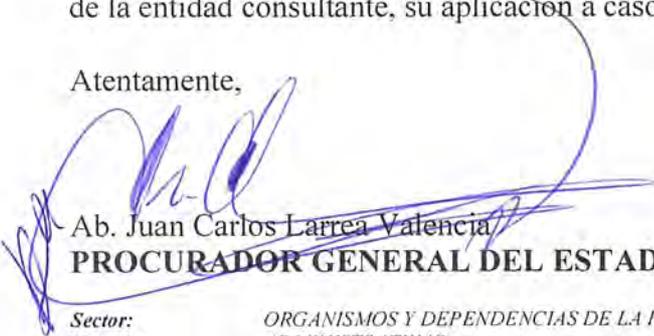
la LOFL y los reglamentos respectivos; iii) la LOFL no prevé, en la regulación específica del juicio político al Presidente o Vicepresidente de la República, la tramitación de informes adicionales o de minoría, en lo que aplica el principio de legalidad al tratarse de un procedimiento agravado conforme lo ha establecido la Corte Constitucional; iv) el artículo 30 del Reglamento de las Comisiones establece, de manera general, el contenido de los informes aprobados por las Comisiones Especializadas, conforme lo previsto en la LOFL, permitiendo la inclusión de anexos respecto al detalle de las posiciones de los asambleístas, entre otros, de manera facultativa y no imperativa; y, v) la elaboración de los informes borradores de las comisiones especializadas corresponde a los equipos asesores de las mismas, quienes pondrán dichos documentos a consideración de las y los integrantes de las Comisiones Especializadas respectivas para su discusión y, de ser el caso, su aprobación.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y 6 y 30 del Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, corresponde a la Comisión de Fiscalización y Control Político remitir al Presidente de la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de diez días improrrogables, el informe motivado en el que se deberá dejar constancia de la resolución y el detalle de la respectiva votación, especificándose las razones por las cuales se recomienda o no el enjuiciamiento político del Presidente de la República, pudiendo incluirse como anexos al informe el detalle de las posiciones de los asambleístas en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 numeral 1 del Código Civil y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, considerando que en el caso del juicio político al Presidente de la República no está previsto expresamente el trámite de un informe de minoría. Para la discusión y, de ser el caso, aprobación de dicho informe motivado, el equipo asesor de la Comisión de Fiscalización y Control Político deberá elaborar y remitir el Informe Borrador que será puesto a consideración de la indicada Comisión.

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

Sector: ORGANISMOS Y DEPENDENCIAS DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA (ART. 225 # 1)
Materia: ADMINISTRATIVAS
Submateria: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 91 DE LA LOFL



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio N° 02072

Quito, D.M., 09 MAY 2023

Magíster

Silvana Raquel Salazar Torres

GERENTE GENERAL

**CORPORACIÓN DEL SEGURO DE DEPÓSITOS, FONDO DE LIQUIDEZ
Y FONDO DE SEGUROS PRIVADOS (COSEDE)**

Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. COSEDE-COSEDE-2023-0016-OFICIO de 18 de enero de 2023, ingresado en esta Procuraduría al siguiente día, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“CONSULTA 1: El artículo 315 (sic) Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF) señala que: 'los pagos de la liquidación forzosa de una entidad financiera se efectuarán en el siguiente orden:' y el numeral 4 del citado artículo dispone: '4. Proporcionalmente los depósitos por los montos que excedan el valor asegurado y el monto total cubierto del Seguro de Depósitos, (...)’.

¿Cómo se debe aplicar la proporcionalidad determinada en este numeral, considerando que el Fondo de Seguro de Depósitos es un acreedor de las entidades financieras en liquidación?

CONSULTA 2: En caso de no determinarse el mecanismo de aplicación de la proporcionalidad establecida del (sic) Art. 315 numeral 4 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero. ¿Cuál es el órgano competente para normar la aplicación (sic) la proporcionalidad y o cualquier otro asunto adicional contemplado en el numeral 4 del artículo 315 del Código Orgánico Monetario y Financiero? ¿La Junta de Política y Regulación Financiera, con respecto a sus facultades establecidas en los artículos 14 numeral 2 y 14?1 numerales 1 y 13 del COMF, los órganos de control de conformidad con los artículos 62, 71 y 74 del COMF o el liquidador de conformidad con el artículo 312 del COMF?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 00775, 00776 y 00776 (sic) de 26 de enero de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante, “JPRF”), a la Superintendencia de Bancos (en adelante, “SB”) y a la

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (en adelante, "SEPS"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 01096 de 27 de febrero de 2023 se insistió en este pedido a la SB.

1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado, en su orden: *i*) por la Presidenta de la JPRF, mediante oficio No. JPRF-JPRF-2023-0056-O de 10 de febrero de 2023, ingresado el mismo día, al que se acompañó el criterio jurídico No. JPRF-CJF-2023-005 de la misma fecha, suscrito por el Coordinador Jurídico de Política y Normas Financieras; *ii*) por la Intendente General Jurídico de la SEPS, con oficio No. SEPS-SGD-IGJ-2023-04339-OF de 10 de febrero de 2023, ingresado el 13 de los mismos mes y año; y, *iii*) por la Intendente Nacional Subrogante de la SB, a través de oficio No. SB-IG-2023-0053-O de 2 de marzo de 2023, ingresado al siguiente día, al que adjuntó el oficio No. SB-INJ-2023-0009-O de 3 de febrero de 2023, suscrito por el Intendente Nacional Jurídico de ese organismo de control.

1.3. El informe jurídico No. CTPSF-UPN-009-2023 de 18 de enero de 2023, suscrito por el Coordinador Técnico de Protección de Seguros y Fondos, encargado, de la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados (en adelante, "COSEDE"), remitido adjunto al memorando No. COSEDE-CPSF-2023-0014-M de la misma fecha, citó los artículos 213, 226, 227, 237 y 308 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); innumerado agregado a continuación del artículo 6, 13, 14, 14.1, 62, 71, 74, 79, 80, 299, 303, 304, 307, 312, 315, 318, 322, 324, 325 y 331 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero² (en adelante, "COMF"); 100 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización³ (en adelante, "LORCOMFDD") que sustituyó el artículo 315 del COMF; 147 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria⁴; 14, 16, 18, 22, 26, 31, 35 y 37 del Código Orgánico Administrativo (en adelante, "COA")⁵; y, los principios Nos. 8 y 16 de los "Principios Básicos para Sistemas de Seguro de Depósitos Eficaces" desarrollados por la Asociación Internacional de Aseguradores de Depósito "IADI"⁶ en colaboración con el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (en adelante, "BCBS")⁷; con fundamento en los cuales, analizó y concluyó:

"5. CRITERIO JURÍDICO

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

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

³ Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

⁴ LOEPS, publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

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

⁶ IADI, por las siglas en inglés de la "International Association of Deposit Insurers", de la que el Ecuador es parte.

⁷ BCBS, por las siglas en inglés de la "Basel Committee on Banking Supervision".



1.- (...) los valores a restituir por parte del liquidador de la entidad financiera en liquidación, conforme el artículo 315 numeral 4 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se deben asignar en partes iguales, de conformidad con lo que señala el concepto de proporcionalidad según la Real Academia de la Lengua esto es a la igualdad entre dos razones, siendo la primera razón el 'monto total cubierto por el seguro de depósitos' ante lo cual correspondería la devolución del 50% del monto proporcional al Seguros (sic) de Depósitos administrado por la COSEDE; y, la segunda razón los 'depósitos por los montos que excedan el valor asegurado.' (sic); esto es el 50% del monto proporcional correspondiente al valor a entregarse por parte del liquidador a toda la masa de acreedores con esta característica, relevando que para que se pueda aplicar esta proporcionalidad la misma debe estar claramente establecida a través de regulación del órgano competente.

2.- (...) es criterio de la Coordinación Técnica de Protección de Seguros y Fondos, que conforme lo que señala el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 13, 14 y 14.1 numerales 1, 13, 25 y 26, la Junta de Política y Regulación Financiera es competente para regular la liquidación de las entidades financieras, expedir la normativa secundaria relacionada con el Seguro de Depósitos, aplicar las disposiciones de este Código y resolver los casos no previstos en el mismo, por lo tanto, la regulación de la proporcionalidad señalada en el numeral 4 del artículo 315 del Código Orgánico Monetario y Financiero, es de su competencia" (el subrayado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico de la JPRF, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 82, 132 y 309 de la CRE, y artículo 3 del COMF; con base en los cuales, analizó y concluyó lo siguiente:

"III CRITERIO JURÍDICO

1.1. (...) pues la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, mantiene al menos los mismos derechos que un depositante, lo que significaría que en este orden de prelación existiría una pluralidad de acreedores: por un lado los depositantes por los montos no cubiertos por el Seguro de Depósitos; y, por otro lado, la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados el monto total cubierto por el Seguro de Depósitos.

(...)

Si se mantiene el criterio de proporcionalidad que se maneja en la norma, la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, al ser considerada un acreedor más, se encuentra en el mismo lugar que un depositante. Este pago obligaría la aplicación del precepto legal en su literalidad por parte del liquidador de la entidad.

La proporción, en atención a la norma constitucional, recogida por el Código Orgánico Monetario y Financiero, debería responder al porcentaje que representan los montos de las acreencias de cada depositante y la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados en función de ello, liquidar contra los activos que tenga la entidad en liquidación (el subrayado me corresponde).



1.2. (...) la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria deben ser las llamadas a conocer cómo ha procedido el liquidador a efectuar los pagos a los acreedores, dada que estas entidades cumplen con el papel de ser los organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas tal como manda la Constitución. Además, se debe velar por la seguridad jurídica ya que la Carta Magna en su artículo 82 manda que las normas deben ser *'previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes'*.

Por este motivo, la Junta de Política de Regulación Financiera, dentro de sus funciones no cuenta con la de solventar dudas por aplicación de la norma legal consultada a la Procuraduría General del Estado (...)" (el subrayado me corresponde)".

1.5. Por su parte, el criterio jurídico de la SEPS citó, adicionalmente, los artículos 6, 311 y 387 del COMF; 144 y 146 de la LOEPS; 25 del COA; 148 y 152 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario⁸ (en adelante, "RGLOEPS"); luego de lo cual analizó y concluyó:

"(...) el COMYF determina en el artículo 13 que la Junta de Política y Regulación Financiera es la *responsable de la formulación de la política y regulación crediticia, financiera, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada*, lo que guarda concordancia con lo estatuido en los artículos 14 y 14.1 ibídem, contentivos del Ambito y Funciones de la Junta. Por su parte, la LOEPS dispone en el artículo 144 que *la regulación del Sector Financiero Popular y Solidario estará a cargo de la Junta de Política y Regulación Financiera, creada en el Código Orgánico Monetario y Financiero*.

Por otro lado, el artículo 312 del COMYF enlista las funciones del liquidador; entre las que, no consta una que le faculte reglar aspectos no previstos en el ordenamiento jurídico pues únicamente le corresponde ejecutar los aspectos técnicos-operativos.

En línea con lo citado, el Órgano Regulador ya ha emitido regulación en cuanto a la aplicación del artículo 315 del COMYF (...), disposiciones que prevén los tiempos en los cuales el liquidador realizaría la publicación de convocatoria y reconocimiento de acreencias, la forma como se procedería con el pago a personas naturales así como a personas jurídicas, entre otros aspectos no regulados directamente en el artículo 315 del Libro primero del Código Orgánico Monetario y Financiero, y que ha hecho que la Junta se pronuncie dentro de la esfera de su competencia desarrollando aspectos que coadyuvan al desarrollo de los pagos en el proceso de liquidación de una entidad como sucedería en el caso consultado" (el subrayado me corresponde).

1.6. Finalmente, el criterio jurídico de la SB citó las Resoluciones de la ex Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en adelante, "JPRMF") Nos. 004-2014-F⁹ y 629-2020-F que contienen las *"Normas para la aplicación de los numerales 5 y 6*

⁸ RGLOEPS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 648 de 27 de febrero de 2012.

⁹ Resolución No. 004-2014-F de 13 de octubre de 2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 365 de 30 de octubre 2014.

del artículo 315 y de la Disposición General Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero en los procesos de liquidación forzosa de entidades del sector financiero popular y solidario” y sus reformas¹⁰, respectivamente; con fundamento en los cuales manifestó lo siguiente:

“PRIMERA CONSULTA:

(...)

3. El artículo 315 dispone que el Liquidador está obligado a pagar dentro del cuarto orden de prelación, proporcionalmente, los depósitos por los montos que excedan el valor asegurado y el monto total cubierto del Seguro de Depósito. Sin embargo, la norma no determina el alcance del término ‘Proporcionalmente’, es decir, no establece en forma expresa la relación de proporcionalidad para cada uno los rubros antes mencionados, lo cual genera en la práctica un vacío respecto del parámetro para distribuir proporcionalmente el pago de acreencias entre los beneficiarios de esa prelación.

En todo caso, si bien el criterio de proporcionalidad podría ser aplicado en ‘partes iguales’, se debe considerar que la ley parte del hecho de que los valores correspondientes a los depósitos no tienen el mismo valor, razón por la cual, ese criterio de proporcionalidad debería aplicarse en proporción al monto del depósito respectivo, respetando el orden de prelación que favorece a los grupos de acreedores priorizando a los que gozan de mayor protección, aspecto que debería ser regulado por la Junta de Política y Regulación Financiera, en uso de las facultades que le otorga el Código Orgánico Monetario y Financiero (el subrayado me corresponde).

SEGUNDA CONSULTA:

(...)

En el marco de la legislación vigente, le corresponde a la Junta de Política y Regulación Financiera, emitir la regulación de carácter general para la aplicación del criterio de proporcionalidad contemplado en el artículo 315 del Código Orgánico Monetario y Financiero, en ejercicio de las facultades contempladas en los artículos 14, numerales 1, 2 y 13 del referido cuerpo legal” (el subrayado me corresponde).

1.7. De lo expuesto se desprende que, en relación a la primera consulta, el informe jurídico de la corporación consultante y los criterios jurídicos de la JPRF, la SEPS y la SB coinciden en señalar que, respecto al orden de prelación de los pagos derivados de la liquidación forzosa de una entidad financiera, el número 4 del artículo 315 del COMF no prevé el alcance de la proporcionalidad para los casos allí determinados.

¹⁰ Resolución No. 629-2020-F de 23 de diciembre de 2020, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 389 de 10 de febrero de 2021. Norma Reformatoria a la Sección XII “Normas para la aplicación de los numerales 5 y 6 del artículo 315 y de la Disposición General Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero en los procesos de liquidación forzosa de entidades del sector financiero popular y solidario”; y, a la Sección XIII “Norma que regula las liquidaciones de las entidades del sector financiero popular y solidario, sujetas al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria”, del Capítulo XXXVII “Sector Financiero Popular y Solidario”, del Título II “Sistema Financiero Nacional”, del Libro I “Sistema Monetario y Financiero”, de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.



Respecto a la segunda pregunta, la entidad consultante, la SEPS y la SB coinciden en señalar que corresponde a la JPRF regular la normativa secundaria que permite a los organismos de control y a los liquidadores la aplicación del número 4 del artículo 315 del COMF, en tanto que, la JPRF precisa que dentro de sus funciones no consta el solventar dudas sobre la aplicación de la norma legal consultada.

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, las mismas se atenderán de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: i) La regulación del Sistema Financiero Nacional y las atribuciones de la JPRF en ese ámbito; y, ii) de la liquidación forzosa de las entidades financieras y la aplicación del principio de proporcionalidad según el COA.

2.1. La regulación del Sistema Financiero Nacional y las atribuciones de la JPRF en ese ámbito.-

El artículo 226 de la CRE prevé el principio de legalidad que rige en derecho público e impone a las instituciones del Estado el deber de coordinar el ejercicio de sus competencias. Respecto a las actividades financieras, el inciso primero del artículo 308 ibídem las establece como “*un servicio de orden público*” que pueden ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley. En inciso final del citado artículo agrega que: “*La regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado*”.

De conformidad con el artículo 309 de la CRE, el Sistema Financiero Nacional (en adelante, “*SFN*”) se compone de los sectores; público, privado y popular y solidario que se rigen “*con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez*” (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 5 del COMF se refiere a la formulación de las políticas y regulaciones financieras como una “*facultad privativa de la Función Ejecutiva*”, que tiene como objetivos los determinados en los artículos 284 y 302 de la CRE y el Plan Nacional de Desarrollo.

El primer inciso del artículo 6 del COMF señala que integran el sistema monetario y financiero nacional “*las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias*” que ejercen actividades monetarias y financieras (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el inciso primero del artículo 13 del COMF¹¹ crea a la JPRF como un organismo parte de la Función Ejecutiva, ***“responsable de la formulación de la política y regulación crediticia, financiera, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada”*** (el resaltado me corresponde). En el ámbito de las competencias de la JPRF, el número 2 del artículo 14 ibídem reitera que le corresponde ***“Emitir las regulaciones que permitan mantener la integralidad, solidez, sostenibilidad y estabilidad de los sistemas financiero nacional, de valores, seguros”*** (el resaltado me corresponde). Es esta misma línea, añade el antepenúltimo inciso del artículo 14 del COMF que, para el cumplimiento de sus funciones, la JPRF ***“expedirá las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar las disposiciones legales”*** (el resaltado me corresponde).

El artículo 14.1 del COMF establece que, para el desempeño de sus funciones, la JPRF tiene que cumplir los siguientes deberes y ejercer las siguientes facultades:

“1. Regular la creación, constitución, organización, actividades, operación y liquidación de las entidades financieras, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada;

(...)

13. Expedir la normativa secundaria relacionada con el Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados;

(...)

25. Aplicar las disposiciones de este Código y resolver los casos no previstos en el mismo, en el ámbito de su competencia; y,

(...)

27. Ejercer las demás funciones, deberes y facultades que le asigne este Código y la ley.

El Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros; el Superintendente de Economía Popular y Solidaria; el Presidente de la Junta de Política y Regulación Monetaria; y la Corporación del Seguro de Depósitos a través de su representante legal, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados pueden proponer proyectos de regulación para consideración de la Junta de Política y Regulación Financiera con el respaldo de los respectivos informes técnicos.

(...)

Todas las normas y políticas que expida la Junta de Política y Regulación Financiera en el ejercicio de sus funciones, deberes y facultades deberán estar respaldadas en informes técnicos debidamente fundamentados y argumentados” (el resaltado me corresponde).

¹¹ El artículo 8 de la LORCOMFDD sustituyó al artículo 13 del COMF.



De lo expuesto se desprende que: *i)* el principio de legalidad impone a las instituciones del Estado el deber de coordinar el ejercicio de sus competencias; *ii)* las actividades financieras constituyen un servicio de orden público que se ejercen previa autorización del Estado y bajo su regulación y control; *iii)* el SFN se integra por los sectores público, privado y popular y solidario regulados y controlados de manera específica y diferenciada; *iv)* la formulación de las políticas y regulaciones financieras es una facultad privativa de la Función Ejecutiva, que la ejerce a través de la JRPF; *v)* la JRPF está facultada para la expedición de la normativa secundaria relacionada con el Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados; la aplicación del COFM y la resolución de los casos no previstos en el mismo, en el ámbito de su competencia; y, *vi)* Todas las normas y políticas que expida la JRPF se deben respaldar en informes técnicos debidamente sustentados, para lo cual, la norma faculta a la SB, la SEPS y el COSEDE, entre otros, para proponer proyectos de regulación para su conocimiento.

2.2. De la liquidación forzosa de las entidades financieras y la aplicación del principio de proporcionalidad según el COA.-

El artículo 299 del COMF prevé que las entidades del SFN se liquidan de manera voluntaria o forzosa. Para los casos de liquidación forzosa, que se encuentran detallados en el artículo 303 ibídem, si el organismo de control llega a determinar que la entidad financiera está incurso en una o varias de sus causales, *“y no fuera posible o factible implementar un proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos, procederá a emitir la resolución de liquidación forzosa de la entidad”*, conforme el tenor de los artículos 304 y 305 del COMF.

Sobre el contenido de la resolución de liquidación voluntaria o forzosa, el número 5 del artículo 307 del COMF incluye la *“Designación del liquidador”* quien, de acuerdo con el artículo 312 ibídem, deberá *“efectuar todas las actividades conducentes a realizar los activos de la entidad financiera en liquidación, con el fin de cancelar los pasivos existentes”*.

En este contexto, el orden de prelación de pagos de la liquidación forzosa de una entidad financiera se fija en el artículo 315 del COMF¹², que en su número cuatro, materia de su consulta, prevé:

“4. Proporcionalmente los depósitos por los montos que excedan el valor asegurado y el monto total cubierto del Seguro de Depósitos. En caso de que el monto total cubierto por el Seguro de Depósitos supere el valor pagado por este mismo concepto, luego de transcurrido el plazo establecido en el artículo 33 de este Código, se deberá restituir la diferencia a la entidad financiera en liquidación forzosa;” (el resaltado me corresponde).

¹² El artículo 100 de la LORCOMFDD sustituyó el texto del artículo 315 del COMF.

Al respecto, el artículo 319 del COMF instituye a la COSEDE como la administradora del Seguro de Depósitos de los sectores financieros privado y popular y solidario (en adelante, "*Seguro de Depósitos*"); seguro que, conforme el artículo 322 ibídem, protege "*de forma limitada los depósitos efectuados en las entidades de los sectores financieros privado y popular y solidario autorizadas por los respectivos organismos de control*", de acuerdo con las condiciones que establece dicho código para su pago.

El inciso primero del artículo 328 del COMF agrega que: "*El monto protegido por el Seguro de Depósitos para cada persona natural o jurídica, será diferenciado por cada uno de los sectores financieros asegurados*". Agrega en sus incisos segundo y tercero que el monto asegurado de los depósitos en las entidades financieras privadas y populares y solidarias, segmento 1, será igual a dos veces la fracción básica exenta vigente del impuesto a la renta, pero en ningún caso inferior a treinta y dos mil dólares de los Estados Unidos de América; y que los montos asegurados de los depósitos en el resto de segmentos del sector financiero popular y solidario serán definidos por la JPRF con base en la propuesta de la COSEDE.

Por su parte, el artículo 1 del COA determina que ese código regula "*el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público*". En este sentido, dentro de los principios generales previstos en dicho código, el artículo 16 ibídem incluye el de proporcionalidad, según el cual, "*Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses*", sin que se puedan limitar "*el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico*".

Respecto del principio de proporcionalidad, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 06116 de 7 de octubre de 2019, este organismo analizó la aplicación del citado artículo 16 del COA, cuyo texto conserva vigencia. Dicho pronunciamiento consideró:

"(...) el principio de proporcionalidad va de la mano con el de legalidad, respecto a las atribuciones conferidas a la autoridad administrativa; en otras palabras, el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 16 del COA debe ser entendido en su contexto y está referido de manera general a la actividad de las entidades públicas".

De lo manifestado se observa que: *i)* el orden de prelación de pagos de la liquidación forzosa de una entidad financiera consta en el artículo 315 del COMF; *ii)* el número 4 del artículo 315 del COMF se refiere a la proporcionalidad; *iii)* la COSEDE administra el Seguro de Depósitos, conforme los montos protegidos de los sectores financieros asegurados, en concordancia con las normas que expida la JPRF, con base en los informes técnicos especializados; y, *iv)* el principio de proporcionalidad debe ser entendido en su contexto y estar referido de manera general a la actividad de las entidades públicas.

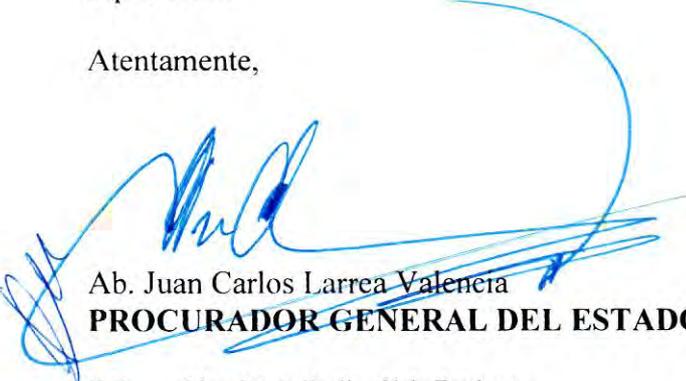


3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera y segunda consultas se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, 14 y 14.1 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, corresponde a la Junta de Política y Regulación Financiera desarrollar normativamente la aplicación del numeral 4 del artículo 315 ibídem, en ejercicio de sus facultades normativas, para cuyo efecto, podrá considerar los proyectos de regulación que presenten la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y la Corporación del Seguro de Depósitos, a través de sus representantes legales, con el respaldo de los respectivos informes técnicos.

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. María Paulina Vela Zambrano,
Presidenta de la Junta de Política y Regulación Financiera

Mgs. Antonieta Guadalupe Cabezas Enríquez,
Superintendente de Bancos, Subrogante

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio N° 02073

Quito, D.M., 09 MAY 2023

Economista
Alfredo Amador Chang Hi Fong,
ALCALDE,
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN PALENQUE
Presente.-.

De mi consideración:

Con relación a su oficio Nro. 0058-GADMCP-AD.M-ACHH-2023 de 9 de marzo de 2023, ingresado en esta Procuraduría el mismo día con No. 0001025-2023-AD-JL, mediante el cual solicitó la reconsideración parcial del pronunciamiento contenido en oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023, que atendió dos consultas formuladas, relacionadas con la aplicación de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2022-0125¹ (en adelante, "*Resolución Nro. 125*"), que reformó la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública² (en adelante, "*Codificación de Resoluciones del SERCOP*"), respecto de los contratos de fiscalización de obra.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1.- Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Consulta del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palenque (en adelante, "*GADM Palenque*"). -

La primera consulta del GADM Palenque, materia del pedido de reconsideración parcial, planteada en oficio Nro. 0477-GADMCP-AD.M-ACHH-2022 de 16 de noviembre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 22 de los mismos mes y año fue la siguiente:

"Pregunta 1.- ¿Son aplicables los procedimientos de pago descritos en el artículo 295.2 de la Resolución No. RE-SERCOP-2022-0125, al ser de carácter aclaratoria (sic), a contratos cuya celebración corresponda a una fecha previa a la publicación de la referida Resolución, ¿pero cuyo objeto no haya sido concluido a la fecha de emisión de la antedicha Resolución?"

¹ Resolución No. 0125-2022, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 96 de 1 de julio de 2022.

² Codificación de Resoluciones del SERCOP, expedida el 31 de agosto de 2016 y publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018.

El informe jurídico del Procurador Síndico del GADM Palenque, contenido en el memorando Nro. 0405-PSM-JVL-GADMCP-2022 de 15 de noviembre de 2022, citó los artículos 225, 226, 237, 288 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante, “CRE”); 10, 70, 80, 85 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, “LOSNCP”); 3, 18, 22 y 25 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); 3 y 5 de la Resolución No. 125, que contiene las “REFORMAS A LA RESOLUCIÓN EXTERNA Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 (REFORMADA), POR LA QUE SE EXPIDIÓ LA CODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, que agregó los artículos 295.1, 295.2 y 296.3 y reformó el artículo 530 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP; y, números 408:17, 408:18 y 408:19 de las “NORMAS DE CONTROL INTERNO PARA LAS ENTIDADES, ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO QUE DISPONGAN DE RECURSOS PÚBLICOS”⁶, con fundamento en los cuales, respecto de la primera consulta concluyó:

“1) La Resolución Nro. RE-SERCOP-2022-0125 de 13 de junio de 2022, (...) en la que se emitieron las reformas a la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2016-0000072 (reformada), por la que se expidió la codificación y actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (...) tiene **el carácter de aclaratoria** como se indica y se desprende de sus considerandos y sentido del texto;

2) Como esta Resolución no tiene inmersas normas nuevas o unas que modifiquen sustancialmente las normas existentes sobre el pago de los contratos de fiscalización, no opera el principio de retroactividad de la ley y en base al principio de legalidad, de uniformidad y de temporalidad, creemos necesario manifestar que la Resolución Nro. RE-SERCOP-2022-0125 de 13 de junio de 2022 está vigente **para todos los contratos que están en ejecución**, es decir que abarca incluso a aquellos que se suscribieron antes de la emisión de esta Resolución” (El resaltado corresponde al texto original).

1.2. Para atender las consultas del GADM Palenque, este organismo requirió los criterios jurídicos institucionales de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, “AME”) y del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”)⁷.

En relación a la primera consulta, el criterio jurídico de la AME concluyó que:

³ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

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

⁶ Acuerdo No. 039-CG publicado en el Registro Oficial No. 78 de 1 de diciembre de 2009, derogado por el Acuerdo No. 004-CG, publicado en el Registro No. 257 de 27 de febrero de 2023.

⁷ Requerimiento realizados al SERCOP y a la AME mediante oficios Nos. 00154 y 00155 de 28 de noviembre de 2022, respectivamente: los cuales fueron atendidos: i) por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la AME, con oficio No. AME-DNAJ-2022-091 de 9 de diciembre de 2022, ingresado el mismo día; y, ii) por el Coordinador General Jurídico del SERCOP, con oficio No. SERCOP-CGAJ-2022-0108-OF de 27 de diciembre de 2022, recibido el 29 de los mismos mes y año.

“El contrato administrativo suscrito de forma previa a la vigencia de la Resolución No. RE-SERCOP-2022-0125, ésta no es aplicable al contrato vigente o en ejecución. Por lo tanto, si la consulta hace referencia a la violación de la seguridad jurídica (sic) por la aplicación retroactiva de una disposición reglamentaria, esta no sería aplicable ya que la ley puede únicamente (sic) disponer la retroactividad por razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario y no una resolución de tipo reglamentaria”.

Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, con referencia a la primera consulta, señaló que:

“(…) de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales que son elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública y que en armonía con lo manifestado el artículo 28 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la entidad contratante bajo su responsabilidad quien puede modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que los ajustes no contravengan con los modelos obligatorios preestablecidos (sic).

(…) la Disposición Final Única de la Resolución No. RE-SERCOP-2022-0125 de 13 de junio de 2022, señala que la misma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

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

El pronunciamiento de este organismo, contenido en el oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023, cuya reconsideración parcial solicita, tomó en cuenta en su análisis lo expuesto por el GADM consultante, la AME y el SERCOP, luego de lo cual concluyó que:

“En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo con el artículo 7 regla 18 del Código Civil, que prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, en concordancia con lo previsto en las Disposiciones Transitoria Única y Final Única de la Resolución No. RE-SERCOP-2022-0125, el artículo 295.2 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP no es aplicable a los contratos cuya suscripción corresponda a una fecha anterior a la publicación de la referida resolución, cuyas estipulaciones deben guardar armonía con la normativa y los modelos de pliegos de los procedimientos de consultoría vigentes a la fecha de su celebración”.

2. El pedido de reconsideración. -

2.1. En lo principal, el pedido de reconsideración y el informe jurídico que se acompañó, se ratifican en los argumentos expresados en el informe jurídico inicial. En este sentido, el informe jurídico adjunto a su oficio de reconsideración, contenido en el memorando Nro. 0132-PSM-JVL-GADMCP-2023 de 9 de marzo de 2023, suscrito por el Procurador Síndico del GADM Palenque, expuso:



“En lo principal a nuestra primera consulta, nada se ha dicho, con respecto a la aplicación de la norma a situaciones generadas en el pasado, pero que continúan después de la entrada en vigor de dicha norma, porque las situaciones referidas no han agotado sus efectos, esto es que las fiscalizaciones que se encuentran en ejecución antes, durante y después de la expedición de la referida resolución, que ha quedado más que claro es de carácter retrospectivo y no retroactivo, motivo por el cual esta entidad del estado (sic) decidido emitirla al ser necesario, urgente e inminente dar una solución a esta problemática arrastrada por décadas. No se realizó ningún análisis de la aplicabilidad de la norma en el tiempo, dejando siempre claro que jamás se plantearía un recurso con la finalidad de la retroactividad pues no lo permite la ley, pero si la retrospectividad que el derecho ampara, especialmente en lo referente a los pagos, más aún al ser emitida por el mismo organismo rector del sector, organismo que emite los formatos y modelos a los que hacen referencia en sus respuestas, pero que nunca fueron parte de la consulta. (El subrayado pertenece al texto original).

Por lo tanto nosotros concluimos que es aplicable a todo proceso en vigencia, cuyos conceptos no sean contradictorios al espíritu de la Resolución citada”.

2.2. El alcance a la solicitud de reconsideración, contenido en oficio Nro. 059-GADMCP-AD.M-ACHH-2023 de 13 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día, argumentó lo siguiente:

“(…) La Resolución SERCOP No. 125 no solo que es de cumplimiento obligatorio sino, además, ha sido emitida, conforme consta en los considerandos que he transcrito, con el objeto de **ACLARAR LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE FORMA DE PAGO PREVISTO EN LOS MODELOS DE PLIEGOS DE CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍA (CONTRATOS DE FISCALIZACIÓN)**. Si bien el artículo 7 del Código Civil, señala en su postulado general que *‘la ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes...’*; también habrá que considerar la regla 23 del mencionado artículo, que señala: *‘23. Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas...’*. Es decir, estamos ante un caso específico respecto al cual, la Resolución SERCOP No. 125 se entiende incorporada a la Resolución que puso en vigencia el modelo obligatorio de pliegos de consultoría emitido por el SERCOP, esto es, la versión 2.1 de 09 de junio de 2017; **caso en el cual la ley aclaratoria tiene efecto retroactivo.**

Se trata, en efecto, de que la irretroactividad de la ley es una regla general, común y generalmente aplicable; sin embargo, en el caso de que se dicte una norma jurídica aclaratoria que pretende declarar el sentido de otra norma jurídica; estamos en el supuesto de la regla 23 del artículo 7 del Código Civil y, por lo tanto, dicha norma aclaratoria se entiende incorporada en la norma inicial, en la norma a la que aclara, por lo que tiene efecto retroactivo; en la especie, el pliego del SERCOP.

Debemos también señalar que, la propia regla 23 del artículo 7 del Código Civil prevé, que esta regla no puede alterar situaciones jurídicas que ya han sido objeto de decisión en el tiempo ‘intermedio’, es decir, no aplicará a contratos de fiscalización de obras que hayan sido objeto de suscripción de actas de entrega recepción definitivas, suscritas al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, ya que estos contratos han finalizado.

(...)

PETICIÓN:

Siendo la Resolución No. 125 una norma jurídica aclaratoria del modelo de pliegos de consultoría expedida por el SERCOP, respecto a la 'forma de pago' del precio de los contratos de fiscalización, esa resolución debe aplicarse a los contratos de fiscalización de obras que se encuentren vigentes; norma jurídica aclaratoria cuya aplicación jurídica se encuentra regulada, justamente, en la regla 23 del artículo 7, que no ha sido objeto de análisis en el Pronunciamiento del señor Procurador General del Estado; por lo que solicito la reconsideración de dicho pronunciamiento con base al análisis realizado de la regla 23 del artículo 7 del Código Civil". (El resaltado y subrayado pertenecen al texto original).

2.3. A fin de contar con mayores elementos de análisis, para atender el pedido de reconsideración, mediante oficios Nros. 01615 y 001876 de 4 y 21 de abril de 2023, respectivamente, este organismo solicitó e insistió al SERCOP que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la reconsideración parcial, en el que precise además si "*(...) como ente emisor de la Resolución No. RE-SERCOP-2022-0125, expidió la misma con la intención de que se trate, respecto de los contratos de consultoría (y específicamente de fiscalización de obra), de una norma de naturaleza aclaratoria o si exclusivamente constituye una reforma a las disposiciones que en dicha Resolución se señalan*", requerimiento que fue atendido con oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0030-OF de 27 de abril de 2023, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, encargada, de dicha entidad, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día.

2.4. Finalmente, con oficio Nro. CICE-SEP-026-2023 de 3 de abril de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, el Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles del Ecuador analizó y solicitó lo siguiente:

"ANÁLISIS:

10. La Resolución del SERCOP No. RE-SERCOP-2022-0125, del artículo 295.2 no cambia con el concepto de la forma de pago de los contratos de fiscalización, únicamente aclara el procedimiento de pago; por tal motivo se subsume en lo previsto en el Art. 7 número 23 del Código Civil.

(...)

13. Por lo tanto, si la Resolución del SERCOP No. RE-SERCOP-2022-0125 únicamente aclara el procedimiento de pago, sin cambiar el concepto; la constitución garantiza el derecho al trabajo para la actividad del servicio de fiscalización; a la vez que esta norma ídem establece que en caso de dudas se deberá aplicar la norma en el sentido más favorable al trabajador.





PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

1999 - 2023

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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PALENQUE
0001494-2023
Página 6

14. Con lo antes expuesto se puede concluir que ES PROCEDENTE APLICAR LA RESOLUCION No. RE-SERCOP-2022-0125, para el pago de los contratos de fiscalización en estado vigente a la fecha de su expedición.

PETICIÓN:

En base a todo lo antes mencionado, consideramos que es procedente que se reconsidere el pronunciamiento del Señor Procurador General del Estado en cuanto tiene que ver con la aplicación de la Resolución del SERCOP No. RE-SERCOP-2022-0125, para los contratos vigentes a la fecha de emisión de esta resolución”.

3. Análisis. –

Del pedido de reconsideración y del informe jurídico previamente citados, se observa que el GADM Palenque reitera el análisis efectuado al formular su consulta inicial sobre la aplicación de los procedimientos de pago descritos en el artículo 295.2 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, agregado por el artículo 3 de la Resolución Nro. 125, a contratos celebrados con anterioridad a la publicación de esa Resolución pero cuyo objeto no ha concluido hasta la emisión de la misma, agregando la referencia del número 23 del artículo 7 del Código Civil⁸ (en adelante, “CC”).

Al respecto es oportuno considerar lo siguiente:

3.1. Del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en el oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023, se observa en lo esencial lo siguiente:

- a) El contrato obliga únicamente a las partes que intervienen en su celebración; y, la consultoría comprende entre otros, la fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, de conformidad con el artículo 8 número 6 de la LOSNCP, siendo el contrato de fiscalización, independiente del de obra.
- b) Según el artículo 80 de la LOSNCP, el supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables administrativa, civil y penalmente de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.
- c) Esa atribución del Director General del SERCOP, mediante resolución, establecer los modelos y formatos obligatorios, según el artículo 28 del derogado Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, “RGLOSNCPP 2009”)⁹

⁸ CC. codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁹ RGLOSNCPP 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009; derogado por la Disposición Derogatoria Única del vigente RGLOSNCPP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

02073

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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PALENQUE
0001494-2023
Página 7

d) Correspondía al administrador del contrato velar porque el fiscalizador actúe de acuerdo con las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato, según el artículo 121 del RGLOSNC 2009.

e) Toda ampliación ocasionada por circunstancias imprevistas debía ser instrumentada en uno o varios contratos complementarios, de conformidad con las previsiones del artículo 85 de la LOSNC; con los límites determinados en el artículo 87 ibidem y de conformidad con el informe previo de la fiscalización de la obra, de conformidad con el artículo 144 del RGLOSNC 2009.

f) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la CRE.

g) Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 7 del CC, la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo.

h) En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto aquellas que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos, las relacionadas al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato, y las referidas a la sustanciación y ritualidad de los juicios, de conformidad con las reglas 18a y 20a del artículo 7 del CC.

i) De conformidad con los considerandos de la Resolución Nro. 125 consta la necesidad de aclarar el mecanismo de aplicación de la forma de pago establecida en los modelos de pliegos de contratación de consultoría correspondiente al pago por porcentaje de avance de obra, no obstante el artículo 295.2 de la actual Codificación de Resoluciones del SERCOP contiene normas sustantivas referentes a la forma de pago de los contratos de fiscalización que imponen deberes al fiscalizador, tales como el presentar un informe mensual que detalle los recursos humanos, equipos y servicios efectivamente asignados.

j) Para la aplicación de la Resolución Nro. 125, el SERCOP debe reformar los modelos de pliegos de los procedimientos de consultoría, los mismos que serán aplicables desde el momento de su publicación.

k) La Resolución Nro. 125 prevé expresamente que entrará en vigor a partir de su publicación en el Registro Oficial, esto es, el 1 de julio de 2022, por lo que se consideró que en virtud del número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰ (en adelante, "LOGJCC") "7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la

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

norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”.

El pronunciamiento contenido en oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023 examinó las disposiciones de la LOSNCP, el RGLOSNCP 2009 (vigente a la fecha de expedición de la Resolución No. 0125-2022), las normas del artículo 7 del CC sobre la Ley en el tiempo y sus excepciones y con tales antecedentes, en cuanto a su primera pregunta, concluyó principalmente con base en el artículo 7 regla 18 del CC, que prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, en concordancia con lo previsto en las Disposiciones Transitoria Única y Final Única de la Resolución Nro. 125 y el artículo 295.2 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, y consideró que el citado artículo 295.2 no es aplicable a los contratos cuya suscripción corresponda a una fecha anterior a la publicación de la referida resolución, cuyas estipulaciones deben guardar armonía con la normativa y los modelos de pliegos de los procedimientos de consultoría vigentes a la fecha de su celebración.

3.2. Análisis de los argumentos adicionales del pedido de reconsideración. -

De lo analizado en el pronunciamiento de este organismo contenido en el oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023, y en virtud de lo expuesto en el pedido de reconsideración y en el oficio de alcance, así como en el informe jurídico adjunto, cuyo contenido se han citado previamente, es pertinente considerar lo siguiente:

De conformidad con lo manifestado en el pronunciamiento, cuya reconsideración parcial solicita, según la norma 18a del artículo 7 del CC, a los contratos se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración. Al respecto, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic¹¹ analizan:

“En lo que concierne a las condiciones de fondo requeridas para su validez, **los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración.** Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que **cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir,**

¹¹ TRATADO DE DERECHO CIVIL. Partes Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Pág. 249



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
FRENTE AL SERVIDOR PÚBLICO

02073

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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PALENQUE
0001494-2023

Página 9

se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser otra ley que aquella que existía en la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celerado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos". (El resaltado me corresponde).

Sobre los derechos adquiridos, la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 184-14-SEP-CC, dentro del caso No.2127-II-EP¹², ha manifestado:

“Prima facie, corresponde distinguir entre derechos adquiridos y expectativas legítimas, toda vez que entre ellas se contraponen. **El derecho adquirido es una situación creada cumpliendo todas las condiciones necesarias para adquirirlo, en estricta observancia de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico vigente. Una vez consolidada no puede ser desconocida ni vulnerada por los actos o disposiciones posteriores, es decir, debe respetar los derechos adquiridos; en tal virtud, se entienden incorporadas como válidas y definitivas, y pertenecen al patrimonio de una persona.** En cambio, las expectativas legítimas son situaciones que no están consolidadas, ya por omisión o incumplimiento de ciertos requisitos previstos en la ley para surtir plenos efectos; por tal razón, en ella solamente existen simples esperanzas que no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; es decir, corresponde a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas, son intereses que no están jurídicamente protegidos; por tanto, ceden ante una nueva disposición que puede dejarla sin efecto, es decir, se puede modificar, sin que esto implique vulneración de ‘derechos’”. (El resaltado me corresponde).

De otra parte, según se manifiesta en el alcance del pedido de reconsideración, contenido en oficio Nro. 0059-GADMCP-AD.M-ACHH-2023 de 13 de marzo de 2023, la Resolución Nro. 125 tiene carácter aclaratoria y por lo tanto le es aplicable la excepción dispuesta en la regla 23a del artículo 7 del CC que prevé *“Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”*.

El considerando 15 de la Resolución Nro. 125, al que se refiere el alcance a su pedido de reconsideración, dice textualmente:

“Que, aplicando el principio de trato justo para los proveedores del Estado, en el caso de los consultores - fiscalizadores, se debe garantizar el reconocimiento de los servicios efectivamente prestados, para lo cual **es necesario aclarar el mecanismo de aplicación de la forma de pago** establecida en los modelos de pliegos de contratación de consultoría correspondiente al pago por porcentaje de avance de obra”. (El resaltado me corresponde).

¹² Corte Constitucional, sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 406 de 30 de diciembre de 2014.

Sin embargo, el considerando señala que se trata de una nueva normativa de carácter general y no de una aclaración de normas preexistentes:

“Que, en cumplimiento con el principio de seguridad jurídica y garantizando la aplicación de los principios que rigen a la contratación pública, es indispensable que el SERCOP, conforme sus facultades, **emita una normativa de carácter general, respecto a los contratos de fiscalización**, con el fin de evitar la discrecionalidad por parte de los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública”. (El resaltado me corresponde).

Por lo señalado, no bastan los enunciados de la parte considerativa de la Resolución Nro. 125 para determinar si se trata de una norma aclaratoria o no y al respecto, hay que considerar que dicha resolución impone una serie de obligaciones sustantivas al fiscalizador y al administrador del contrato, entre las que a manera de ejemplo se pueden señalar: la presentación por parte del fiscalizador de un informe mensual de actividades en el que, a más de lo previsto en el contrato, deberá establecer el avance del contrato de ejecución de obra, en relación con el cronograma valorado, retrasos y cualquier situación que pueda inferir en el pago de la obra; y, el detalle de los recursos humanos, equipos y servicios efectivamente asignados a la ejecución del contrato de fiscalización en el mes correspondiente. Este informe deberá ser aprobado por el administrador del contrato de fiscalización, en el plazo de 15 días contados a partir de la entrega por parte del consultor, previo al pago respectivo.

También la Resolución en mención, establece aspectos relativos a la suspensión de la ejecución del contrato de obra que debe observar la entidad contratante, al señalar que: “(...) *la entidad contratante analizará la conveniencia o no de que en el proyecto permanezca personal mínimo de fiscalización, conforme a las obligaciones contractuales asumidas con la entidad contratante*” y la contabilización de plazos contractuales al disponer que: “*El período de suspensión no será contabilizado como parte del plazo contractual, por lo que, éste no se considerará como prórroga, si por solicitud del administrador de contrato se solicita la ejecución de tareas específicas durante este período (...)*”. Es decir, la Resolución Nro. 125 contiene textos reformativos y sus disposiciones no aclaran o interpretan el alcance de normas preexistentes, por lo que no se configura la excepción a la irretroactividad de la ley contenida en la regla 23 del artículo 7 del CC.

En virtud de lo manifestado, la indicada Resolución es un cuerpo normativo que ha de analizarse en su totalidad, tomando en consideración los números 5 y 6 del artículo 3 de la LOGJCC, que establece los métodos y reglas de interpretación constitucional y ordinaria, mismos que en su orden señalan:

“5. Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

02073

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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PALENQUE
0001494-2023
Página 11

6. Interpretación teleológica. - Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”.

De lo referido en el informe jurídico que motiva el pedido sobre “(...) *la aplicación de la norma a situaciones generadas en el pasado, pero que continúan después de la entrada en vigor de dicha norma, porque las situaciones referidas no han agotado sus efectos, esto es que las fiscalizaciones que se encuentran en ejecución antes, durante y después de la expedición de la referida resolución (...)*”, no cabe la aplicación de una ley posterior a un contrato al cual se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración, según lo prevé nuestra legislación y la doctrina de manera concordante, ya que se afectarían derechos adquiridos. Tanto más si se tiene en cuenta que se trata de una disposición reglamentaria, norma de inferior jerarquía que la Ley, de conformidad con el artículo 425 de la CRE.

Sobre la aplicación de la excepción al principio de irretroactividad de la ley previsto en la regla 23 del artículo 7 del CC, señalado en su alcance a la solicitud de reconsideración, del análisis integral del contenido de la Resolución Nro. 125, que reformó la Codificación de Resoluciones del SERCOP, se desprende que no se trata de una norma aclaratoria o interpretativa ya que establece obligaciones sustantivas para el fiscalizador, administrador del contrato y la entidad contratante, a la vez que reforma disposiciones de carácter también sustantivo.

Adicionalmente, la irretroactividad de los actos normativos que incluye a los reglamentos fue analizada en el oficio Nro. 03848 de 17 de mayo de 2019, en el cual este organismo se pronunció sobre la aplicación de los artículos 128 del COA y 7 del CC, en el cual se examinó lo siguiente:

“Respecto de la aplicación del principio de irretroactividad a los actos normativos que las administraciones públicas expiden, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹³ explican:

a) Se ha venido considerando tradicionalmente como una regla propia del derecho administrativo la que entiende que, si bien la ley puede establecer sin más su *retroactividad* (...), el reglamento, en cambio, no puede hacerlo. Según ello, la posibilidad de aplicación retroactiva quedaba, pues, referida a las leyes formales, pero no a los reglamentos.

(...) ‘la retroactividad queda excluida de la potestad reglamentaria de la administración’ (...).

De lo expuesto se observa que, **los actos normativos de carácter administrativo**, como es el caso de las resoluciones que (...), por su carácter de fuentes positivas del derecho, integran el ordenamiento jurídico y están incluidos en el primer inciso del artículo 425 de la CRE que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas; adicionalmente, rigen desde la fecha

¹³ García de Enterría, Enrique y Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Editorial Temis S.A.-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, págs. 67-68.

de su publicación en el Registro Oficial y **por razones de seguridad jurídica están sujetos al principio de irretroactividad**". (El resaltado me corresponde).

Por otra parte, cabe señalar que el SERCOP mediante oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2022-0108-OF de 27 de diciembre de 2022, manifestó:

“En este sentido, este Servicio en cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC, conforme las atribuciones detalladas en el citado artículo, siendo una de ellas la de capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública, y adicional a ello, asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Con base a la normativa expuesta se da atención a sus consultas en el siguiente sentido:

Con referencia a la primera consulta, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales que son elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y que en armonía con lo manifestado el artículo 28 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la entidad contratante bajo su responsabilidad quien puede modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que los ajustes no contravengan con los modelos obligatorios preestablecidos.

Para la doctrina[1] López Suárez señala que: ‘Los pliegos, como se mencionó, deben ser elaborados y aprobados para cada procedimiento, correspondiendo dicha labor a la entidad contratante, pero considerando para el efecto los modelos que tienen el carácter de obligatorios y que han sido elaborados por el SERCOP. Es evidente que para cada procedimiento la entidad contratante, bajo su responsabilidad, puede incorporar los aspectos que considere fundamentales para el procedimiento específico que se lleve adelante, por lo que podría variar los pliegos, pero exclusivamente en lo que fuere necesario, sin cambiar las condiciones generales de los mismos, ni incorporar aspectos que no cuenten con sustento legal, ni tampoco eliminando requerimientos exigidos por el SERCOP [...]’.

Bajo estas consideraciones, se debe reiterar que los modelos obligatorios de pliegos establecidos previamente por este Servicio, son de cumplimiento obligatorio, por lo cual, las entidades deberán observar lo establecido en los mismos y en el contrato de fiscalización correspondiente, caso contrario estaría inobservado normativa legal prevista en materia de contratación pública.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
0001494-2023

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

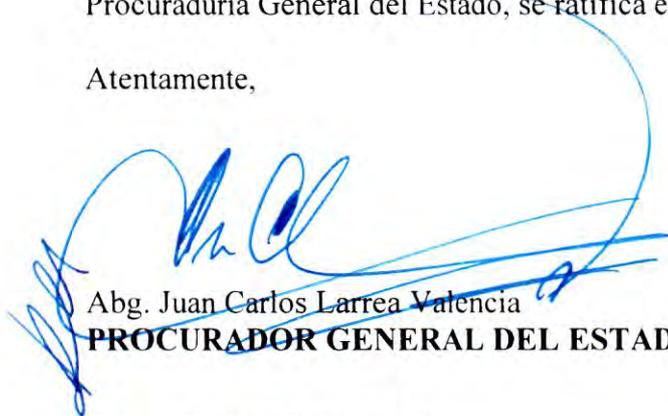
Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palenque
0001494-2023
Página 14

los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública; así pues, **el SERCOP, como ente de contratación pública, emitió la Resolución Nro. RE-SERCOP-2022-0125, con la intención de que se trate, exclusivamente de una reforma a las disposiciones que contiene la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, y, a los modelos de pliegos de contratación de consultoría.** (El resaltado me corresponde).

4.- Ratificación del Pronunciamiento. -

Analizados los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración y su alcance, se establece que estos no conducen a modificar la conclusión de este organismo contenida en pronunciamiento constante en oficio Nro. 00988 de 16 de febrero de 2023, por lo que, de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se ratifica el mismo.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Dennis Valencia Macías
Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

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

Ing. Guillermo Pacheco Quintana,
Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles del Ecuador (CICE)



PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO
CALLE 14 DE JULIO

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

Oficio N° 02087

Quito, D.M., 10 MAY 2023

Doctora

Ximena Córdova Vallejo

PRESIDENTA

CONSEJO DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR (CACES)

Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. CACES-P-2023-0172-O, de 23 de febrero de 2023, ingresado en esta Procuraduría al día siguiente, mediante el cual formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Puede el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior contratar bajo la modalidad de contrato civil de servicios profesionales a un docente que se encuentra vinculado a una Institución de Educación Superior Pública conforme las modalidades establecidas en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior (y normativa conexas) bajo relación de dependencia (bajo cualquier modalidad contractual), sin violentar lo establecido en el artículo 12, 24 y 117 de la Ley Orgánica del Sector (sic) Público y normativa conexas, aclarando que este profesional tiene una jornada completa de 8 horas en la Institución de Educación Superior a la que pertenece?”.

2. ¿Puede el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior contratar bajo la modalidad de contrato civil de servicios profesionales a un docente que se encuentra vinculado a una Institución de Educación Superior Pública conforme las modalidades establecidas en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior (y normativa conexas) bajo relación de dependencia (bajo cualquier modalidad contractual), sin violentar lo establecido en el artículo 12, 24 y 117 de la Ley Orgánica del Sector (sic) Público y normativa conexas, aclarando que este profesional labora menos de 8 horas en la institución de educación superior a la que pertenece?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 01137, 01138 y 01139 de 1 de marzo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Consejo de Educación Superior (en adelante, “CES”); a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante, “SENESCYT”); y, al Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 01428 de 21

de marzo de 2023, se insistió en dicho requerimiento al MDT, sin que se haya atendido dicho requerimiento hasta la presente fecha.

1.2. El Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (en adelante, "CACES"), mediante oficio sin número de 2 de marzo de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, en relación a los pedidos de remisión de criterios jurídicos dirigidos al CES y a la SENESCYT manifestó lo siguiente:

"El Consejo de Aseguramiento de la Calidad de Educación Superior (CACES), de conformidad con el artículo 353 de la Constitución de la República del Ecuador; y, el artículo 171 de la Ley Orgánica de Educación Superior, es un organismo público y técnico, con personería jurídica y patrimonio propio, con independencia administrativa, financiera y operativa; cuya representación legal, judicial y extrajudicial la ejerce su Presidente/a; por lo tanto no depende ni se encuentra adscrita al CES ni a la SENESCYT.

Adicionalmente, se adjuntó por segunda ocasión el informe jurídico institucional y el criterio de la Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT, ingresados junto con el oficio de consulta.

1.3. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos en su orden: *i*) por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la SENESCYT, con oficio No. SENESCYT-CGAJ-2023-0040-CO de 8 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día; y, *ii*) por el Presidente del CES, a través de oficio No. CES-CES-2023-0129-CO de 21 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día.

1.4. El informe jurídico del Procurador del CACES, contenido en memorando No. CACES-PR-2022-0396-M de 9 de septiembre de 2022, citó los artículos 229, 230 y 353 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 15 letra b), 102, 149, 171 y 173 de la Ley Orgánica de Educación Superior² (en adelante, "LOES"); 12 y 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público³ (en adelante, "LOSEP"); 148 del Reglamento General a la LOSEP⁴ (en adelante, "RGLOSEP"); 5, letra e) del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior⁵ (en adelante, "RCEPASES"); 1, 2 y 4 del Reglamento de Pares Evaluadores del CACES⁶ (en adelante, "RPECACES"); la Disposición General Séptima de la Norma Técnica del Subsistema de Planificación del Talento Humano⁷ (en adelante, "NTSPTH"); y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 08003 de 19 de febrero de 2020, con fundamento en los cuales concluyó:

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

² LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

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

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

⁵ RCEPASES, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 30 de julio de 2021.

⁶ RPECACES, publicado en el Registro Oficial No. 526 de 9 de julio de 2019, derogado por el Reglamento de Pares Evaluadores y Facilitadores Académicos Externos - RPEFAE, expedido mediante Resolución. 010-SO-03-CACES-2023 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 262 de 06 de marzo de 2023.

⁷ NTSPTH, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 494 de 6 de mayo de 2015.

4. CRITERIO JURÍDICO

(...)

Conforme la naturaleza civil del contrato, la relación con dichos profesionales no es de dependencia laboral, por lo que no están sujetos a horario de trabajo ni a prestar sus servicios en las instalaciones de la entidad contratante (el resaltado me corresponde).

La LOES en su artículo 102 establece que cuando un docente provenga de una IES pública el CACES podrá solicitarlo en comisión de servicios sin sueldo y que la IES deberá otorgarle tal comisión de forma obligatoria, entendiéndose este particular para aquellos docentes que cuentan con un nombramiento permanente (servidores de carrera) (el resaltado me corresponde).

Por su parte el Art. 149 de la LOES faculta la posibilidad de que los docentes desempeñen simultáneamente dos o más cargos en el sistema educativo público o particular estableciendo para aquello ciertas condiciones.

El Art. 5 del Reglamento de carrera y escalafón del profesor e investigador del sistema de educación superior determina que el personal académico no titular ocasional, de ser requerido, podrá de manera excepcional participar como evaluador del CACES (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto conforme a la normativa constitucional y legal invocada en el presente documento **se colige que es procedente la contratación, mediante la modalidad de contrato civil de servicios profesionales de un docente proveniente de una IES pública, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que se determina en el ordenamiento jurídico vigente para el efecto, sin que dicha contratación se encuentre dentro de la prohibición por pluriempleo.**

Finalmente, se debe indicar que conforme al pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado (carácter vinculante) respecto de la segunda consulta planteada por la Municipalidad de Guayaquil (OF. PGE No. 08003), un profesional puede suscribir dos o más contratos de servicios profesionales cuya (sic) con otras entidades del sector público sin que esto implique el incurrir en la prohibición de pluriempleo establecida en el Art. 12 y 117 de la LOSEP, ya que por ser de carácter civil no generan relación dependencia con el profesional contratado”.

1.5. El criterio jurídico de la SENESCYT, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 225 y 226 de la CRE; y, 116 y 169 letra g) de la LOES; con base en los cuales manifestó que el CES, **“en atención al principio de legalidad y juridicidad, es el organismo competente para absolver las consultas planteadas, toda vez que el mismo ha expedido la normativa referente a la carrera y escalafón del personal académico de las IES”**, sin perjuicio de lo cual, agregó que el CACES, para la vinculación de su personal **“debe observar lo dispuesto en la normativa respectiva, así como los lineamientos emitidos por el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público”** (el resaltado me corresponde).

1.6. Por su parte, el criterio jurídico del CES, además de las normas señaladas, citó los artículos 270 de la CRE; 22 del Código Orgánico Administrativo⁸ (en adelante, “COA”);

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



70 de la LOES; y, 10, 15 y 23 del RCEPASES, luego de lo cual manifestó y concluyó lo siguiente:

“(…) considerando que las consultas planteadas (…) tratan explícitamente sobre la posibilidad de que el CACES vincule o contrate personal para que preste servicios en esa institución, se colige que **el CES, en ejercicio de sus atribuciones reconocidas constitucional y legalmente, no se encuentra facultado para emitir un criterio jurídico respecto a dicha posibilidad, dado que le corresponde al CACES gestionar sus procesos internos** (el resaltado me corresponde).

(…)

Con base en lo expuesto, y únicamente con fines orientativos, se destaca que **por mandato constitucional, legal y reglamentario, el personal académico vinculado a las IES públicas puede desempeñar simultáneamente, a más de ese cargo, otros cargos públicos, siempre y cuando solo uno de ellos tenga dedicación a tiempo completo. Lo que se encuentra prohibido es el desempeño simultáneo de dos o más cargos públicos a tiempo completo**” (el resaltado me corresponde).

1.7. Finalmente, de conformidad con los anexos remitidos por la entidad consultante, consta que la Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público, Trabajo y Empleo del MDT, mediante oficio No. MDT-SISPTE-2022-0718-O de 11 de octubre de 2022, sobre el tema concluyó:

“4.- ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS:

(…)

Esta Cartera de Estado, conforme lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Decreto Ejecutivo Nro. 457, se encuentra revisando la normativa vigente respecto a la celebración de contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público, a fin de viabilizar su correcta aplicación conforme a los lineamientos para la Optimización del Gasto Público.

Es responsabilidad de la Unidad de Administración del Talento Humano o quien hiciere sus veces del Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, de conformidad con lo que establece el artículo 52 letras a) y k) de la LOSEP cumplir y hacer cumplir esta Ley, su Reglamento General, las resoluciones emitidas por este Ministerio; y, asesorar sobre la correcta aplicación de este ordenamiento legal a las autoridades, funcionarios, servidoras y servidores públicos de la institución, en tanto que, la Unidad Financiera sobre lo que determina el artículo 121 de la misma Ley”.

1.8. De lo expuesto se observa que, tanto la SENESCYT como el CES se abstuvieron de emitir sus criterios jurídicos institucionales sobre el tema, sin perjuicio de lo cual, dicho consejo señaló que el personal académico vinculado a las instituciones de educación superior (en adelante, “IES”) puede desempeñar simultáneamente otros cargos públicos, siempre que solo uno de ellos tenga dedicación a tiempo completo.

Por su parte, para la entidad consultante es factible contratar, mediante la modalidad de servicios profesionales, a un docente proveniente de una IES pública, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que se determinan en el ordenamiento jurídico vigente para el efecto, sin que dicha contratación se encuentre dentro de la prohibición por pluriempleo.

Mientras que, el MDT manifiesta que la celebración de contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia sujetos a la LOSEP se encuentran restringidos para todo el sector público, debiendo ese Ministerio, emitir la respectiva guía metodológica para la aplicación del mismo.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) La definición genérica de servidor público, los requisitos de ingreso al servicio público y la prohibición de pluriempleo; ii) El Sistema de calidad de la educación superior y pares evaluadores y la suscripción de contratos de servicios profesionales.

2.1. La definición genérica de servidor público, el régimen del personal académico y la prohibición de pluriempleo. -

Según lo prescrito en el primer inciso del artículo 229 de la CRE son servidores públicos *"todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público"*. De conformidad con el artículo 230 ibídem, en el ejercicio del servicio público se prohíbe *"Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita"* (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 3 de la LOSEP contempla que sus disposiciones son de *"aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública"*, en tanto que su antepenúltimo inciso reconoce regímenes especiales de administración de personal establecidos en otras leyes, como el caso de los docentes universitarios que se *"regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas"*. Concordante, el artículo 84 ibídem señala que los docentes e investigadores de las universidades *"se regirán por la Ley de Educación Superior"*.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 70 de la LOES determina que los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines *"son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior"*⁹. Añade la norma que dicho reglamento *"fijará las normas*

⁹ RCEPASES, expedido mediante Resolución No. RPC-SO-037-No. 265-2012, publicado en el <http://www.ces.gob.ec> NA de 9 de mayo de 2018, derogado por RCEPASES, publicado en el cuarto Suplemento del Registro Oficial No 506 de 30 de julio 2021.



que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación”.

Sobre el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, el artículo 147¹⁰ de la LOES señala que está conformado por “*profesores o profesoras e investigadores o investigadoras*”. Al efecto, el artículo 149¹¹ *ibídem* establece los tipos de docentes y el tiempo de dedicación de los mismos, en los siguientes términos:

“Las y los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas serán: titulares, invitados, ocasionales, honorarios y eméritos.

La dedicación podrá ser: a tiempo completo, a medio tiempo y a tiempo parcial; y, previo acuerdo, exclusiva o no exclusiva. La dedicación a tiempo completo será de cuarenta horas semanales; a medio tiempo de veinte horas semanales; y, a tiempo parcial de menos de veinte horas semanales.

Las y los profesores e investigadores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares. **Las y los profesores e investigadores podrán desempeñar simultáneamente dos o más cargos en el sistema educativo, público o particular, siempre y cuando la dedicación de estos cargos no sea a tiempo completo** y no afecte la calidad de la educación superior (...). (El resaltado me corresponde).

De otra parte, el inciso primero de la Disposición General Tercera de la LOSEP prevé que: “*El Nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos*”, constituyen normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el artículo 3 de esa ley.

En este contexto, el artículo 12 de la LOSEP se refiere a la prohibición de pluriempleo y dispone que: “*ninguna persona desempeñará al mismo tiempo, más de un puesto o cargo públicos, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública*”, en concordancia con lo señalado en la letra b) del artículo 24 *ibídem*, que establece como una de las prohibiciones a los servidores públicos el ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, “*excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo*” o en los casos establecidos en la presente ley (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el segundo inciso del artículo 117 de la LOSEP, al referirse a la prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones, exceptúa:

¹⁰ Artículo sustituido por el artículo 104 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018.

¹¹ Artículo sustituido por el artículo 105 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018.

“(…) **los honorarios** y otros emolumentos que perciban **los servidores que por sus conocimientos o experiencias**, sean requeridos a colaborar en programas de formación o capacitación en calidad de organizadores, profesores, docentes universitarios, músicos profesionales, instructores o facilitadores, si tales programas son desarrollados o auspiciados por una entidad u organismo de los contemplados en el Artículo 3 de esta Ley, **siempre que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo**” (el resaltado me corresponde).

Sobre el alcance de la mencionada prohibición, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 08003 de 19 de febrero de 2020, concluyó lo siguiente:

“De los artículos citados se desprende, que **la prohibición establecida en los artículos 12 y 117 de la LOSEP, está referida a los servidores y funcionarios públicos, entendidos como aquellos que tienen una relación de dependencia a través de un vínculo laboral con una entidad del Estado**, sea que hayan sido elegidos por votación popular (dignatarios), hayan ingresado al servicio público por concurso de merecimientos u oposición o suscrito un contrato de servicios ocasionales (servidores), o que ocupen puestos de confianza o para un tiempo determinado (funcionarios de libre nombramiento o remoción o a período fijo)” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* el personal docente de las universidades y escuelas politécnicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio contemplado en el RCEPASES, el cual establece las normas relativas al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación; *ii)* la prohibición de pluriempleo tiene aplicación general para todas las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de la LOSEP, por mandato de su Disposición General Tercera; y, *iii)* se exceptúa de la antedicha prohibición, los servidores que reciban honorarios y otros emolumentos, que por sus conocimientos o experiencia, sean requeridos a colaborar en una entidad u organismo de los contemplados en el artículo 3 de la LOSEP, siempre que exista disponibilidad presupuestaria y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

2.2. El Sistema de calidad de la educación superior y pares evaluadores y la suscripción de contratos de servicios profesionales.

La LOES, en su artículo 93¹², consagra el principio de calidad de la educación superior, el mismo que establece *“la búsqueda continua, auto-reflexiva del mejoramiento, aseguramiento y construcción colectiva de la cultura de la calidad educativa superior con la participación de todos los estamentos de las instituciones de educación superior y el Sistema de Educación Superior”*.

¹² Artículo sustituido por el artículo 68 de la Ley Orgánica reformativa a la LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018.



En ese orden de ideas, el inciso primero del artículo 94¹³ de la LOES se refiere al sistema interinstitucional de aseguramiento de la calidad, cuyo objetivo es “(...) *garantizar el efectivo cumplimiento del principio de calidad consagrado en la Constitución y en la presente ley*”; para lo cual, intervendrán como principales actores de este Sistema el “*Consejo de Educación Superior, el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior y las Instituciones de Educación Superior*”.

De su parte, el artículo 5 del RCEPASES señala que: “*El personal académico titular y no titular realizará actividades de docencia, investigación y vinculación con la sociedad. El personal académico titular podrá adicionalmente cumplir actividades de gestión educativa, en función de las necesidades institucionales*”. Sobre el personal académico no titular ocasional, el artículo ibídem dispone que: “*de ser requerido, podrá realizar excepcionalmente las siguientes actividades de gestión educativa: (...) e) Participar como evaluador o facilitador académico externo del Consejo de Educación Superior, del Consejo de Acreditación de la Calidad de la Educación Superior*”.

En cuanto a los pares evaluadores, el artículo 101¹⁴ de la LOES prevé que el CACES “*aprobará el Reglamento que regulará las actividades de los Pares Evaluadores y de los especialistas, consultores y funcionarios*”, aclarando que en el Código de Ética se hará constar los requisitos, las incompatibilidades, prohibiciones y la forma de selección.

Según lo determinado en el artículo 102 de la LOES, el CACES “*aprobará el Reglamento de los Pares Evaluadores para su selección y capacitación, y creará un Banco de Datos de los mismos que estará bajo su responsabilidad y administración*”. Añade que, los pares evaluadores deben acreditar formación académica o profesional, pudiendo ser nacionales o extranjeros, con grados de Especialista, Maestría o Doctorado y experiencia en procesos de evaluación de educación superior; y su inciso final prescribe que, en el caso de que un par evaluador sea un académico de una IES pública, el CACES “*podrá requerirlo en comisión de servicios sin sueldo, debiendo ser concedida dicha comisión por parte de la institución de educación superior de manera obligatoria*” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el Reglamento de Pares Evaluadores y Facilitadores Académicos Externos¹⁵ (en adelante, “RPEFAE”), en su artículo 1, establece como su objeto el “*regular los procedimientos de identificación de perfiles, registro, convocatoria, postulación, selección, capacitación, vinculación y evaluación del desempeño de los pares evaluadores y facilitadores académicos externos del CACES*”; y, en cuanto al ámbito de dicho reglamento, el artículo 2 contempla que sus disposiciones son de “*cumplimiento obligatorio para los servidores del CACES y para quienes en calidad de pares evaluadores o facilitadores académicos externos formen parte de los procesos de evaluación, acreditación y aseguramiento de la calidad de la educación superior*” que ejecute el CACES (el resaltado me corresponde).

¹³ Artículo sustituido por el artículo 69 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018.

¹⁴ Artículo sustituido por el artículo 77 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018

¹⁵ RPEFAE, expedido mediante Resolución. 010-SO-03-CACES-2023, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 262 de 06 de marzo de 2023.

De acuerdo con el inciso primero del artículo 4 del RPEFAE, se considera par evaluador *“al experto nacional o extranjero del ámbito académico y profesional que colabora con los procesos de evaluación, con o sin fines de acreditación, que ejecuta el CACES para el aseguramiento de la calidad de la educación superior”*, agregando su Disposición General Primera que: ***“Cualquier asunto que no se encuentre regulado en este Reglamento, podrá ser resuelto por el pleno del CACES”*** (el resaltado me corresponde).

De su parte, el inciso primero del artículo 148 del RGLOSEP dispone que la autoridad nominadora podrá suscribir *“contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia”*, siempre y cuando la Unidad de Administración del Talento Humano (en adelante, *“UATH”*) justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad, si fuere insuficiente dicho personal o de requerirse especialización en trabajos específicos a ser desarrollados; siendo requisito la existencia de *“recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes”*. Agrega la norma que estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados.

El inciso segundo de la citada norma señala además que, las personas a contratarse bajo esta modalidad *“no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos”*, y quienes hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, *“no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme lo establece la LOSEP y este Reglamento General”*.

En cuanto a la naturaleza de este tipo de contratos, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 08003 de 19 de febrero de 2020, analizó que: ***“Estos contratos no generan relación de dependencia, a diferencia de los contratos ocasionales. La contraprestación que reciben los profesionales o los técnicos contratados consiste en el pago mensual de honorarios”*** (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* el sistema interinstitucional de aseguramiento de la calidad de la educación superior tiene como objetivo garantizar el efectivo cumplimiento del principio de calidad consagrado en la CRE y en la LOES; *ii)* el RPEFAE tiene como objeto regular, entre otros, los procedimientos de selección y vinculación de los pares evaluadores y facilitadores académicos externos del CACES, siendo competencia del pleno de ese Consejo resolver cualquier asunto que no se encuentre previsto en el mismo; *iii)* en caso de que un par evaluador sea un académico de una IES pública, el CACES podrá requerirlo en comisión de servicios sin sueldo, debiendo ser concedida dicha comisión por parte de la institución de educación superior de manera obligatoria; *iv)* la autoridad nominadora de una entidad pública puede suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales los mismos que se pagarán mediante honorarios mensualizados, previo a lo cual la UATH deberá justificar que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por



personal de su propia entidad, o que el personal es insuficiente o se requiere especialización en trabajos específicos a ser desarrollados.

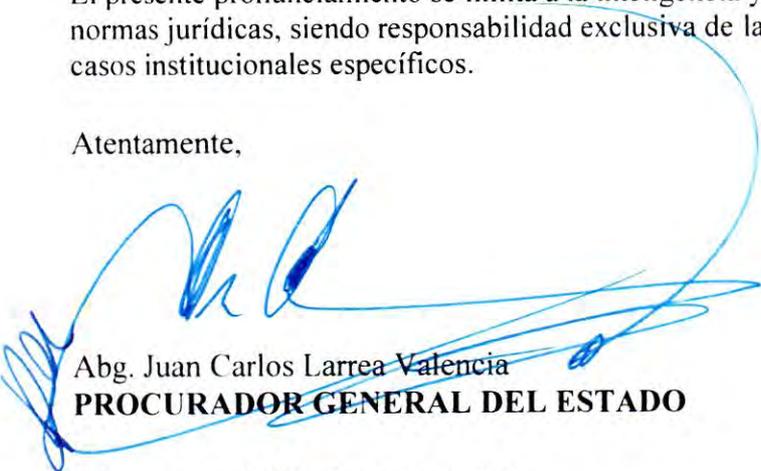
3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con lo establecido en los artículos 12, 24 letra b) y 117 de la LOES y 148 del RGLOSEP, el CACES puede contratar bajo la modalidad de contrato civil de servicios profesionales a servidores públicos que presten servicios en calidad de docentes de una Institución de Educación Superior Pública, ya sea a tiempo completo, a medio tiempo o a tiempo parcial; sin que los mismos incurran en la prohibición de pluriempleo, siempre que exista disponibilidad presupuestaria y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo, para lo cual, se deberá justificar que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad, además de la existencia de recursos económicos disponibles.

Es responsabilidad del Consejo que usted representa normar los casos señalados en sus consultas, teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables, a fin de resolver cualquier asunto que no se encuentre regulado en el RPEFAE, de conformidad con su Disposición General Primera.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Eco. Erik Pablo Beltrán Ayala, Ph.D.,
Presidente del Consejo de Educación Superior

Msc. Andrea Alejandra Montalvo Chedraui,
Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación

Arq. Patricio Donoso Chiriboga,
Ministro del Trabajo



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

2013 14 15 14304

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

Oficio N° 02100

Quito, D.M., 11 MAY 2023

Señor

Víctor Cesario Valdivieso Córdova

ALCALDE

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN LA LIBERTAD**

Presente.-.

De mi consideración:

Con relación al oficio No. 612-GADMCLL-A-2023 de 15 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día con No. 0001073-2023-AD-JL, mediante el cual se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿En caso de no obtener tres o más proformas a través de la publicación de la necesidad en la herramienta informática de ‘necesidades de ínfima cuantía’ se debe volver a publicar la necesidad en la misma herramienta informática o se debe proseguir el proceso con la única o las dos proformas obtenidas, considerando el numeral cuarto del Art. 149 del Reglamento General de la LOSNCP vigente?”

2. En caso de surgir una nueva necesidad imprevista que no supere el valor de multiplicar el coeficiente de 0.0000002 por (sic) Presupuesto Inicial del Estado y que dentro del mismo ejercicio económico ya se haya realizado un procedimiento de ínfima cuantía, ¿Qué procedimiento se debe aplicar para satisfacer la necesidad imperante de la entidad contratante tomando en cuenta lo establecido en el Art. 150 del Reglamento General de la LOSNCP vigente?”

3. ¿Son válidas las proformas enviadas por parte de los proveedores dentro del día y hora fijadas por la entidad contratante, de manera física o por correo electrónico u obligatoriamente deben presentar a través de la herramienta informática creada por el SERCOP?”

4. ¿Qué pasa si llega una proforma en un procedimiento de ínfima cuantía fuera del día y hora establecido por la entidad contratante, a pesar de que la misma se trata de un producto normalizado y la proforma es más económica?”

5. ¿Los procedimientos de ínfima cuantía deben constar o no en el PAC inicial de las entidades contratantes, de conformidad con el numeral 3 del Art. 149 del Reglamento General de la LOSNCP?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. –

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1 A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender las consultas, mediante oficio No. 01382 de 17 de marzo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia de las consultas.

1.2 El requerimiento de esta Procuraduría fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0025-OF de 31 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 3 de abril de 2023 con No. 0001271-2023-AD-JL.

1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón La Libertad (en adelante, “*GADM La Libertad*”), contenido en oficio No. 00392-PSM-2023 de 15 de marzo de 2023, citó los artículos 82, 226, 280, 288 y 293 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “*CRE*”); 4, 6 números 17 y 18, 22.1, 52.1 y Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, “*LOSNCP*”); 149 y 150 de su reglamento general³ (en adelante, “*RGLOSNCP*”); 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴ (en adelante, “*LOGJCC*”); 294 número 1 del Código Orgánico Integral Penal⁵ (en adelante, “*COIP*”); 5 número 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁶ (en adelante, “*COPLAFIP*”); 1 del Código Civil⁷ (en adelante, “*CC*”); y, 330 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP (en adelante, “*Codificación de Resoluciones del SERCOP*”)⁸. Sobre dicha base, con relación a cada una de las consultas planteadas concluyó, en su orden:

i) Respetto de la primera pregunta:

“En virtud del análisis realizado, el criterio jurídico de la Procuraduría Síndica Municipal, es que, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 149 del Reglamento General a la LOSNCP, la publicación de la necesidad en los procedimientos de ínfima cuantía, debe hacerse una sola vez en la herramienta informática creada para el efecto por parte el Ente Rector de la Contratación Pública. En caso de llegar una o dos proformas, la entidad deberá continuar con el proceso de contratación, analizando que las mismas cumplan con los requerimientos institucionales. En caso de no llegar ninguna proforma, los funcionarios de la entidad contratante deberán gestionar manualmente la consecución de las proformas a las que hace referencia la norma reglamentaria. En ningún caso será obligatorio volver a publicar la necesidad en la herramienta informática”.

ii) Respetto de la segunda pregunta:

“En conclusión, para poder absolver la consulta formulada es importante advertir dos situaciones concretas:

a) Si se trata de contrataciones que son susceptibles de ser planificadas se deberá aplicar el método de interpretación literal, ya que la norma es clara y debe ser respetada; por consiguiente, la única compra consolidada, o varias compras separadas de un mismo objeto, por el procedimiento de ínfima cuantía, en ningún caso podrán superar el valor asignado a la ínfima cuantía para cada año.

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

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

³ RGLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁴ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁵ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

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

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

⁸ Codificación de Resoluciones del SERCOP, expedida el 31 de agosto de 2016 y publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018.

b) Sólo cuando se justifique con evidencia documental, que se trata de alguna situación imprevista, que no pudo ser considerada al 15 de enero de cada año, a efectos de incluirla en el PAC inicial institucional, se podrán hacer varias ínfimas cuantías, así sobrepase el monto de la ínfima cuantía. Para esto se aplicaría el método de interpretación de la ponderación, toda vez que, es más importante sacrificar el principio de legalidad (respeto del Art. 150 del Reglamento General de la LOSNCP), que respetar el principio de oportunidad, el cual garantiza una adecuada gestión administrativa del Estado y permite satisfacer las necesidades institucionales imprevistas”.

iii) Respetto de la tercera pregunta:

“Por lo tanto, al no haberse establecido el mecanismo de presentación de proformas para el procedimiento de ínfima cuantía, la Procuraduría Síndica es del criterio que los proveedores podrán emitir sus propuestas a través de cualquier mecanismo válido (sea en físico, sea por Courier, sea por correo electrónico, o a través de la herramienta informática desarrollada por el SERCOP), siempre que las mismas sean auténticas, cumplan con los requisitos legales e institucionales establecidos, y permitan a la entidad contratante satisfacer sus necesidades”.

iv) Respetto de la cuarta pregunta:

“En conclusión, en los procedimientos de ínfima cuantía, sólo se podrán considerar las proformas que lleguen dentro del día y hora establecidos para el efecto, de conformidad con lo que determina el numeral quinto del Art. 149 del Reglamento General de la LOSNCP. Las proformas obtenidas fuera del término fijado para el efecto, no podrán ser consideradas por parte de las entidades contratantes, ni tampoco aplicará el delito de sobreprecios en Contratación Pública al que hace referencia el Art. 294.1 del Código Orgánico Integral Penal, por tratarse de un proceso abierto donde debe respetarse el principio de trato justo entre todos los proveedores participantes”.

v) Respetto de la quinta pregunta:

“Por lo tanto, se concluye que la ínfima cuantía es un procedimiento que no amerita mayor procedimiento burocrático, por consiguiente, cualquier ínfima cuantía imprevista que se presente durante el año, no se (sic) requiere de una reforma del PAC institucional. Pero aquellas compras de ínfima cuantía que puedan ser consideradas al quince de enero de cada año, a efectos de incluirlas en el PAC inicial, si (sic) deben constar en el mismo”.

1.4. Por su parte, el criterio jurídico institucional del SERCOP citó, además de las normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 227 de la CRE; 5, 10, 99 y la Disposición General Segunda de la LOSNCP; y, 7 y 152 del RGLOSNC. Sobre dicha base resaltó que ese organismo ha creado las herramientas para transparentar la información y el cumplimiento de los principios de la contratación pública y, considerando que en el procedimiento de ínfima cuantía las proformas de los proveedores tienen los mismos efectos que una oferta, señala como antecedente que:

“(…) el procedimiento de ínfima cuantía ha sido normado con el fin de realizar compras de montos mínimos de una forma ágil y directa, **previniendo que este tipo de procedimientos no se convierta en un mecanismo de elusión de otros procedimientos** de contratación pública, generando perjuicio para el Estado” (El resaltado me corresponde).



i) En relación con la primera pregunta:

“(…) de conformidad al tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, es responsabilidad de la entidad contratante, el analizar si la única cotización recibida, se ajusta a los precios del mercado, si cumple con los requerimientos técnicos y legales propuestos por la entidad y si con la misma se puede garantizar la calidad del gasto público; que para el caso de ser pertinente, podrá seleccionar de forma directa verificando que el proveedor no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado y continuar con la suscripción de la orden de compra.

Por el contrario, si la única oferta recibida no cumple alguno de los requisitos establecidos por la entidad contratante, se debería realizar una nueva publicación, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad”.

ii) En relación con la segunda pregunta:

“(…) siempre y cuando la entidad contratante bajo su responsabilidad pueda justificar documentadamente que la nueva necesidad fue por un imprevisto, de ejecución emergente y no se pudo consolidar con la compra ya realizada; así como, que se cuente con la respectiva certificación presupuestaria, podrá realizar una compra por un procedimiento de ínfima cuantía, todo lo cual, deberá ser bajo absoluta responsabilidad de la entidad contratante”.

iii) En relación con las preguntas tercera y cuarta:

“(…) son válidas las proformas enviadas por los proveedores de manera física o electrónicas o por la herramienta informática, siempre y cuando las mismas se encuentren dentro del término fijado, y cumplan los requerimientos técnicos y legales determinados por la entidad contratante, conforme el tercer inciso del artículo 336 de la Codificación de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

De igual forma, es importante señalar que, si una proforma llega fuera del término otorgado por la entidad no deberá ser considerada para la selección conforme los números 17 y 18 del artículo 6 de la LOSNCP; lo cual, afectaría al principio de trato justo, por cuanto la entidad ya fijó un término de entrega de las mismas”.

iv) En relación con a la quinta pregunta:

“(…) si existe (sic) **nuevos requerimientos imprevistos generados después de la aprobación del PAC**, las mismas no deberán provocar reforma al mismo necesariamente por tratarse de un procedimiento de ínfima cuantía no planificada (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se observa que, respecto de los procedimientos de ínfima cuantía, los criterios jurídicos de la entidad consultante y el SERCOP coinciden en señalar que: *i)* de recibir la contratante una sola proforma, siempre que ésta cumpla los requerimientos técnicos y legales, puede ser seleccionada. El SERCOP aclara que la proforma debe ajustarse a los precios de mercado y que la contratante debe verificar que el proveedor sea hábil; *ii)* los proveedores pueden enviar sus proformas de manera física o electrónica; *iii)* únicamente se deben considerar las proformas que lleguen dentro del término otorgado por la contratante y no aquellas que se envíen fuera de dicho término pues, según aclara el SERCOP, ello afectaría al principio de trato justo; y, *iv)* solamente por necesidades imprevistas, que no hubieren

podido ser incluidas en el PAC, se podrían realizar nuevos procedimientos de ínfima cuantía, siendo responsabilidad de la contratante justificar aquello de manera documental.

Por su parte, en cuanto al uso del portal en el evento en que la única oferta recibida en el procedimiento de ínfima cuantía no cumpla los requisitos, materia sobre la que trata la primera pregunta, los criterios de la consultante y el SERCOP difieren parcialmente. Así, el GADM La Libertad considera que los servidores de la entidad contratante pueden gestionar la consecución de otras proformas, mientras que el SERCOP considera que una nueva publicación en el portal es necesaria para garantizar los principios de transparencia, publicidad y trato justo.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de sus consultas, que se atenderán en forma conjunta por tratar sobre la misma materia, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Principios, prohibiciones y normas comunes en la contratación pública; y, ii) El procedimiento de contratación de ínfima cuantía y pronunciamientos previos sobre la materia.

2.1.- Principios, prohibiciones y normas comunes en la contratación pública. -

Los criterios que las compras públicas deben cumplir constan previstos en el artículo 288 de la CRE, que incluye, entre ellos, al de transparencia.

Por su parte, el inciso primero del artículo 1 de la LOSNCP, al definir su objeto señala que esa ley *“establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios (...)”* que realicen las entidades sujetas a su ámbito de aplicación.

Sobre los principios que rigen la contratación pública y la aplicación de la LOSNCP y los procedimientos y contratos sujetos a su ámbito, los artículos 4 y 5 señalan que son los de *“legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”*, considerando que en esta materia se deben precautelar los intereses públicos y la debida ejecución de los contratos.

El deber de las entidades contratantes de elaborar el Plan Anual de Contratación (en adelante, *“PAC”*) y el respectivo presupuesto consta establecido en el artículo 22 de la LOSNCP, ubicado en el Título III *“De los Procedimientos”*, Capítulo I *“Normas Comunes a todos los Procedimientos de Contratación”*. Dicho artículo dispone la publicación obligatoria del PAC en la página web de la contratante y su interoperación con el portal compras públicas que, según el número 25 del artículo 6 ibidem, es *“el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano”*.

Al respecto, se debe considerar que la Disposición Transitoria Sexta de la LOSNCP permitió únicamente, durante el primer año de su vigencia, que el SERCOP estableciera exoneraciones para la aplicación progresiva de esa ley relacionadas con el PAC y el uso del portal compras públicas. Los incisos segundo y tercero de esa disposición reiteran:

“En ningún caso se permitirá la no publicación de información sobre los procesos sujetos a la presente Ley en el Portal COMPRASPÚBLICAS.



A partir del segundo año de vigencia, ningún procedimiento estará exento del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento”.

Por otra parte, el número 20 del artículo 6 de la LOSNCP define a la “oferta habilitada” como aquella que “cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales”. Según el numeral 26 del citado artículo, un documento elaborado “Por escrito” es aquel “elaborado en medios físicos o electrónicos”.

Adicionalmente, es pertinente considerar que la LOSNCP establece inhabilidades para contratar, distingue entre generales y especiales en sus artículos 62 y 63, respectivamente; y, el segundo inciso de la Disposición General Segunda ibídem prohíbe a las entidades contratantes que el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto se subdivide en cuantías menores “con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley”; la norma agrega en su inciso tercero que: “Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional”.

Respecto a los casos en los que el procedimiento de contratación puede declararse desierto, las letras a) y b) del artículo 33, sustituido⁹ de la LOSNCP, incluye entre ellos: “a. Por no haberse presentado oferta alguna; b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley”.

A fin de controlar que las contrataciones observen la ley y los principios que ella establece y no se contravengan las prohibiciones previstas, el número 9.3 del artículo 6, reformado¹⁰ de la LOSNCP incluye la definición de “Recurrencia de contrataciones” e impone al SERCOP el deber de identificar tales conductas “con la finalidad de analizar si existe una afectación a los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública, y de ser el caso, poner en conocimiento de los entes de control respectivos”.

De lo descrito se aprecia que: *i)* Todos los procedimientos sujetos a la LOSNCP se rigen entre otros principios, por los de legalidad, trato justo, igualdad, concurrencia transparencia y publicidad. En ese contexto, el uso del portal compras públicas es obligatorio pues la información que consta en el mismo permite al SERCOP identificar, de ser el caso, conductas que afecten los principios del sistema para ponerlas en conocimiento de los organismos de control; *ii)* La elaboración del PAC y su publicación e interoperabilidad con el portal compras públicas, es un deber de las entidades contratantes; *iii)* Está prohibido a las entidades contratantes subdividir el objeto de la contratación con el fin de eludir los procedimientos; y, *iv)* Corresponde a la contratante evaluar las ofertas que cumplan todos los requisitos legales y aquellos previstos en los pliegos, así como verificar que los proveedores no incurran en inhabilidades.

2.2.- El procedimiento de contratación de ínfima cuantía y pronunciamientos previos sobre la materia. -

Las contrataciones de ínfima cuantía estuvieron inicialmente reguladas por los artículos 25 y 60 del derogado RGLOSNC¹¹, vigente desde 2009 a junio de 2022 (en adelante, “RGLOSNC de 2009”), que fueron analizados por este organismo en pronunciamientos

⁹ Sustituido por el Art. 5 de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre de 2013.

¹⁰ Agregado por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 17 de febrero de 2021, en la Disposición Reformatoria Primera de la LOSNCP.

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

contenidos en oficios Nos. 01882 y 03163, de 19 de mayo y 5 de agosto de 2011. El primero de ellos examinó su aplicación en materia de obras y concluyó que:

“(…) dicho procedimiento es aplicable únicamente respecto de infraestructuras ya existentes, en cuyo caso el objeto del contrato debe ser la reparación, refacción, remodelación, readecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.
(…)

(…) en cuanto tiene relación con la posibilidad de agrupar todas las obras que esa Municipalidad requiera ejecutar, incluidas las de ínfima cuantía, en una partida presupuestaria global, aquello es procedente de conformidad con el artículo 97 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹², que dispone que en la fase de programación del presupuesto institucional, la entidad debe definir todas las actividades y determinar los recursos necesarios para cubrir sus obligaciones”.

El segundo pronunciamiento, relacionado con la aplicación de las mencionadas normas reglamentarias, entonces vigentes, reiteró que:

“En atención a su consulta, se concluye que (...) los trabajos de reparación o readecuación, aun cuando su contratación en forma individual, pueda ser efectuada bajo el régimen de ínfima cuantía, deberán ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), de conformidad con los artículos 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 25 de su Reglamento General”.

Con posterioridad a dichos pronunciamientos se agregó a la LOSCNP el artículo 52.1¹³, que permanece vigente y contiene las regulaciones sobre el procedimiento de ínfima cuantía, según el cual es aplicable en los casos en los que el presupuesto referencial de la respectiva contratación sea inferior al resultado de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, y respecto de las siguientes contrataciones:

- i) La adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría;
- ii) La adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, que no consten en el catálogo electrónico, exceptuando los de consultoría;
- iii) Las obras que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente. El número 3 del artículo 52.1 de la LOSNCP concluye que para estos casos *“no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente”*, pues de otra forma se deberá aplicar el procedimiento de menor cuantía.

¹² Si bien dicha norma fue reformada en dos ocasiones, su texto actual conserva en la definición de programación presupuestaria la necesaria relación que debe existir entre la planificación y la disponibilidad presupuestaria. El primer inciso dispone: “Fase del ciclo presupuestario en la que, con base a los objetivos determinados por la planificación y las disponibilidades presupuestarias coherentes con el escenario fiscal esperado, se definen los programas, proyectos y actividades a incorporar en el presupuesto, con la identificación de las metas, los recursos necesarios, los impactos o resultados esperados de su entrega a la sociedad; y los plazos para su ejecución”.

¹³ Artículo agregado por el artículo 15 de la Ley Orgánica Reformativa de la LOSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre de 2013.



Para evitar el uso indebido del procedimiento de ínfima cuantía y que se contravenga la prohibición general de subdividir los contratos, el mencionado artículo 52.1 de la LOSNCP prevé que las contratantes remitan trimestralmente al SERCOP un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía así como los nombres de los contratistas, disponiendo que: *“Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes”*; no obstante, el número 10 del artículo 149 del RGLOSNCPP señala que:

“El informe trimestral al que se refiere el tercer inciso del artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no será necesario que sea notificado por la entidad contratante al Servicio Nacional de Contratación Pública, **ya que esta información se obtendrá directamente del Portal COMPRASPÚBLICAS**” (el resaltado me corresponde).

El procedimiento para efectuar las contrataciones por ínfima cuantía se desarrolla actualmente en el referido artículo 149 del RGLOSNCPP, cuyo número 3, para el caso en que dichas contrataciones no formen parte de la planificación institucional, señala que no será necesario que consten en el PAC; y, reitera la previsión legal de que no requieren el informe de pertinencia.

En cambio, los números 4 y 9 del artículo 149 del RGLOSNCPP y el artículo 152 ídem expresamente insisten en el deber de la contratante de usar la herramienta informática habilitada por el SERCOP denominada *“Necesidades Ínfimas Cuantías”*, disponible en el portal *“COMPRASPÚBLICAS”*, de uso obligatorio; portal en el que se debe publicar el *“aviso público con lo que requiere contratar por ínfima cuantía, así como la información de contrato y término para la presentación de proformas”* y el reporte de la información de la contratación por ínfima cuantía, en el término máximo de 7 días, lo que permite que el SERCOP cuente con la información documental que requiere para poder identificar los eventuales casos en los que se hubiere utilizado indebidamente el procedimiento o se hubiere contravenido la prohibición de subdivisión.

La posibilidad de que la entidad contratante pueda realizar los procedimientos de ínfima cuantía en forma consolidada o separada, cuya sumatoria debe ser igual o menor al coeficiente que permite la aplicación de ese procedimiento, está prevista por el artículo 150 del RGLOSNCPP, que impone a la contratante el deber de justificar aquello:

“Art. 152.- Ínfima consolidada o separada.- Será responsabilidad de la entidad contratante identificar si los bienes o servicios referidos en el artículo anterior, se pueden consolidar para constituir una sola contratación o si de manera justificada se determina la necesidad de realizar más de una contratación separada de los mismos bienes o servicios en el año. **En ambos casos, el presupuesto referencial de la contratación consolidada o la sumatoria de todas las contrataciones separadas, deberá ser igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000002** por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, en el año” (El resaltado me corresponde).

Para el caso de obras, el artículo 151 del RGLOSNCPP admite la posibilidad de que el procedimiento de ínfima cuantía se aplique en los casos en los que la ejecución de obras *“tenga por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura ya existente”*; y, respecto a la limitación en cuanto a la cuantía, en el inciso final agrega que no podrá

considerarse en forma individual cada intervención, sino que *“la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente”* pues caso contrario se aplicará el procedimiento de menor cuantía.

Adicionalmente, el artículo 152 del RGLOSNCN prevé que las entidades contratantes procurarán obtener *“mínimo tres proformas”*; y, agrega que: *“se seleccionará al proveedor cuya oferta cumpla con lo determinado en los números 17 y 18 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según corresponda”*; y que: *“La proforma será considerada como la oferta y su tiempo de validez será el fijado por la entidad contratante”* (el resaltado me corresponde).

Finalmente, el *“Manual de Publicación de Necesidades Ínfima Cuantía”*¹⁴, expedido por el SERCOP, en su número 3, concordante con el artículo 336 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, señala:

“Las entidades contratantes al momento de realizar la publicación de sus necesidades, deberán señalar la información de contacto del responsable de la contratación y el correo electrónico en el cual se recibirán las proformas de los bienes, obras o servicios requeridos, así como, el tiempo límite para la entrega de las mismas, el cual no podrá ser menor a un (1) día.

De las proformas recibidas por los medios físicos y electrónicos señalados, se seleccionará al proveedor cuya oferta cumpla con lo determinado en los números 17 y 18 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según corresponda. Siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas previo a realizar la contratación” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* El procedimiento de ínfima cuantía es aplicable únicamente en los casos previstos por el artículo 52.1 de la LOSNCP y está sujeto a los principios, prohibiciones y normas comunes que esa ley establece; *ii)* Es deber de las entidades contratantes usar el portal compras públicas para los procedimientos de ínfima cuantía, determinar si el objeto de la contratación puede ser consolidado a fin de ser incluido en el PAC, así como justificar documentalmente los imprevistos que motiven una nueva contratación mediante dicho procedimiento, siempre con sujeción a la cuantía prevista por la ley; y, *iii)* Las proformas equivalen a ofertas y deben ser presentadas por escrito, en formato físico o digital, dentro del término establecido por la contratante, que deberá seleccionar a aquella que cumpla con todos los requerimientos y verificar que no se configure inhabilidad. En consecuencia, si ninguna oferta cumple los requisitos, la contratante debe iniciar un nuevo procedimiento.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de su primera consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 99 de la LOSNCP y 149 del RGLOSNCN, una vez publicada la necesidad de ínfima cuantía en el portal compras públicas, el proceso puede continuar con las propuestas recibidas, incluso con la única proforma recibida, siempre que, bajo responsabilidad de la

¹⁴ Resolución No. RI-SERCOP-2021-00007, publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No.539 de 16 de septiembre de 2021.



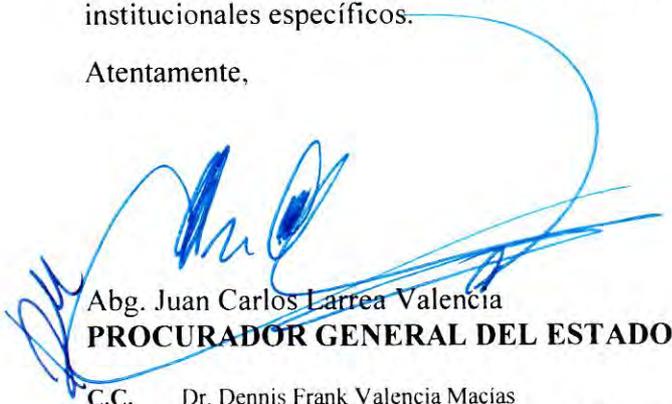
contratante, se verifique que cumple con los requerimientos. La contratante deberá verificar que el proveedor no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado y su proforma se ajuste a los precios del mercado. Si la única oferta recibida no cumple alguno de los requisitos establecidos por la contratante se, deberá realizar un nuevo procedimiento que iniciará con la publicación en el portal, para garantizar la aplicación de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad que rigen la contratación pública, previstos por el artículo 4 de la misma ley.

Respecto de sus preguntas segunda y quinta se concluye que, de conformidad con el artículo 22 de la LOSNCP, todos los procedimientos de contratación, incluidos los de ínfima cuantía, deben ser debidamente planificados y constar en el Plan Anual de Contratación. En tal virtud, aquellos procedimientos que correspondan a necesidades imprevistas, que se presenten con posterioridad a la aprobación del PAC, y toda su información debidamente documentada, deben constar en el portal "COMPRASPÚBLICAS", para los fines previstos por el número 10 del artículo 149 del RGLOSNCP.

Con relación a su tercera consulta se concluye que, de conformidad con el número 5 del artículo 149 RGLOSNCP, en los procedimientos de ínfima cuantía son válidas las proformas que los proveedores remitan dentro del día y hora fijadas por la contratante, tanto de manera física como por correo electrónico, según la definición de "Por escrito" que consta en el número 26 del artículo 6 de la LOSNCP y lo previsto en el Manual del Servicio Nacional de Contratación Pública. En tal virtud, respecto de su cuarta consulta se observa que las proformas que se presenten fuera del día y hora establecido al efecto por la entidad contratante no pueden ser consideradas.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Dennis Frank Valencia Macías
Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N59-125 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

Oficio N° **02259**

Quito, D.M., **24 MAY 2023**

Señor

Agustín José Páez Intriago

GERENTE GENERAL, SUBROGANTE

EMPRESA COORDINADORA DE EMPRESAS PÚBLICAS (EMCO EP)

Presente.-.

De mi consideración:

Con relación a los oficios Nos. EMCOEP-GRGN-2023-0189-O y EMCOEP-GRGN-2023-0191-O, de 2 y 3 de mayo de 2023, ingresados en esta el 3 y 4 del mismo mes y año, respectivamente, por los que solicita la reconsideración del pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 01681 de 10 de abril de 2021 (sic), que atendió la consulta formulada por el Liquidador de la Empresa Pública Tame Línea Aérea del Ecuador, En Liquidación.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. La consulta formulada por el Liquidador de la Empresa Pública Tame Línea Aérea del Ecuador, En Liquidación (en adelante "*TAME EP en Liquidación*"), mediante oficio No. TAME-TAME-2023-0021-O de 23 de enero de 2023, ingresado en esta Procuraduría al día siguiente, fue planteada en los siguientes términos:

“¿Es jurídicamente aplicable que TAME EP, a través de su liquidador continúe cumpliendo sus atribuciones conforme al artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pese a que el plazo contenido en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo 492 ha fenecido?”

Si la respuesta es afirmativa: ¿Se debe entender que el liquidador seguirá ejerciendo sus atribuciones hasta que se celebre la escritura pública de transferencia de todos los activos y/o pasivos, incluidos los derechos litigiosos entre el liquidador de TAME EP y el titular del MTOP (sic) o su delegado, lo cual es requisito previo para la extinción de la empresa?”.

1.2. El informe jurídico del Gerente Legal de TAME EP en Liquidación, contenido en el memorando No. TAME-GL-2023-0080-M de 23 de enero de 2023, citó los artículos 82, 147 número 5, 225, 226, 227, 233 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador¹

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

(en adelante “CRE”); 14, 28, 43 y 67 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante “COA”); 4, 54, 55, 56, 59 números 1 y 3, 61 y 63 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas³ (en adelante “LOEP”); 1 del Decreto Ejecutivo 740 de 21 de abril de 2011⁴; 2 número 1, del Decreto Ejecutivo No. 1051 de 14 de mayo de 2020⁵; 1, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo No. 1061 de 19 de mayo de 2020⁶; 7 del Decreto Ejecutivo 1096 de 17 de julio de 2020⁷; 1 del Decreto Ejecutivo 108 del 13 de julio de 2021⁸; y, 1, 2, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 492 de 12 de julio de 2022⁹, y concluyó:

“Considerando los antecedentes y el análisis formulado, es criterio de la Gerencia Legal que, con el objetivo de precautelar los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación, legalidad y juridicidad, así como anteponer el interés general sobre el particular, en virtud de las atribuciones conferidas por la Constitución y la ley, **es necesario continuar con el proceso de liquidación al tenor de lo determinado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los artículos 1, 4, 5, 6 y, 2 y 4 de los Decretos Ejecutivos 1061 y 492 respectivamente**; toda vez que para el perfeccionamiento de la transferencia de todos los activos y/o pasivos, incluyendo los derechos litigiosos se debe celebrar con una escritura pública entre el liquidador de TAME EP y el titular del MTOP (sic) o su delegado; y una vez cumplido con lo anteriormente señalado, será procedente recién (sic) a la extinción de esta empresa” (el resaltado me corresponde).

1.3. El pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio No. 01681 de 10 de abril de 2023, cuya reconsideración se solicita consideró los antecedentes referidos en el informe jurídico de la consultante, TAME EP en Liquidación, así como varios pronunciamientos vinculantes de este organismo relacionados con las normas aplicables a la liquidación de las empresas públicas, y concluyó que:

“Del análisis jurídico efectuado se observa que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, **los plazos fijados para la extinción de las empresas públicas son aquellos determinados en forma expresa en el acto que dispone su extinción**, esto es en el respectivo Decreto Ejecutivo en el caso de las empresas públicas de la Función Ejecutiva. En consecuencia, en atención a su primera consulta se concluye que las atribuciones y deberes del liquidador, a las que se refiere el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se deben cumplir dentro del plazo y sus ampliaciones, previstos en el Decreto Ejecutivo que dispuso la extinción de la respectiva empresa pública, según el mencionado artículo 56 de la misma ley” (el resaltado me corresponde).

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

³ LOEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

⁴ Decreto Ejecutivo No. 740, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 6 de mayo de 2011.

⁵ Decreto Ejecutivo No. 1051, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 22 de mayo de 2020.

⁶ Decreto Ejecutivo No. 1061, publicado en el Suplemento del Registro oficial No. 225 de 16 de junio de 2020.

⁷ Decreto Ejecutivo No. 1096, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 30 de julio de 2020.

⁸ Decreto Ejecutivo No. 108, publicado en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 495 de 15 de julio de 2021.

⁹ Decreto Ejecutivo No. 492, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 111 de 22 de julio de 2022.

2. El pedido de reconsideración. -

2.1. El pedido de reconsideración refiere como antecedente que, en sesión ordinaria de 21 de abril de 2023, el Directorio de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP (en adelante "*EMCO EP*"), resolvió disponer al Gerente General de esa empresa pública que solicite la reconsideración del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No. 01681 de 10 de abril de 2023, en virtud de que "(...) *ha generado situaciones jurídicas indeterminadas, al hacer una interpretación extensiva de la norma y se detenga el proceso de liquidación de la empresa pública*", considerando que "*El cumplimiento del plazo no es una de las causales determinadas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas para la terminación de las funciones del liquidador*" (el resaltado me corresponde).

2.2. El informe jurídico de la Gerente Jurídico de la EMCO EP, además de la normativa citada en el informe jurídico de TAME EP en Liquidación descrita en el número 1.2. del presente, motiva el pedido de reconsideración en los artículos 261, número 12 de la CRE, que incluye el control y administración de las empresas públicas nacionales entre las competencias exclusivas del gobierno central; 45 del COA, que establece la forma en que se integra la Administración Pública Central; 58, 60 y 61 de la LOEP, que regulan el nombramiento del liquidador de una empresa pública, sus responsabilidades y las causas por las que terminan sus labores; los Decretos Ejecutivos Nos. 842, derogado¹⁰ y 1051¹¹, por los que, en su orden, se creó EMCO EP y se determinaron sus atribuciones; así como la norma 406-07 de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos¹² (en adelante, "*Normas de Control Interno*"), que regula la custodia de los bienes de las entidades del sector público.

Sobre dicha base normativa, el citado informe jurídico manifiesta que: i) TAME EP en Liquidación se rige por la LOEP, el Decreto Ejecutivo No. 1051 "*como a todos los decretos ejecutivos que dispusieron su liquidación, así como las respectivas ampliaciones de plazo*", que detalla en el acápite 2.1; ii) la LOEP regula los procesos de liquidación de las empresas públicas y las formas en que termina sus labores el liquidador; iii) para atender la consulta de TAME EP en Liquidación no se contó con el criterio de EMCO EP ni se examinaron sus atribuciones; iv) el Liquidador de TAME EP en Liquidación fue designado por el Directorio de esa empresa, y de acuerdo con la Disposición General Segunda del Decreto Ejecutivo 1051 "*igual que cualquier otro Liquidador, una vez designado, por disposición expresa del Decreto Ejecutivo No. 1051 está vinculado al Talento Humano de EMCO EP*"; y, v) la custodia de los bienes de la empresa pública en liquidación, según las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado,

¹⁰ Decreto Ejecutivo 842, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 647 de 11 de diciembre de 2015, y derogado por la Disposición Derogatoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1051.

¹¹ Decreto Ejecutivo No. 1051, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 22 de mayo de 2020.

¹² Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos, expedidas por la Contraloría General del Estado mediante Acuerdo No. 004-CG-2023, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 7 de febrero de 2023.



permite “*garantizar la conservación, seguridad y mantenimiento de las existencias y bienes durante el proceso de liquidación y para posteriormente transferir al ministerio receptor*”.

Finalmente, el mencionado informe jurídico de EMCO EP expone y concluye que:

“De lo anterior, la única norma que determina cuando (sic) terminan las labores del liquidador es la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 61 por ello, **los plazos determinados en los diferentes Decretos Ejecutivos regularon la forma y términos de la liquidación y extinción de TAME EP y otras empresas públicas – artículo 56 LOEP– pero en ninguno de los Decretos Ejecutivos y mucho menos en el Decreto Ejecutivo No. 492, se ha dispuesto la terminación de las labores del liquidador.** Lo que determinan los decretos son los pasos a seguir dentro del proceso de liquidación previa a la extinción de empresa más no han establecido otra causal adicional al artículo 61 de la LOEP para la terminación de las funciones del liquidador. (el resaltado me corresponde).

En específico uno de los requisitos que si han determinado los Decretos Ejecutivos No. 1061 y No. 492, así como otros respecto a los procesos de liquidación, es la transferencia de los activos y/o pasivos, incluyendo derechos litigiosos al ministerio receptor. Transferencia que, para que tenga plena validez, deberá perfeccionarse mediante escritura pública entre el liquidador y el ministerio receptor; estos mismos decretos señalan que todo el proceso de liquidación debe ejecutarse conjuntamente con la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP.

De allí que lo que sí hizo el Ejecutivo fue determinar requisitos para que se perfeccione la transferencia de activos y/o pasivos, y derechos litigiosos al ministerio receptor, para que se entienda que ha concluido el proceso de liquidación, esto por supuesto tiene correlación con la causal 1 del artículo 61 de la LOEP, que determina que terminan las labores del liquidador, cuando haya concluido la liquidación.

Por ello si se lee lo anterior de manera conjunta el artículo 5 de la LOEP con las disposiciones generales primera y segunda del Decreto Ejecutivo No. 1051, y las disposiciones finales de los Decretos Ejecutivos Nos. 1061, 1096 y 108, se concluye que:

- i) En todo proceso de liquidación, EMCO EP tenía un rol específico para la ejecución de los Decretos.
- ii) Entre las atribuciones de EMCO están las de emitir lineamientos, directrices o similares para procesos de liquidación, **coordinar y supervisar los procesos de liquidación y las de brindar de apoyo y soporte técnico, administrativo y legal a los procesos de liquidación.** (el resaltado me corresponde).
- iii) Los liquidadores fueron vinculados al Talento Humano de EMCO EP hasta que finalice el proceso de liquidación, lo cual tiene correlación con el numeral 1 del artículo 61 de la LOEP.

(...)

De allí que, si se asume como lo hace la Procuraduría General del Estado en el Oficio No. 01681, que al culminar los plazos determinados en el Decreto Ejecutivo No. 492 se

concluyen las funciones del liquidador, se está dando una interpretación extensiva a la norma, interpretación que se aleja del marco integral normativo que regula los procesos de liquidación de las empresas públicas, otorgando un umbral distinto y más rígido, pues acarrea una nueva causal de terminación de labores del liquidador no prevista en la LOEP – cumplimiento del plazo – y en consecuencia la desvinculación de los liquidadores del talento humano de EMCO EP.

(...)

Y solo ahí, con la transferencia de activos y/o pasivos, lo que incluye los derechos litigiosos podría asumirse que sea finalizado (sic) la gestión – labores del liquidador – porque ya existe un responsable – ministerio receptor – de la custodia de bienes y además que continúe (sic) con la extinción de los pasivos de la empresa pública detallados en la escritura pública de transferencia, conforme el art. 63 de la LOEP.

(...)

Esto ha derivado en que, al entenderse que las atribuciones de los liquidadores sólo podían realizarse en los plazos y sus ampliaciones determinadas en los Decretos Ejecutivos, por lo que erróneamente se concluye que han terminado las labores del Liquidador de TAME EP – y en general de los liquidadores de empresas públicas en proceso de liquidación – en consecuencia, ya no se puedan realizar la transferencia de activos y/o pasivos, incluyendo derechos litigiosos.

Lo anterior deriva en una situación jurídica indeterminada en la que se encuentran los bienes y derechos de las empresas públicas en liquidación y de los liquidadores, los que en razón de que no han concluido los procesos de liquidación con la transferencia mediante escritura pública al ministerio receptor, aún se encuentran vinculados al talento humano de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP.”

3. Análisis. -

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

En este contexto, del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio No. 01681 de 10 de abril de 2023, se observa que dicho dictamen se refirió al plazo aplicable al proceso de liquidación de las empresas públicas en general y consideró, en lo principal, lo siguiente:

- i) La liquidación de una empresa pública es un proceso reglado por la LOEP, cuyo inicio y fin se debe detallar en forma específica en el respectivo instrumento que, en el caso de las empresas de la Función Ejecutiva, es un decreto ejecutivo según el número 1 del artículo 5 de esa ley, conforme ha concluido en forma reiterada esta Procuraduría en los pronunciamientos



vinculantes contenidos en oficios Nos. 05891 de 20 de septiembre de 2019, 07410 de 14 de enero de 2020 y 17371 de 23 de enero de 2022. En consecuencia:

- a. Las empresas públicas de la Función Ejecutiva se extinguen mediante Decreto Ejecutivo, según los artículos 5 número 1 y 56 de la LOEP; el mismo que debe determinar la forma y plazo de extinción y liquidación de la respectiva empresa pública;
 - b. Corresponde al liquidador realizar el conjunto de operaciones jurídicas que permitan materializar el proceso de liquidación, de manera que dicho proceso concluya dentro de los plazos previstos, *“lo que incluye la elaboración del balance final de liquidación, de haber remanente patrimonial, o el acta de carencia de patrimonio en caso de que los activos no cubran la totalidad de los pasivos, en concordancia con lo determinado en los artículos 405 y 406 de la LC”*¹³, conforme ha sido examinado por este organismo en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 05891 de 20 de septiembre de 2019 y 07410 de 14 de enero de 2020, entre otros.
- ii) Los Decretos Ejecutivos No. 740, 1061, 108, 492, en su orden, adecuaron la naturaleza jurídica de TAME EP a la LOEP, dispusieron su extinción y el plazo aplicable al efecto, plazo que fue ampliado expresamente en varias ocasiones.
 - iii) El principio de legalidad, que rige en Derecho Público, al que se refiere el artículo 226 de la CRE, incluye expresamente el deber de las instituciones del Estado, de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines.

Sobre la base del análisis jurídico efectuado, el pronunciamiento de este organismo concluyó que:

“(…) de conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los plazos fijados para la extinción de las empresas públicas son aquellos determinados en forma expresa en el acto que dispone su extinción, esto es en el respectivo Decreto Ejecutivo en el caso de las empresas públicas de la Función Ejecutiva. En consecuencia, en atención a su primera consulta se concluye que las atribuciones y deberes del liquidador, a las que se refiere el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se deben cumplir dentro del plazo y sus ampliaciones, previstos en el Decreto Ejecutivo que dispuso la extinción de la respectiva empresa pública, según el mencionado artículo 56 de la misma ley” (el resaltado me corresponde).

Respecto de los argumentos expuestos por EMCO EP, a lo analizado en el dictamen de esta Procuraduría cabe agregar que:

¹³ LC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999. Artículos 405 y 406 reformados por Ley s/n publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 347 de 10 de diciembre de 2020.



- a) La liquidación de una empresa pública es un proceso complejo que, para la protección de los intereses públicos y por razones de seguridad jurídica, debe contar con un cronograma definido y supervisado, que permita que se desarrolle y concluya en el plazo establecido en el instrumento que resolvió la liquidación de la empresa, así como adoptar las medidas pertinentes y oportunas respecto de la custodia de los bienes, derechos y obligaciones de la empresa en liquidación.
- b) Si las circunstancias fácticas del respectivo caso justifican la ampliación del plazo para concluir el proceso de liquidación de una empresa pública, ello se debe resolver en forma motivada y expresa, y por tanto en un instrumento igual a aquel que resolvió la liquidación, es decir en un decreto ejecutivo en el caso de las empresas públicas de la Función Ejecutiva.
- c) La designación del liquidador, sus atribuciones y la forma en que concluye sus labores son materias ligadas en forma directa con el proceso de liquidación y el plazo previsto para la conclusión de dicho proceso, considerando adicionalmente que respecto de los liquidadores de las empresas públicas de la Función Ejecutiva, ello consta previsto en la Disposición General Segunda del Decreto Ejecutivo 1051 que señala: "(...) *Los liquidadores designados, a quienes les corresponde ejercer las atribuciones previstas en la Ley, serán vinculados al talento humano de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP hasta que finalice el proceso de liquidación*" (el resaltado me corresponde).
- d) Respecto de las causas por las que los liquidadores pueden terminar o cesar en sus funciones se observa que, además de las previstas en el artículo 61 de la LOEP, a los liquidadores, como servidores públicos, les son aplicables los impedimentos o prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.¹⁴
- e) Con relación a la necesidad de que los bienes y derechos de una empresa pública en liquidación sean debidamente custodiados durante el proceso de liquidación y hasta su efectiva conclusión, se observa que, de acuerdo con la norma 406-07 de las Normas de Control Interno, corresponde a la máxima autoridad de cada entidad pública, y por tanto al liquidador, "*designar a los custodios de los bienes*" así como "*implementar su propia reglamentación relativa a la custodia física y seguridad, con el objeto de salvaguardar los bienes del Estado con la finalidad de identificar los responsables del control, ante cualquier cambio o modificación*".
- f) Los nuevos argumentos expuestos por EMCO EP, relacionados con sus competencias respecto de las empresas de la Función Ejecutiva y la vinculación

¹⁴ A manera de ejemplo, las prohibiciones previstas por los artículos 6, 9 y 10 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

de sus liquidadores como personal de EMCO EP no fueron materia de consulta a esta Procuraduría ni del dictamen de este organismo.

Al respecto se observa que, según los números 1 y 5 del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1051, corresponde a EMCO EP la emisión de políticas y procedimientos de liquidación, así como la planificación, coordinación y supervisión de los procesos de liquidación de las empresas públicas de la Función Ejecutiva y el control de la gestión de los liquidadores. Concordante, según el número 6 del artículo 5 del Decreto Ejecutivo 1051, compete al Directorio de EMCO EP:

“Absolver con carácter vinculante, las consultas formuladas por las empresas públicas sujetas a su regulación y coordinación, en lo relativo a la normativa, políticas, lineamientos, herramientas y metodologías **expedidas por la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP**” (el resaltado me corresponde).

Del análisis jurídico efectuado a los nuevos argumentos expuestos por EMCO EP se observa que: *i)* la liquidación de una empresa pública es un proceso complejo sujeto al principio de legalidad y por tanto debe concluir en los plazos establecidos al efecto en el instrumento que hubiere resuelto la liquidación. En consecuencia, dicho proceso debe sujetarse a un cronograma cuyo cumplimiento debe ser objeto de seguimiento y control; *ii)* corresponde al liquidador velar por el patrimonio de la empresa en liquidación, aplicar la reglamentación sobre custodia y seguridad del patrimonio de la empresa, designar a los respectivos custodios, y realizar todas las gestiones necesarias para desarrollar y concluir el proceso de liquidación en los plazos previstos, así como rendir cuenta de su gestión al final de la liquidación; y, *iii)* la necesidad de ampliar el plazo del proceso de liquidación como tal es materia que debe ser examinada en cada caso concreto, fundamentándose en circunstancias fácticas específicas, lo que excede el ámbito de competencia de este organismo, limitado a la inteligencia general de las normas.

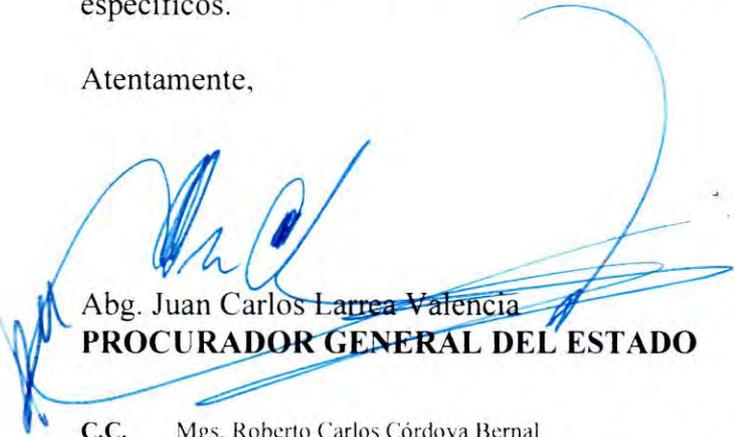
4. Ratificación y Ampliación del Pronunciamiento. -

Analizados los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio No. 01681 de 10 de abril de 2023, se observa que no conducen a modificar las conclusiones de este organismo, por lo que se ratifica el contenido del mismo y se amplía en el sentido de que, el liquidador es responsable de la efectiva conclusión del proceso de liquidación dentro de los plazos dispuestos para ello, cuya ampliación debe ser resuelta en forma expresa y motivada en la misma forma en que se hubiere decidido la liquidación, mediante los instrumentos descritos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, esto es mediante un decreto ejecutivo para el caso de las empresas públicas de la Función Ejecutiva, según el número 1 de esa norma.

En los términos expuestos queda aclarado el pronunciamiento constante en el oficio No. 01681 de 10 de abril de 2023.

Finalmente, se reitera que el pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de las normas jurídicas infraconstitucionales materia de consulta, y por tanto no se extiende al análisis de circunstancias específicas o hechos cuya valoración es responsabilidad de las autoridades competentes, a quienes corresponde disponer e implementar las medidas que se estimen oportunas a fin de precautelar los intereses públicos en los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Roberto Carlos Córdova Bernal
Liquidador de la Empresa Pública Tame Línea Aérea del Ecuador, En Liquidación



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

379 011 04 01 01 13 004

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

Oficio N° **02258**

Quito, D.M., **24 MAY 2023**

Economista
Gerardo Maldonado Zeas,
GERENTE
COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA AUSTROGAS
Presente.-.

De mi consideración:

Con relación al oficio No. AG-GER-2023-007-OF, de 16 de enero de 2023, ingresado en la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca el mismo día, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRAZ-2023-00044 de 31 de enero de 2023, recibido el 1 de febrero del presente año, mediante el cual formuló la siguiente consulta:

“El Art. 215 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que para la ‘Adquisición de bienes inmuebles.- En los procedimientos de adquisición de bienes inmuebles se publicará en el Portal COMPRAS PÚBLICAS, lo siguiente:

1. Aprobación emitida por el Servicio de Gestión Inmobiliar del Sector Público, INMOBILIAR de ser aplicable;’ de donde tenemos la siguiente consulta:

¿PARA LA ADQUISICIÓN DE UN TERRENO (BIEN INMUEBLE) PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVO CENTRO DE ACOPIO PARA LA CEM AUSTROGAS SE REQUIERE APROBACIÓN EMITIDA POR EL SERVICIO DE GESTIÓN INMOBILIAR DEL SECTOR PÚBLICO INMOBILIAR?”. (El subrayado me pertenece)

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. ANTECEDENTES. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Con oficio No. PGE-DRAZ-2022-01313, de 6 de diciembre de 2022, la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado, solicitó a la Compañía de Economía Mixta AUSTROGAS (en adelante, “AUSTROGAS”) que la consulta inicialmente planteada en oficio No. AG-GER-2022-240-OF de 1 de los mismos mes y año, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico del Asesor Jurídico de AUSTROGAS respecto al objeto de la consulta reformulada.

1.2. Si bien a través de oficio No. AG-GER-2022-248-OF de 12 de diciembre de 2022, ingresado al día siguiente, la entidad a su cargo dio respuesta al requerimiento de la

Dirección Regional del Azuay de este organismo, de su lectura se observó que la consulta no fue reformulada sobre la aplicación de una norma jurídica, por lo que mediante oficio No. PGE-DRAZ-2022-01332 de 16 de los mismos mes y año la citada Dirección Regional insistió en su requerimiento, el cual fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.3. El informe jurídico del Asesor Legal de AUSTROGAS, contenido en oficio sin número de 16 de enero de 2023, citó los artículos 226, 315, 316 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 1, 4 inciso 2 y 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en adelante, "LOEP"); 58 y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, "LOSNCPP"); 215 y 216 del Reglamento General a la LOSNCPP⁴ (en adelante, "RLOSNCPP"); 15 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública⁵ (en adelante, "Codificación de Resoluciones del SERCOP"); y, 9 de la Ley de Hidrocarburos⁶ (en adelante, "LH"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

"ANÁLISIS

Dada la necesidad de contar con un espacio PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN CENTRO DE ACOPIO PARA LA CEM AUSTROGAS y toda vez que la CEM Austrogas, no tiene la facultad legal ni reglamentaria para poder emitir una Declaratoria de Utilidad Pública, además es necesario advertir, que la CEM Austrogas, al ser mixta, cuenta con accionistas que pertenecen al sector privado, quienes no se pueden beneficiar de esta declaratoria de utilidad pública, sin embargo, es indispensable mencionar que la adquisición que se tiene prevista generará utilidades a la empresa (accionistas públicos y privados), pues se hace como una estrategia comercial para el cantón Biblián y con el objetivo de reforzar el abastecimiento a nuestros distribuidores de la zona y captar nuevos clientes en la ciudad de Azogues, de donde se desprenden objetivos comerciales y no solamente de utilidad pública, pues recordemos que no toda adquisición es forzosa, y que de convenir a los intereses de las partes, el proceso puede culminar con un acuerdo directo y se formaliza mediante la respectiva escritura pública (Art. 58.1 LOSNCPP)

De forma clara se establece en la normativa transcrita que las personas jurídicas de derecho privado '**...podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en la ley...**', y que 'El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad...' y que en caso de requerir una expropiación, ésta se debe solicitar a la autoridad correspondiente; sin embargo, es notorio que la expropiación no sería necesaria, toda vez que se está realizando una negociación directa con la propietaria del inmueble, y en virtud de que por disposición del (sic) Estatutos Sociales de la Compañía de Economía Mixta Austrogas, la facultad de **Autorizar al Gerente de la Subsidiaria General el otorgamiento y celebración de actos y contratos** recae en el Directorio (el resaltado corresponde al texto original).

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

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

³ RGCOPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.

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

⁵ Codificación de Resoluciones del SERCOP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 262 de 06 de marzo de 2023.

⁶ LH, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, es criterio de este asesor que: En aplicación del Art. 58 y 58.1 in fine de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en relación con el orden jerárquico de aplicación de las normas, considerando que los decretos y reglamentos se encuentran en un orden por debajo de las Leyes, mismos que no pueden modificarla, se concluye que (...) **NO se SE (sic) REQUIERE APROBACIÓN EMITIDA POR EL SERVICIO DE GESTIÓN INMOBILIAR DEL SECTOR PÚBLICO INMOBILIAR**, por cuanto la disposición reglamentaria no está contemplada en la Ley y de otra parte es facultativa ya que señal (sic) que ‘... **de ser aplicable...**’, por ende es viable que se proceda a la adquisición directa del bien inmueble para lo cual se cuenta con la Autorización del Directorio, toda vez que se dispone de los fondos necesarios en la partida presupuestaria correspondiente, así como los estudios que respaldan la necesidad de adquisición”.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta planteada, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Naturaleza Jurídica de AUSTROGAS; y, ii) Competencia de la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliar del Sector Público para autorizar la compra de bienes inmuebles por las entidades del sector público.*

2.1 Naturaleza Jurídica de AUSTROGAS.-

De acuerdo con el inciso primero del artículo 315 de la CRE, el Estado constituirá empresas públicas para la *“gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”*, las mismas que, según el segundo inciso del artículo ibídem, *“estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley”*. Agrega el inciso final de la norma constitucional que la ley definirá la participación de las empresas públicas en *“empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”* (el resaltado me corresponde).

De conformidad con el artículo 313 de la CRE, se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, *“los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el primer inciso del artículo 1 de la LOEP prevé que sus disposiciones regulan la *“constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local”*; y establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo con lo dispuesto por la CRE.



El segundo inciso del artículo 4 de la LOEP establece que las empresas subsidiarias ***“son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria”*** (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, la Disposición Transitoria Segunda, en su número 2.5 ***“RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS EMPRESAS SUBSIDIARIAS”***, señala que las empresas subsidiarias ***“exclusivamente para los asuntos societarios se registrarán por la Ley de Compañías, para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley”*** (el resaltado me corresponde).

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley de Compañías⁷ (en adelante, “LC”), entre las especies de sociedades mercantiles incluye a ***“La compañía de economía mixta”***; y el artículo 308 ibidem prevé que: ***“El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”*** (el resaltado me corresponde).

Según el inciso primero del artículo 312 de la LC, los estatutos establecerán la forma de integrar el directorio, en el que deberán estar representados necesariamente tanto los accionistas del sector público como los del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro. Agrega el segundo inciso del mencionado artículo que: ***“Cuando la aportación del sector público exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este sector será presidente del directorio”***.

Cabe mencionar que, mediante escritura pública, celebrada el 14 de septiembre de 1979, se constituyó AUSTROGAS con el objeto de envasar y comercializar gas licuado de petróleo (GLP) y Gas Natural destinado al consumo nacional. En escritura pública de 27 de octubre de 2011 se protocolizó la reforma de estatutos de AUSTROGAS, cuya Cláusula Primera.- DENOMINACIÓN, dispone que: **“La Compañía se denominará COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA ‘AUSTROGAS’ - SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”**.

Mediante Resolución No. SC-DIC.C.11.811, de 7 de noviembre de 2011, la Superintendencia de Compañías, actual Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en su artículo primero resolvió ***“APROBAR las reformas al Estatuto de la ‘COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA AUSTROGAS’, en los términos constantes en la referida escritura (...)”***. Esta compañía tiene como accionista mayoritario a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR (en adelante EP PETROECUADOR), por consiguiente, se considera como su empresa subsidiaria de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 4 de la LOEP.

⁷ LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.

De lo expuesto se desprende que: *i)* AUSTROGAS es una Compañía de Economía Mixta Subsidiaria de EP PETROECUADOR, la cual se constituye en su accionista mayoritario; y, *ii)* AUSTROGAS se rige por la LC, exclusivamente para los asuntos societarios, debiendo observar para los demás aspectos las disposiciones contenidas en la LOEP.

2.2. Competencia de la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público para autorizar la compra de bienes inmuebles por las entidades del sector público. -

De conformidad con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1479 de 12 de diciembre de 2008⁸, se creó la “*Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR*”, como una “*entidad de derecho público, con personería jurídica, de ámbito nacional, patrimonio y presupuesto propio e independencia técnica, administrativa y financiera, adscrita a la Presidencia de la República*”. El artículo 2 ibídem señalaba que el ámbito de acción de dicha Unidad era “*las instituciones de la Administración Pública Central e Institucional*”, agregando que podía “*realizar gestiones inmobiliarias en: empresas públicas y privadas en las que tenga participación mayoritaria el Estado*” (el resaltado me corresponde).

El número 7 del artículo 3 del citado Decreto Ejecutivo No. 1479 incluía entre las atribuciones de la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público el “*Establecer las políticas, lineamientos y procedimientos generales que sirvan de base para la asignación, compra, venta, comodato, arrendamiento de inmuebles para las instituciones públicas indicadas en el artículo 2 de este decreto*” (el resaltado me corresponde).

Luego, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 798, de 22 de junio de 2011⁹, transformó la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR en la “*Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR*”, cuyo ámbito de acción, según el número 2 del artículo 3 ibídem, era respecto de los bienes inmuebles urbanos de “*Las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva y las empresas en las que el Estado posea participación accionaria mayoritaria*” (el resaltado me corresponde).

Entre las funciones de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, los números 8 y 11 del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 798 señalaba el “*Gestionar los requerimientos y adquirir inmuebles para satisfacer las necesidades públicas de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto*”; así como “*Emitir las políticas, lineamientos y procedimientos generales para la asignación, compra, venta, comodato, permuta, donación y arrendamiento de inmuebles de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, y emitir el dictamen técnico previo al acto correspondiente*” (el resaltado me corresponde).

⁸ Decreto Ejecutivo No. 1479, de 12 de diciembre de 2008 publicado en el Registro Oficial 495 de 24 de diciembre de 2008.

⁹ Decreto Ejecutivo No. 798 de 22 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial 485 de 06 de julio de 2011.



Después, a través del Decreto Ejecutivo No. 50 de 22 de julio de 2013¹⁰, se transformó la Secretaría Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR en el “*Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR*”, según su artículo 1. Más adelante, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 503¹¹ replanteó las atribuciones que poseía el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, incluyendo varias facultades de control “*de los bienes del sector público y de los bienes que dispone el ordenamiento jurídico*”, así, de conformidad con el número 1 de su artículo 4 se le otorgó al Comité de INMOBILIAR la función de “*Ejercer la rectoría el Sistema Nacional de Gestión Inmobiliaria del Sector Público para lo cual contará con facultad normativa*”.

Adicionalmente, los números 3 y 12 del artículo 6 del Decreto Ejecutivo No. 503, incluye entre las atribuciones del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR las siguientes:

“3. **Establecer la situación técnica y jurídica de los bienes inmuebles** de propiedad, en uso o en posesión de las entidades detalladas en el artículo 2, numerales 1 y 2 de este decreto; aquellos sobre los que se ha establecido o consolidado el derecho de dominio; aquellos que se encuentran invadidos, abandonados, arrendados, entregados en comodato, en posesión de otras personas; aquellos cuya situación jurídica no se encuentre regularizada; **aquellos respecto de los que se tenga la expectativa legítima de adquirir su uso o dominio**, o que bajo cualquier otro título se encuentren en tenencia de las referidas entidades. Esta función se extiende, inclusive, a los inmuebles aportados a fideicomisos en los que las entidades detalladas en el artículo 2 numerales 1 y 2 de este decreto, sean constituyentes, beneficiarias o que bajo cualquier título mantengan derechos fiduciarios o cuotas de participación fiduciaria”. (el resaltado me corresponde).

“12. **Emitir las políticas, lineamientos y procedimientos generales para la asignación, compra, venta, comodato, permuta, donación y arrendamiento de inmuebles** de las entidades detalladas en el artículo 2, numerales 1 y 2 de este decreto, y **emitir el dictamen técnico previo al acto correspondiente.**” (el resaltado me corresponde).

Finalmente, el artículo único del Decreto Ejecutivo No. 1107, de 27 de julio de 2020¹², que reformó el Decreto Ejecutivo No. 503, dispuso la transformación del “*Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público – INMOBILIAR en Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público*”. En este sentido, la Disposición General del citado Decreto previó que, en toda normativa vigente, donde se haga referencia al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público – INMOBILIAR, se deberá leer “*Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público*”.

Respecto del régimen común de contratación en las empresas públicas, el número 2 del artículo 34 de la LOEP contempla que: “***Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su***

¹⁰ Decreto Ejecutivo No. 50 de 22 de julio de 2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 57 de 13 de agosto de 2013.

¹¹ Decreto Ejecutivo No. 503, publicado en el Registro Oficial No. 335 de 26 de septiembre de 2018.

¹² Decreto Ejecutivo No. 1107, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 258 de 31 de julio de 2020.

Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables” (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, la LOSNCP en su Título III “*De los procedimientos*”, Capítulo V “*Procedimientos especiales*”, Sección III “*De la adquisición de bienes inmuebles*”, a partir del artículo 58 hasta el artículo 58.10, establece el procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles por parte de las instituciones públicas.

Al respecto, el número 1 del artículo 215 del RLOSNCP, en concordancia con el número 1 del artículo 15 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, establecen que, en los procedimientos de adquisición de bienes inmuebles se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS, entre otros documentos, la “***Aprobación emitida por la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, de ser aplicable***” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* a la actual Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público le corresponde ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, para lo cual posee facultad normativa; *ii)* entre las atribuciones de la referida Secretaría Técnica se encuentran: la de establecer la situación técnica y jurídica de los bienes inmuebles respecto de los que se tenga la expectativa legítima de adquirir su uso o dominio, y la de autorizar contratos y demás instrumentos jurídicos y administrativos relacionados con la compra venta de bienes inmuebles; *iii)* las empresas subsidiarias, exclusivamente para los asuntos societarios, se rigen por la LC, en tanto que, para los demás aspectos deben observar las disposiciones contenidas en la LOEP; *iv)* la LOEP prevé que las contrataciones de bienes inmuebles que requieran las instituciones públicas se rigen por la LOSNCP y su Reglamento General; y, *v)* tanto el RLOSNCP como la Codificación de Resoluciones del SERCOP prevén la necesidad de que las empresas sometidas a dicho régimen requieran contar con la aprobación de la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, para continuar con el proceso de contratación pública de adquisición de bienes inmuebles.

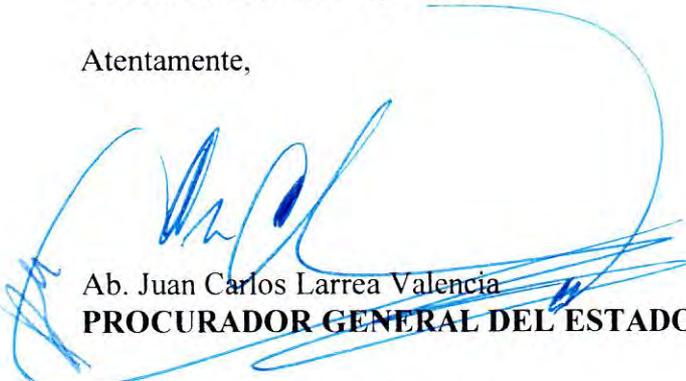
3. Pronunciamiento:

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 4 número 1, 6 número 12 del Decreto Ejecutivo No. 503, en concordancia con los artículos 4, 34 número 2 y la Disposición Transitoria Segunda numeral 2.5 de la Ley Orgánica de Empresa Públicas; 215 de su Reglamento General; y, 15 número 1 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Compañía de Economía Mixta AUSTROGAS, subsidiaria de la EP PETROECUADOR, requiere aprobación de la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público para la adquisición o compra de bienes inmuebles sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.



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. María José Ramírez Cardoso
Directora Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec