



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Diciembre 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 diciembre de 2023 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	12-dic-23	CUERPO DE BOMBEROS RIOBAMBA ACTAS DE ENTREGA RECEPCIÓN	4
2	13-dic-23	MUNICIPIO DE FRANCISCO DE ORELLANA NATURALEZA TRIBUTARIA DE LA CONTRIBUCIÓN PREDIAL	15
3	15-dic-23	MUNICIPIO DE EDUCACIÓN PROFESORES COMUNITARIOS	26
4	26-dic-23	MUNICIPIO DE PELILEO AUSENCIA DE CONCEJAL PRINCIPAL Y SUPLENTE	37
5	28-dic-23	EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE SANTA ROSA E.P. EMASEP APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 197 DEL RGLOSNCP (PROVEEDOR ÚNICO)	42
6	28-dic-23	ELECGALAPAGOS S.A. REGIMÉN ESPECIAL DE LA PROVINCIA DE GALÁPAGOS	51
7	29-dic-23	JUNTA PARROQUIAL ISLA SANTA MARÍA, PROVINCIA DE GALÁPAGOS ANTICIPO EN CONTRATOS DE FISCALIZACIÓN	65

Oficio No. **04808**

Quito, D.M., **12 DIC 2023**

Capitán (B) ingeniero
Vicente Orlando Vallejo Lara

JEFE

**CUERPO DE BOMBEROS DEL GOBIERNO AUTÓNOMO
DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA**

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. CBGADMR-JB-2023-173-OF, de 14 de junio de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿Una vez suscrita el acta de entrega recepción a la que hace referencia el Art. 325 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden los funcionarios del área financiera negar el pago al contratista que ha cumplido sus obligaciones contractuales, alegando que existen inconsistencias en la gestión administrativa del procedimiento imputables a los servidores públicos de la entidad contratante, sustentados en la Norma de Control Interno 403-08 de la Contraloría General del Estado, respecto del control previo al pago, cuando el último inciso del Art. 22 del Código Orgánico Administrativo establezca lo contrario?”

2. ¿Para perfeccionar la entrega recepción en los procedimientos de contratación pública (obras, bienes, servicios, consultorías) es indispensable que se suscriba un informe de satisfacción por parte de la comisión de recepción a la que hace referencia el Art. 325 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o basta con suscribir el acta de entrega recepción de conformidad con el Art. 9 del Código Orgánico Administrativo?”

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 No. 02650 y No. 02651, de 16 de junio de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”) y al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante,

- “SERCOP”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 02807, de 10 de julio de 2023, se insistió en dicho requerimiento a la CGE.
- 1.2. Los requerimientos de la Procuraduría fueron atendidos, en su orden: *i*) por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del SERCOP, con oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0046-OF, de 3 de julio de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente; y, *ii*) por el Director Nacional Jurídico de la CGE, mediante oficio No. 258-DNJ-2023, de 7 de julio de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 11 de los mismos mes y año.
- 1.3. El informe jurídico del Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba (en adelante, “*CB de Riobamba*”), contenido en memorando No. CBGADMR-GAJ-2023-095-M de 12 de junio de 2023, citó los artículos 3 número 1, 66 números 15 y 16, y 288 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “*CRE*”); 4, 9 y 22 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante, “*COA*”); 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, “*LOSNCP*”); 325 del Reglamento General a la LOSNCP⁴ (en adelante, “*RGLOSNCP*”); los acápites No. 403-08, No. 403-09 y No. 403-10 de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de Recursos Públicos⁵, emitidas por la CGE (en adelante, “*NCI*”); y, la sentencia No. 262-16-SEP-CC de 17 de agosto de 2016⁶, dictada en el caso No. 1381-15-EP, a través de la cual la Corte Constitucional observó que la falta de pago por aspectos internos inherentes a la entidad contratante, vulnera el derecho alegado por el accionante en lo que respecta a que todo trabajo debe ser remunerado; con base en los cuales concluyó en los siguientes términos:

“3. CONCLUSIONES:

- *El criterio del Abogado de la Institución, en torno a la primera consulta, es que efectivamente, aplica el último inciso del Art. 22 del Código Orgánico Administrativo en la gestión de los procesos de contratación pública, incluso se incurre en retención indebida de pagos al que hace referencia el Art. 101 de la ley (sic) Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el hecho de negar el pago al contratista que cuenta a su favor con la respectiva acta de*

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 oct 2008, última reforma publicada el 25 de enero de 2021.

² COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial 268 de 14 de marzo de 2023.

³ LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴ RGLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁵ Acuerdo No. 004-CG-2023 de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

⁶ <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a11a14f8-a4c8-4120-84ed-9f630631660f/1381-15-ep-sen.pdf?guest=true>

entrega recepción, criterio que es respaldado por la Corte Constitucional del Ecuador (El resaltado me corresponde).

• **El criterio del Abogado de la Institución, en cuanto a la segunda consulta, es que basta con el acta de entrega recepción para perfeccionar la diligencia de recepción del objeto de contratación, de conformidad con el Art. 9 del Código Orgánico Administrativo se debe evitar las duplicidades. Se supone que la entidad contratante acepta suscribir el acta de entrega recepción es porque tiene la certeza que el producto entregado cumple con todas las exigencias legal y contractualmente establecidas, por lo tanto, cualquier documento adicional genera duplicidad de funciones y vulnera el principio de eficiencia administrativa consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador y el criterio constitucional de eficiencia del Art. 288 Ibídem, y Art. 4 del Código Orgánico Administrativo. (...)** (El resaltado me corresponde).

- 1.4. De su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas jurídicas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 82, 226, 229 y 233 de la CRE; 1, 5, 6 número 9.2, 9 número 3, 10 número 5, 81, 99 y 101 de la LOSNCP; 14 del COA; 8 y 297 del RGLOSNCOP; 10 numeral 9, 137, 222, 289 y 530.10 de la derogada la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP (en adelante, “Codificación de Resoluciones del SERCOP”)⁷; con fundamento en los cuales concluyó:

“IV. CONCLUSIÓN. -

Conforme se desprende del análisis efectuado, esta Coordinación de Asesoría Jurídica del SERCOP, concluye:

1. RESPECTO DE LA CONSULTA 1:

(...) de manera categórica se establece que ningún servidor público de la entidad contratante podrá retener indebidamente los pagos de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante, quien retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, inclusive la norma previene la inclusive (sic) será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar (El resaltado me corresponde).

Esto sin perjuicio de la normativa conexa que, de acuerdo a las competencias que confiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a

⁷Codificación 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, derogada por la Resolución R.E-SERCOP-2023-0134, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.367 de 3 de agosto 2023.

esta entidad, está por fuera del análisis de este Servicio (El resaltado me corresponde).

2. RESPECTO DE LA CONSULTA 2:

(...) el administrador del contrato tiene entre sus funciones, la de emitir informes de manera motivada y razonada, donde se deje expresa constancia de la recepción a satisfacción de los bienes o servicios contratados, o la inconformidad de ser el caso, enmarcándose en el respeto al debido proceso y a las cláusulas contractuales, a fin de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del mismo; y, acorde a lo prescrito en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En consecuencia, el administrador del contrato o una comisión si es lo que, dentro de sus competencias haya determinado la entidad contratante o por el tipo de proceso de que se trate; debe dejar constancia de la satisfacción con la que recibe los bienes o servicios contratados” (El resaltado me corresponde).

- 1.5. Finalmente, la CGE, con relación a los procesos de entrega recepción en contratos suscritos al amparo de la LOSNCP, se abstuvo de emitir su criterio jurídico institucional, por considerar que se trata de un tema que compete del SERCOP, sin perjuicio de lo cual, con respecto a la NCI No. 403-08, señaló lo siguiente:

“Por la norma citada, correspondería al personal a cargo verificar, entre otros requisitos, que todo pago cuente con justificativos que demuestren la entrega de las obras, bienes o servicios contratados y recibidos a conformidad, en concordancia con el cumplimiento de otras normas legales, en este caso, establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública, disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, así como las normas y directrices que emita el Ente Rector de las Finanzas Públicas” (El resaltado me corresponde).

- 1.6. De lo expuesto se observa que, con relación a la primera pregunta, el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en señalar que, ningún servidor público de la entidad contratante puede retener indebidamente los pagos de planillas u otras obligaciones de una entidad contratante. Agrega la entidad consultante que, en aplicación del inciso final del artículo 22 del COA, luego de la suscripción del acta de entrega recepción corresponde el pago inmediato al contratista, sin perjuicio de las presuntas inconsistencias que pudieran existir en la gestión administrativa, en el marco de los procedimientos de contratación pública. El SERCOP aclara que deberá observarse el procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, además del procedimiento de control previo al pago.

Respecto de la segunda consulta, el informe jurídico del CB de Riobamba y el criterio jurídico del SERCOP difieren. Así, para la entidad consultante basta con el acta de entrega recepción para perfeccionar la diligencia de recepción del objeto de contratación, constituyendo el informe de satisfacción una duplicidad. Por su parte, para el SERCOP tanto el informe provisional y final, como las actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva, debidamente suscritas, constituyen información relevante en los procedimientos de contratación pública, debiendo el administrador del contrato o la comisión, según el caso, dejar constancia de la satisfacción con la que se reciben los bienes o servicios contratados.

2. Análisis:

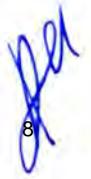
Para facilitar el estudio de las consultas, que serán atendidas de manera conjunta por estar referidas a la misma materia, el análisis abordará los siguientes puntos: *i) Normas Generales Sobre la Información Relevante de los Procedimientos de Contratación Pública y las Responsabilidades Derivadas de las Obligaciones Contractuales; ii) El Acta de Entrega Recepción y la Constancia de Satisfacción de la Entidad Contratante; y, iii) La Auditoría de Gestión y el Control Previo al Pago Regulado por las NCI.*

2.1. Normas Generales Sobre la Información Relevante de los Procedimientos de Contratación Pública y las Responsabilidades Derivadas de las Obligaciones Contractuales.-

De conformidad con el artículo 288 de la CRE, las compras públicas deben cumplir con "*criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social*" (el énfasis me corresponde).

Por su parte, el inciso primero del artículo 1 de la LOSNCP señala que se "*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 (el énfasis me corresponde).

Según el artículo 4 de la LOSNCP, se deben observar "*los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional*" (el énfasis me corresponde). El artículo 5 ibídem agrega que, los procedimientos y los contratos sometidos a esa ley se interpretarán y ejecutarán "*conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato*" (el énfasis me corresponde).



El artículo 60 de la LOSNCP establece que: “*Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos*”. Al respecto, el inciso segundo del artículo 125 del COA dispone que: “*Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia*”.

En este contexto, el artículo 14 del RGLOSNC⁸, en concordancia con los artículos 6 y 7 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública-SNCP⁹ (en adelante, “*Normativa Secundaria SNCP*”), determina la información considerada como relevante correspondiente a las fases preparatoria y precontractual y contractual y de ejecución¹⁰. Así, dentro de la información relevante constan los informes provisionales y finales, las actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva.

Adicionalmente, en concordancia con los artículos 70 y 80 de la LOSNCP, el inciso primero del artículo 295 del RGLOSNC⁸ dispone que será el administrador del contrato “*quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales*”.

Así, el artículo 297 del RGLOSNC⁸ establece que el administrador del contrato “*emitirá los informes de manera motivada y razonada enmarcándose en el debido proceso y las cláusulas contractuales*” (el énfasis me pertenece), a fin de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del mismo y acorde con lo prescrito en el citado artículo 5 de la LOSNCP.

Respecto de las atribuciones del administrador del contrato, los numerales 2 y 16 del artículo 303 del RGLOSNC⁸ incluyen: “*Cumplir y hacer cumplir todas las obligaciones derivadas del contrato y los documentos que lo componen*” así como elaborar e intervenir en las “*actas de entrega recepción*” referidas en el artículo 81 de la LOSNCP y coordinar con el contratista y el técnico no interviniente durante la ejecución del contrato, la recepción del mismo.

Finalmente, los artículos 99 inciso tercero y 101 de la LOSNCP establecen las responsabilidades de los intervinientes en los procedimientos de contratación pública por incumplimientos del contrato y de dicha ley, así como aquellas derivadas de la

⁸ RGLOSNC⁸, “Art. 14.- Información relevante.- Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal COMPRASPÚBLICAS se entenderá como información relevante la siguiente: (...) 12. Resolución de inicio, aprobación de pliegos y de cronograma; (...) 14. Actas, informes y demás documentación precontractual; (...) 18. Contrato; (...) 22. Notificación e imposición de multas; 23. Comprobante de pagos realizados; 24. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato; y, 25. Cualquier documento requerido que suponga autorización para la realización de los procedimientos precontractuales o que se requiera como requisito previo al inicio de un procedimiento de contratación”.

⁹ Normativa Secundaria SNCP, contenida en la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

¹⁰ Normativa Secundaria SNCP, “Art. 7.- Información de la fase contractual y de ejecución. - En la fase contractual y de ejecución del contrato, se publicarán en el portal COMPRASPÚBLICAS los siguientes documentos considerados como relevantes: 1. Contrato suscrito entre las partes, y su protocolización, de ser el caso; así como sus documentos habilitantes; 5. Informe provisional y final de ser el caso; o actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva suscritas, según sea el caso; 6. Cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos; 7. Actos administrativos de sanción y multas; 8. Comunicaciones al contratista respecto de la aplicación de multas u otras sanciones; 9. Cualquier acto administrativo dentro de esta fase emitido por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado; (...)”

retención o retardo indebido del *"pago de los valores correspondientes, en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos"*.

En este sentido, este organismo mediante Oficio Nro. 04289, de 31 de octubre de 2023 indicó que:

- "i) Las infracciones administrativas se rigen por el principio de tipicidad, y las normas que las establecen no admiten interpretación analógica ni extensiva;*
- ii) La determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal es competencia privativa de la CGE, y se rige por los procedimientos previstos en la LOCGE;*
- iii) Compete a la CGE determinar, como resultado de las auditorías que practique, y con observancia de las garantías del debido proceso en cada caso, si los servidores públicos han incurrido en retención indebida de pagos, infracción tipificada por el artículo 101 de la LOSNCP, o han impedido la actividad de control, siendo al efecto aplicables los procedimientos previstos por la LOCGE, así como los recursos y acciones previstos para impugnar las determinaciones efectuadas por ese organismo de control; y,*
- iv) La determinación de responsabilidades por la CGE se podrá realizar "sin perjuicio del régimen disciplinario respectivo, que es el sumario administrativo, a cargo del Ministerio del Trabajo, por ser la destitución una falta grave según la letra b) del artículo 42 de la LOSEP"*

De lo expuesto se desprende que: *i) las actas de recepción son consideradas información relevante en materia de contratación pública; ii) corresponde al administrador del contrato velar por el cumplimiento del contrato y observar las cláusulas contractuales al emitir sus informes; y, iii) los artículos 99 y 101 de la LOSNCP prevén responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato y por la retención indebida de pagos.*

2.2. El Acta de Entrega Recepción y la Constancia de Satisfacción de la Entidad Contratante.-

El artículo 81 de la LOSNCP determina las clases de recepción y en su primer inciso señala que: ***"En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva"*** (el énfasis me pertenece) y agrega que: *"Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica"*. Incluye el segundo inciso del artículo ibidem que respecto de los contratos de ejecución de obra y los contratos integrales por precio fijo: ***"existirán una recepción provisional y una definitiva"*** (el énfasis me corresponde). El inciso tercero del citado artículo ibidem señala que: *"Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de*

manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales” (el énfasis me corresponde).

El artículo 316 del RGLOSNC, ubicado en el Título V “FASE CONTRACTUAL O EJECUCIÓN CONTRACTUAL”, Capítulo V “RECEPCIONES Y LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL”, prevé que en “todas las recepciones” referidas en el artículo 81 de la LOSNC, intervendrá el administrador del contrato. Precisa el segundo inciso de dicho artículo que: “En el caso de adquisición de bienes se sumará el guardalmacén o la persona responsable del control de bienes” y excepciona de esta disposición a la recepción presunta solicitada por el contratista.

Así, los artículos 317, 318, 319 y 321 del RGLOSNC que establecen los procedimientos aplicables a las recepciones provisional y definitiva en obras, consultorías, adquisición de bienes, adquisición de bienes y prestación de servicios en ínfimas cuantías, respectivamente, refieren en similares términos que la recepción se efectuará “a entera satisfacción de la entidad contratante” (el énfasis me corresponde).

En cuanto al contenido de las actas, el artículo 325 del RGLOSNC, materia de su consulta, prescribe en su inciso primero que: “Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas deben ser suscritas por el contratista y la Comisión de recepción designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado”, comisión conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato, y en el caso de bienes intervendrá también el guardalmacén.

Añade el inciso segundo del artículo en referencia que “Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, **cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria**” (el énfasis me corresponde).

En relación a la liquidación económica del contrato, el artículo 326 del RGLOSNC señala que: “se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes” además de “las compensaciones a que hubiere lugar” y concluye que: “La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva” (el énfasis me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existe una sola recepción, con efectos de recepción definitiva, mientras que, en los contratos de ejecución de obra e integrales por precio fijo, hay una recepción provisional y una definitiva, sin perjuicio de recepciones parciales; *ii)* las actas de recepción provisional, parcial, total y

definitivas deben ser suscritas por el contratista y la Comisión de recepción designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato y en el caso de bienes, intervendrá también el guardalmacén; *iii*) las actas de entrega recepción deben contener, entre otros aspectos, la liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios y cualquier otro aspecto necesario; *iv*) en todos los procedimientos contractuales **la recepción debe hacerse** de conformidad con lo establecido en el contrato y **a entera satisfacción de la entidad contratante**.

2.3. La Auditoría de Gestión y el Control Previo al Pago Regulado por las NCI.-

Según el artículo 211 de la CRE, la CGE es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. De conformidad con el artículo 212 *ibídem*, le corresponde dirigir a la CGE el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

El artículo 21 de la Ley Orgánica de la CGE¹¹ (en adelante, "LOCGE"), define a la auditoría de gestión como ***“la acción fiscalizadora encaminada a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable, o la ejecución de programas y proyectos”*** (el énfasis me pertenece), con la finalidad de determinar ***“si dicho desempeño o ejecución, se está realizando, o se ha realizado, de acuerdo a principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia”***. Añade el inciso segundo del mismo artículo que el objeto de esta auditoría es ***“el proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo; y, el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales”***. El último inciso del artículo citado dispone que: ***“el resultado de la fiscalización mediante la auditoría de gestión no implica la emisión de una opinión profesional, sino la elaboración de un informe amplio con los comentarios, conclusiones y recomendaciones pertinentes”***.

Conforme el número 100 "Normas Generales", 100-01 "Control Interno"¹² de las

¹¹ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 245 de 7 de febrero de 2023.

¹² LOCGE. "Art. 9.- Concepto y elementos del Control Interno.- El control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcanzan los objetivos institucionales. Constituyen elementos del control interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control.

NCI¹³, en su tercer inciso refiere que el control interno se orienta a “cumplir con el ordenamiento jurídico, técnico y administrativo, promover eficiencia y eficacia de las operaciones de la entidad y *“garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información, así como la adopción de medidas oportunas para corregir las deficiencias de control”*”.

El número 406 “ADMINISTRACIÓN DE BIENES”, en la letra d) “*Procedimientos contractuales*” de la NCI No. 406-03 “*Contratación*”, reitera que el administrador del contrato “*será el responsable de velar por el cabal y oportuno cumplimiento de las cláusulas constantes en el contrato, desde su designación hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva (...)*” (el énfasis me corresponde).

Según lo prescrito en el numeral 408 “ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS”, la NCI No. 408-17 “*Administración del Contrato*”, corresponde al administrador el contrato, velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas contractuales y documentos habilitantes, así como cumplir con las funciones y atribuciones establecidas en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, respecto del trámite de pago de planillas señala que verificará que se cuente, entre otros, con la solicitud de pago y planilla aprobada por el fiscalizador, con todos sus respaldos; el informe de aprobación del fiscalizador; el informe del administrador del contrato; factura; y, otros que establezca el contrato.

Por otra parte, el número 403 “TESORERÍA” de la NCI No. 403-08 “*Control previo al pago*”, materia de su consulta, refiere que: “*El personal de las entidades que administren recursos públicos, designados para ordenar un pago, suscribir comprobantes de pago, egreso o cheques, devengar y solicitar pagos vía electrónica, entre otros*” (el énfasis me pertenece), previamente observarán los aspectos que detalla esa norma. Aclara además que, para efectos del cumplimiento de ese control se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y “*por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, bienes o servicios contratados y recibidos a conformidad, previo el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles*” (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* le corresponde a la CGE dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos; *ii)* las NCI, expedidas por la CGE, se orientan al cumplimiento del ordenamiento jurídico, técnico y administrativo y a la adopción de

El control interno será responsabilidad de cada institución del Estado y tendrá como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado.

“Art. 11.- Aplicación del control interno.- Se tendrán en cuenta las normas sobre funciones incompatibles, depósito intacto e inmediato de lo recaudado, otorgamiento de recibos, pagos con cheque o mediante la red bancaria, distinción entre ordenadores de gasto y ordenadores de pago; y, el reglamento orgánico funcional que será publicado en el Registro Oficial”.

¹³ LOCGE, “Art. 7.- Marco normativo general.- Para regular el funcionamiento del sistema, la Contraloría General del Estado adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda: 1.- Normas de control interno que sirvan de marco básico para que las instituciones del Estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control interno: (-)”

medidas oportunas para corregir las deficiencias de control; *iii*) las NCI No. 406-03, No. 408-17 y No. 403-08, respectivamente, determinan los documentos que deben verificar tanto el administrador del contrato como los servidores a cargo del control previo, para el pago correspondiente.

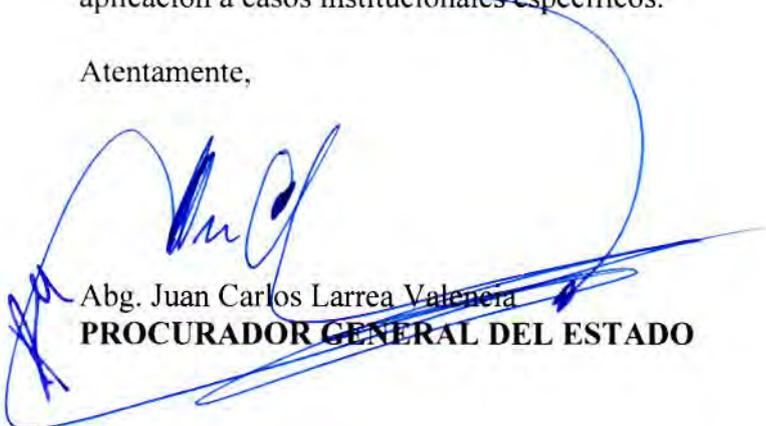
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 99 y 101 de la LOSNCP; la Norma de Control Interno No. 403-08 y cumpliéndose con el procedimiento que se establezca en cada contrato para efectuar el pago, la entidad contratante no debe retener indebidamente el pago, siempre que se haya cumplido con los requisitos normativos, contractuales y se haya suscrito el acta entrega recepción correspondiente.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, en virtud de que en todos los procedimientos contractuales **la recepción debe hacerse** de conformidad con lo establecido en el contrato y **a entera satisfacción de la entidad contratante** y corresponde dejar constancia aquello, resultaría innecesario realizar un informe de satisfacción.

El presente pronunciamento 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. Dr. Mauricio Torres
Contralor General del Estado,

Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP

Oficio No. **04814**

Quito, D.M., **13 DIC 2023**

Tecnóloga
Shirma Consuelo Cortés Sanmiguel
ALCALDESA
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN FRANCISCO DE ORELLANA
Presente. -

Señor
Francisco Arsecio Azuero Astudillo
ALCALDE GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN MACARÁ
Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. GADMFO-ALC-2023-0014, de 15 de junio de 2023, ingresado a esta Procuraduría el 07 de julio del presente año con No. 0002120-2023-AD-JL, mediante el cual la Alcaldesa del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Francisco de Orellana (en adelante, “*GADMFCFO*”) formuló la siguiente consulta, relacionada con la aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores:

“¿Si el rubro correspondiente a la contribución predial del 0.15 por mil y solar no edificado están considerados como impuestos o tasas y forman parte de las exoneraciones?”

Sobre la misma materia, con oficio No. 0177-A-FAAA-GADMM-2023, de 17 de julio de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 20 del mismo mes y año, el señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Macará (en adelante, “*GADMCM*”) formuló la siguiente consulta:

“Las personas adultas mayores, según lo establecido en el Art. 14 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, se encuentran exoneradas del pago de impuestos fiscales y municipales, ante lo cual, ¿los sujetos pasivos adultos mayores se encuentran también exonerados del pago de las contribuciones especiales de mejoras?” (El énfasis corresponde al texto original).

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 la consulta, mediante oficios Nos. 02865 y 02866 de 14 de julio de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional (en adelante, "CNII"), y la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, "AME"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 03146, de 07 de agosto de 2023, se insistió en dicho requerimiento a la AME.

1.2. Durante el decurso del término para que se remitan los criterios jurídicos solicitados ingresó a la Procuraduría el oficio No. 0439-A-FAAA-GADMM-2023, de 19 de septiembre de 2023, suscrito por el Alcalde del GADMCM, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 27 del mismo mes y año, mediante el cual insiste se atienda la consulta contenida en el oficio No. 0177-A-FAAA-GADMM-2023, de 17 de julio de 2023. Al respecto, la Dirección Nacional de Consultoría remitió un acuso recibo contenido en el oficio No. 03871, de 28 de septiembre de 2023.

1.3. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos, en su orden: *i)* por el Secretario Técnico del CNII con oficio No. CNII-CNII-2023-0417-OF de 27 de julio de 2023, ingresado a este organismo el día 28 del mismo mes y año; y, *ii)* por el Director Ejecutivo de la AME con oficio No. 119-JF-DE-AME-2023 de 20 de septiembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día.

1.4. El informe jurídico del Procurador Síndico Municipal del GADMCF, contenido en el memorando No. GADMFO-PS-2023-00274, de 20 de abril de 2023, citó los artículos 3 y 4 del Código Tributario¹ (en adelante, "CT"); 57 letra c), 186, 491 y 507 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización² (en adelante "COOTAD"); 33 de la Ley de Defensa Contra Incendios³ (en adelante, "LDCI"); 38 del Reglamento de la Ley de Defensa Contra Incendios⁴ (en adelante, "RLDCI"); y, 14 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores⁵ (en adelante, "LOPAM"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

¹ CT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

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

³ LDCI, publicada en el Registro Oficial No. 815 de 19 de abril de 1979.

⁴ RLDCI, publicada en el Registro Oficial No. 834 de 17 de mayo de 1979.

⁵ LOPAM, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 484 de 09 de mayo de 2019.

“De las disposiciones legales citadas, es claro advertir que estos tributos han sido creados mediante ley, por tanto, corresponde a la clasificación de impuestos, y así de manea (sic) expresa se ha determinado en caso del solar no edificado, denominándose como ‘impuesto’. En cuanto a la contribución predial para los Cuerpos de Bomberos, se entiende con claridad meridiana que al momento en que se refiere a ‘contribución predial’, se está refiriendo al pago adicional que realiza el contribuyente respecto del pago del impuesto predial urbano y/o rural, es decir, que el sujeto pasivo del tributo es solamente el obligado al pago del impuesto predial, consecuentemente estriamos (sic) frente a un impuesto establecido mediante ley.

(...)

En tal virtud, en los dos casos señalados se trataría frente a un impuesto, por tanto, deben aplicarse las exoneraciones que determina el art. 14 de la Ley Orgánica de las Personas Mayores.”

1.5. Por su parte, el Procurador Síndico del GADMCM, en informe jurídico No. 011-PS-GADMCM-2023, de 17 de julio de 2023, además de las normas invocadas por el GADMCMFO, citó los artículos 264 número 5 y 301 de la Constitución de la República del Ecuador⁶ (en adelante, “CRE”); 6 del CT; 55 letra c, 569 y 570 del COOTAD; y, 13 de la LOPAM, en base de lo cual concluyó:

“4.- OPINIÓN:

Por todo lo antes expuesto, opino señor Alcalde, que los adultos mayores no se encuentran exonerados del pago de las contribuciones especiales, dentro de los beneficios sociales que establece el Art. 14 de la Ley Orgánica de Personas Adultas Mayores, pero el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Macará, en base a las atribuciones que le concede la Constitución y la Ley, mediante reforma a la ordenanza respectiva, puede exonerar el pago de las contribuciones especiales de mejoras a los adultos mayores, que puede ser proporcional o total según su situación social y económica.”

1.6. El criterio jurídico del CNII, además de las normas referidas por las entidades consultantes, citó los artículos 35, 36, 37 y 226 de la CRE; 4 de la LOPAM; 508 del COOTAD; y, 6 del Código Civil⁷ (en adelante, “CC”), con base en lo cual concluyó:

“IV. PRONUNCIAMIENTO Y RECOMENDACIÓN. –

⁶ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

La Dirección de Asesoría Jurídica del Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, una vez analizada la normativa vigente, concluye que por tanto la contribución predial del 0,15 por mil y solar no edificado son tributos sujetos a exoneración para las personas adultas mayores, conforme lo determina la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Personas Adultas Mayores.”

1.7. Finalmente, el criterio jurídico de la AME, además de las normas señaladas por las entidades consultantes y el CNII, citó en lo principal los artículos 47 número 4 de la CRE; 54, 57 letra b), 322, 509, 544 y 594 letra c) del COOTAD; y, 1, 16, 31, 65 del C.T., con fundamento en los cuales concluyó:

“6. Exenciones

En lo atinente a las exenciones éstas (sic) se encuentran regladas en el COOTAD art. 509 que corresponden a los impuestos que trata y que se refiere al Capítulo III impuestos, Sección Segunda; a esto debemos advertir las exenciones tributarias a que tienen derecho las personas adultas mayores, art. 37.5 de la Constitución; y, las personas discapacitadas conforme al art. 47.4 Constitucional, tal como lo ha referido la Corte Constitucional.

Criterio Institucional.

Ante la duda de la connotación del solar no edificado con la calidad de impuesto, el COOTAD lo legisla dentro del Capítulo III impuestos, Sección Segunda. Impuesto a los Predios Urbanos, es decir como parte integrante de esta clase de impuestos, por tanto tiene la exigibilidad de impuesto como una clase de tributos que contempla el Código Tributario.

El carácter de tasa no corresponde porque este tributo dice relación directa a la prestación del gobierno municipal vinculado a una prestación estatal a través de un servicio público de beneficio directo hacia la ciudadanía, y este tributo tiene la característica de costear el sostenimiento de la prestación de los servicios públicos, y con la recaudación de la tasa se asegura la sustentabilidad del servicio

Las exenciones o dispensas legales vienen dadas en el COOTAD, art. 509 que corresponden a los impuestos que trata y que se refiere al Capítulo III impuestos, Sección Segunda; a esto debemos advertir las exenciones tributarias a que tienen derecho las personas adultas mayores art. 37.5 de la Constitución; y, las personas discapacitadas conforme al art. 47.4 Constitucional, tal como lo ha referido la Corte Constitucional que son de aplicación directa de los gobiernos municipales.”. (El énfasis corresponde al texto original).

1.8. De lo expuesto se observa que, con relación a la contribución predial del 0.15 por mil y solar no edificado, el GADMCF, el CNII y la AME coinciden en que son impuestos y corresponde aplicar en los dos casos la exoneración establecida en el artículo 14 de la LOPAM que beneficia a los adultos mayores.

Adicionalmente, la AME manifiesta que es facultad de los GAD municipales, mediante ordenanza, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute el gobierno municipal, y agrega que las exenciones se encuentran regladas en los artículos 509 del COOTAD; 37.5 y 47.4 de la CRE.

Con relación a las contribuciones especiales, el GADMCM considera que los adultos mayores no se encuentran exonerados del pago que establece el artículo 14 de la LOPAM, sin embargo, agrega que el concejo del GADMCM, mediante reforma a la ordenanza respectiva, puede exonerar el pago de las contribuciones especiales de mejoras a los adultos mayores que puede ser proporcional o total según la situación social y económica.

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de las consultas, que se atenderán en forma conjunta por tener como antecedente la aplicación del artículo 14 de la LOPAM, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Naturaleza jurídica de los tributos a los inmuebles no edificados, la contribución predial del 0.15 por mil y las contribuciones especiales de mejoras; ii) Competencia y límites de los GADS para normar y exonerar tributos; y, iii) Beneficios tributarios que establece el artículo 14 de la LOPAM.

2.1.- Naturaleza jurídica de los tributos a los inmuebles no edificados, la contribución predial del 0.15 por mil y las contribuciones especiales de mejoras.

El artículo 1 del CT define al tributo como *“la prestación pecuniaria exigida por el Estado, a través de entes nacionales o seccionales o de excepción, como consecuencia de la realización del hecho imponible previsto en la ley, con el objetivo de satisfacer necesidades públicas”*, y los clasifica en impuestos, tasas y contribuciones especiales.

De igual manera, el artículo 6 ibídem manifiesta que *“los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino final hacia los fines productivos y de desarrollo nacional: atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional”*.

Con referencia al tributo a los inmuebles no edificados, la ley lo define como “impuesto”, e inclusive está regulado en la Sección Segunda *“Impuesto a los Predios Urbanos”* del Capítulo III *“Impuestos”* del COOTAD. Así, la naturaleza y lineamientos aplicables a este impuesto están regulados en el artículo 507 del COOTAD. Según el artículo 508 del COOTAD los propietarios de bienes inmuebles no edificados (o de construcciones

obsoletas), ubicados en zonas urbanas de promoción inmediata, deben pagar un impuesto anual adicional. Los artículos 509 y 510 *ibídem*, por su parte, delimitan las exenciones absolutas y temporales aplicables a este tributo.

En este sentido, el COOTAD le ha dado la categoría de impuesto, es decir, de forma clara, se refiere al impuesto a los inmuebles no edificados como parte de los impuestos a los predios urbanos, estableciendo además el porcentaje de recargo anual según lo prescribe dicha norma.

Por otra parte, el Art. 569 del COOTAD establece que el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles por la construcción de cualquier obra pública municipal o metropolitana, y prevé que *“los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación actual y económica de los contribuyentes”*. Es decir, los GAD tienen la facultad de disminuir e incluso exonerar del pago de estas contribuciones, cuando así lo amerite la situación actual y financiera de los contribuyentes.

Finalmente, con relación a la contribución predial del 0.15 por mil, el artículo 33 de la LDCI establece lo siguiente: *“Unifícase la contribución predial a favor de todos los cuerpos de bomberos de la República en el cero punto quince por mil, tanto en las parroquias urbanas como en las parroquias rurales, a las cuales se hace extensivo”*.

En este sentido, el artículo 38 del Reglamento a la referida ley dispone que, para el fiel cumplimiento de la recaudación de dicha contribución, las Jefaturas de Zona recabarán de los Tesoreros Municipales la *“entrega oportuna de la recaudación mensual de dichos fondos (...)”*:

Sobre la naturaleza jurídica de la contribución predial del 0.15 por mil, establecida en beneficio de los Cuerpos de Bomberos, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05947, de 12 de mayo de 2016, la Procuraduría General del Estado analizó, entre otras normas, la aplicación de los artículos 33 LDCI y 38 del RLDCI, cuyos textos conservan vigencia, y concluyó:

“De lo hasta aquí expuesto se puede evidenciar que el pago a favor de los cuerpos de bomberos del tributo sobre el impuesto predial, inicialmente se lo definió como un impuesto y posteriormente el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios lo calificó como una ‘contribución’. (...)”

De las disposiciones previamente citadas, se aprecia que el artículo 38 ratifica la calidad de contribución que le confiere el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios, al tributo del cero punto quince por mil sobre el avalúo catastral de los inmuebles, tanto en las parroquias urbanas como en las parroquias rurales.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

04814

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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE ORELLANA
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE MACARÁ
0002742-2023
Página. 7

En tal virtud, en base a las reglas de interpretación de las normas tributarias contenidas en el artículo 13 del Código Tributario y de la doctrina analizada, se puede determinar que la naturaleza de dicho tributo es el de una contribución especial que está destinada a financiar un objetivo estatal que es en forma general la gestión de la prevención, protección, socorro y extinción de incendios que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, y cuyos beneficiarios son los Cuerpos de Bomberos del país, por estar así expresamente prescrito en la Ley". (El énfasis me corresponde).

De los antecedentes expuestos se concluye que: *i)* los tributos son la prestación pecuniaria que exige el Estado con el objetivo de satisfacer necesidades públicas, y se clasifican en: impuestos, tasas y contribuciones; *ii)* el impuesto a los inmuebles no edificados está regulado expresamente en el COOTAD en la sección de impuestos, teniendo exigibilidad de uno como tal; *iii)* las contribuciones especiales de mejoras son de exclusiva competencia de los GAD, y provienen del beneficio proporcionado a las propiedades inmuebles por la construcción de cualquier obra pública municipal, estando facultados los GAD a disminuirlas o exonerarlas; y, *iv)* la naturaleza jurídica de la contribución predial del 0.15 por mil es la de una contribución especial destinada a financiar un objetivo estatal, cuyos beneficiarios son los Cuerpos de Bomberos del país.

2.2. Competencia y límites de los GAD para normar y exonerar tributos.

De acuerdo con el número 5 del artículo 264 de la CRE, los gobiernos municipales tienen como competencia exclusiva la de "*Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras*". Así también lo dispone el artículo 55 del COOTAD.

Por otra parte, el artículo 301 de la CRE establece que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos, mientras que "*sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones (...)*".

En este sentido, con relación al impuesto a los inmuebles no edificados, únicamente pueden ser modificados o exonerados mediante ley propuesta por la Función Ejecutiva y aprobada por la Asamblea Nacional.

Al contrario, según lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 569 del COOTAD, las contribuciones especiales pueden ser disminuidas o exoneradas por los GAD, mediante acto normativo, motivado en la situación de los contribuyentes. Al respecto, en pronunciamiento contenido en oficio No. 11489, de 9 de diciembre de 2020, la Procuraduría General del Estado analizó:

“En relación con la facultad tributaria de los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales (en adelante los GAD), el numeral 5 del artículo 264 de la CRE establece que tienen competencias exclusivas para crear, modificar o suprimir, mediante ordenanza, tasas y contribuciones especiales de mejoras, en razón de los servicios que presten y las obras que ejecuten, dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción. Similares previsiones constan en los artículos 55 letras e), 57 letra c), 186, 575, 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPLAFIP. (...)

En cuanto se refiere a las contribuciones especiales de mejoras, el artículo 569 del COOTAD señala que su objeto es el beneficio, real o presuntivo, proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública municipal o metropolitana. Agrega, que los concejos municipales pueden disminuir o exonerar el pago de dicha contribución ‘en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes’.

De acuerdo con el artículo 575 del COOTAD, son sujetos pasivos de la contribución especial los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública, pudiendo las municipalidades y distritos metropolitanos, mediante ordenanza, ‘absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza’.

En concordancia, el artículo 591 del COOTAD dispone que: ‘Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distrito metropolitanos respectivos’.

En el mismo orden de ideas, se debe considerar que el artículo 169 del COOTAD, en relación a la concesión o ampliación de incentivos o beneficios de naturaleza tributaria por parte de los GAD, establece que ‘sólo se podrá realizar a través de ordenanza’, para lo cual se ‘requerirá un informe’ (...)

*En este sentido, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPLAFIP) incluye, en el concepto de gasto público, a ‘los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, **deja de percibir debido a la deducción, exención,** entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente’. Añade que, con respecto al gasto tributario de los GAD, ‘la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anejará a la proforma presupuestaria correspondiente’ (El énfasis me corresponde).”*

De la normativa citada se desprende que: i) Los impuestos únicamente pueden ser establecidos, modificados o exonerados por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante

ley sancionada por la Asamblea Nacional; ii) Los GAD están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir contribuciones especiales por las obras que ejecuten, mediante ordenanza, y motivada en razones de orden público, económico o social, previo análisis de su impacto financiero, pues los recursos que dejen de percibir los GAD debido a la exención constituyen gasto tributario que debe absorber la respectiva municipalidad con cargo a su presupuesto.

2.3. Beneficios tributarios que establece el artículo 14 de la LOPAM.

La CRE, en su artículo 36, establece que las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, y que se considerarán como personas adultas mayores a aquellas que hayan cumplido los sesenta y cinco años. Así, el numeral 5 del artículo 37 ibídem establece expresamente que el Estado garantizará a las personas adultas mayores exenciones en el régimen tributario.

Por su parte, la LOPAM, en su artículo 1, señala como su objetivo el *“promover, regular y garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos específicos de las personas adultas mayores”*; y su artículo 2 dispone que *“será aplicable para las personas adultas mayores ecuatorianas y extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano”*.

En cuanto a las exoneraciones que benefician a los adultos mayores, el inciso primero del artículo 14 de la LOPAM señala que: *“Toda persona que ha cumplido 65 años de edad y con ingresos mensuales estimados en un máximo de 5 remuneraciones básicas unificadas o que tuviere un patrimonio que no exceda de 500 remuneraciones básicas unificadas, estará exonerada del pago de impuestos fiscales y municipales”*. (El énfasis me corresponde)

Agrega el segundo inciso del artículo ibídem que: *“Para la aplicación de este beneficio, no se requerirá de declaraciones administrativas previa, provincial o municipal”*. Según el inciso tercero del citado artículo *“Si la renta o patrimonio excede de las cantidades determinadas en el inciso primero, los impuestos se pagarán únicamente por la diferencia o excedente”*.

El inciso cuarto del artículo 14 de la LOPAM prevé que *“Sobre los impuestos nacionales administrados por el Servicio de Rentas Internas sólo serán aplicables los beneficios expresamente señalados en las leyes tributarias que establecen dichos tributos”*.

Del tenor de la norma se desprende que las personas adultas mayores, que tienen ingresos mensuales estimados en un máximo de 5 remuneraciones básicas unificadas o un patrimonio que no exceda de 500 remuneraciones básicas unificadas, estarán exoneradas del pago de *“impuestos fiscales y municipales”*, por lo que, según se examinó en la sección anterior, el impuesto a inmuebles no edificados, al tener tal calidad, entraría dentro de las exoneraciones, de acuerdo con lo dispuesto al artículo 14 de la LOPAM.

Por otra parte, se observa que, si bien el artículo 14 de la LOPAM no incluye en su texto a las contribuciones, considerando lo previsto por el segundo inciso del artículo 569 del COOTAD, los GAD están facultados para establecer exenciones en beneficio de las personas adultas mayores. Al efecto, los GAD deben expedir la respectiva ordenanza, previo análisis e informe del impacto financiero, en virtud de que la exención constituiría gasto tributario que debe absorber la respectiva municipalidad con cargo a su presupuesto, según el análisis efectuado por esta Procuraduría en el pronunciamiento previamente citado.

Del análisis efectuado se observa que: *i)* El artículo 14 de la LOPAM prevé que las personas que han cumplido 65 años y tienen ingresos mensuales estimados en un máximo de 5 remuneraciones básicas unificadas o un patrimonio que no exceda de 500 remuneraciones básicas unificadas están exoneradas del pago de “*impuestos fiscales y municipales*”, sin que para la aplicación de ese beneficio se requiera declaración administrativa previa; *ii)* El artículo 507 del COOTAD regula el impuesto a los inmuebles no edificados, por lo que le es aplicable la exoneración prevista en el artículo 14 de la LOPAM, a favor de las personas adultas mayores; *iii)* Respecto a las contribuciones especiales, como lo es la contribución del 0.15 por mil, a fin de disminuirla o exonerarla, por razones de orden público, económico o social, los GAD están facultados a hacerlo mediante ordenanza y posterior a un análisis e informe de su impacto financiero.

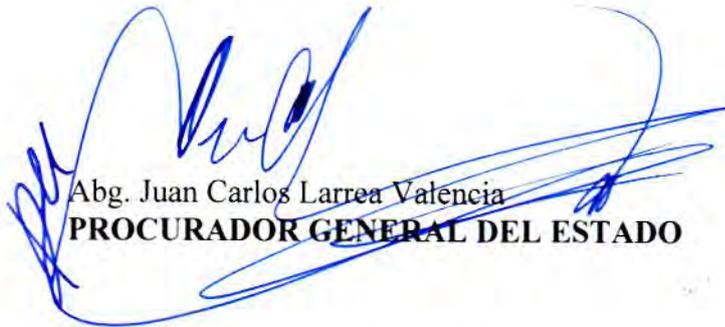
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que la exención tributaria que establece el artículo 14 de la Ley Orgánica de Personas Adultas Mayores, en beneficio de los adultos mayores que cumplan los requisitos previstos por esa ley, esto es, que tengan 65 años de edad e ingresos mensuales estimados en un máximo de 5 remuneraciones básicas unificadas o un patrimonio que no exceda de 500 remuneraciones básicas unificadas, se aplica únicamente a los tributos que tengan el carácter de impuestos, y, por tanto, es aplicable al impuesto municipal a los inmuebles no edificados, previsto por el artículo 507 del COOTAD, sin que requiera declaración administrativa previa.

La mencionada exención no se extiende a la contribución predial del 0.15 por mil ni a la contribución especial de mejoras; no obstante, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 569 del COOTAD, en concordancia con lo previsto en el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, al ser las contribuciones de competencia exclusiva de los GAD, estos están facultados para establecer en beneficio de los adultos mayores exoneración parcial o total de su pago, por razones de orden público, económico o social, mediante ordenanza, previo análisis de su impacto financiero, pues los recursos que dejen de percibir los GAD debido a la exención constituyen gasto tributario que debe absorber la respectiva municipalidad con cargo a su presupuesto.

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. Msc Iván Alexis Villarreal Morán.
Secretario Técnico
CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL (CNII)

William Patricio Maldonado Jiménez,
Presidente, Subrogante
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS (AME)

Oficio N° 04850

Quito, DM, 15 de diciembre de 2023.

Licenciado
Daniel Ricardo Calderón Zevallos
MINISTRO
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. MINEDUC-MINEDUC-2023-01197-OF, de 6 de diciembre de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“¿Desde cuándo se deben calcular los intereses, rendimientos, multas y responsabilidades patronales con relación a los educadores comunitarios o populares, en favor de quienes el Ministerio de Educación debe pagar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) los aportes y fondos de reserva, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, en observancia de las disposiciones de la Ley de Seguridad Social?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Respecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹ (en adelante, “LORLOEP”), el oficio de consulta expone que: *“involucra tanto al Ministerio de Educación, como al Instituto de Seguridad Social –IESS-, quienes, para emprender en el cumplimiento de esta disposición, han emitido criterios jurídicos disímiles”.* Se agrega que los beneficiarios de la aplicación de la mencionada norma son los educadores comunitarios o populares *“todos de avanzada edad que requieren la finalización del proceso, en muchos de los casos, para completar sus requisitos de jubilación”.*

Como antecedente, el Titular del Ministerio de Educación (en adelante, “MINEDUC”), manifiesta que:

“1.1. (...) los educadores comunitarios o populares, son personas que colaboraban en el sistema educativo, en educación compensatoria y no

¹ LORLOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 434, de 19 de abril de 2021.

*escolarizada principalmente; quienes, en virtud de la particularidad de sus actividades, así como su formación, **no mantenían una relación de dependencia con el Ministerio de Educación**, por ende, no eran objeto de beneficios como la afiliación a la seguridad social, por cuanto no recibían una remuneración como tal, sino una bonificación, de conformidad con la diferente normativa emitida para el efecto (...)*

4.4. Es importante poner en su conocimiento que, a la presente fecha, no existen en ninguna provincia del país educadores comunitarios; toda vez que hasta el 2018, se identificaba y reconocía este tipo de actividad dentro de las zonas rurales, lo cual se desprende del distributivo del Ministerio de Educación con corte al mes de octubre de 2023”.

1.2. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del MINEDUC, contenido en memorando No. MINEDUC-CGAJ-2023-00279-M, de 29 de septiembre de 2023, citó los artículos 226 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante, “CRE”); la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI, así como la sentencia³ No. 32-21-IN/21 y acumulado (34-21-IN) de la Corte Constitucional, que analizó la constitucionalidad de dicha ley; el artículo 7 del Código Civil⁴, que establece el principio de irretroactividad de la ley; y, el artículo 1 de la Ley que fija Bonificación para los Educadores Comunitarios⁵ (en adelante, “Ley 122”), reformada por las leyes No. 87⁶ y No. 2006-56⁷, que creó la bonificación para los educadores comunitarios previendo que, respecto de los profesores fiscales que sean requeridos para prestar servicios adicionales, el pago de la bonificación no constituye pluriempleo ni incide en la cuantificación de los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, “IESS”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

*“Cabe recordar que los educadores comunitarios o bonificados son aquellas personas que de una u otra forma **colaboraron con el sistema educativo en diferentes áreas** ya sea en educación regular, primaria popular, colegios compensatorios, en centros de formación artesanal, centros ocupacionales o de capacitación, educación a distancia, ONGs y en otras instituciones, personal que estaban regidos por la **Ley No.122, publicada en el R.O. No. 963 de 10 de junio de 1996**, instrumento mediante el cual el entonces Congreso Nacional creó una bonificación para los Educadores Comunitarios en reconocimiento a la ayuda brindada, destacando que conforme el amparo legal previamente descrito, no mantenían relación de dependencia con el Ministerio de Educación y por ende **no percibían una remuneración como tal**, motivo por el cual al no mantener una*

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

³ Corte Constitucional, sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 217 de 16 de septiembre de 2021.

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

⁵ Ley No. 122, Ley que fija Bonificación para los Educadores Comunitarios, publicada en el Registro Oficial No. 963 de 10 de junio de 1996.

⁶ Ley No. 87, Ley reformativa a la ley que fija bonificación para los educadores comunitarios, publicada en el suplemento del registro oficial no. 963 de 10 de junio de 1996., publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 323 de 22 de mayo de 1998.

⁷ Ley No. 2006-56, Ley Reformativa A La Ley Que Fija La Bonificación Para Los Educadores Comunitarios, publicada en el Registro Oficial No. 369 de 3 de octubre de 2006.

relación laboral no accedieron al beneficio de la Seguridad Social pues la legislación vigente a esa época no preveía dicho reconocimiento.

El derecho a la seguridad social reconocido a favor de los educadores comunitarios populares **nace con estipulaciones concebidas en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, debiendo tomarse para el caso específico la disposición determinada en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOEI**, pues hasta antes de la publicación de la referida Ley Reformatoria, no existía norma jurídica previa que reconozca dicho derecho y determine obligaciones de pago al Ministerio de Educación por dicho concepto, conforme lo ordena el **artículo 226 de la Constitución de la República**.

(...) para efectos del **cálculo de intereses de mora en el pago de las obligaciones patronales** en favor de aquellos educadores comunitarios o populares que han acreditado dicha condición y constan en el catastro debidamente validado por el Ministerio de Educación y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en coordinación con las organizaciones representativas de los educadores comunitarios o populares a nivel nacional, se deberá tomar en cuenta las disposiciones legales aplicables y que reconocen en forma EXTRAORDINARIA la obligación de pago de intereses; es decir la **fecha en que entró en plena vigencia la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, es decir el día 16 de septiembre de 2021**, fecha en la cual fue publicada en el Registro Oficial la **Sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado (34-21-IN)** de la Corte Constitucional que declaró la **Constitucionalidad de la Ley Reformatoria de la LOEI**, con ciertas excepciones en las que no se encontraba incluida la Disposición Transitoria Primera”.

(...) se reitera que la obligación del Ministerio de Educación para el pago de los beneficios a la seguridad social a favor de los educadores comunitarios y populares nació con la vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria, no cabiendo que a dichas obligaciones se les cargue intereses de mora patronal de años anteriores, sobretodo si se considera que se trata de una **obligación legal que no existía hasta antes del 16 de septiembre de 2021**, fecha en la cual entró en plena vigencia la Ley Orgánica Reformatoria de la LOEI” (El énfasis y subrayado corresponden al texto citado).

1.3. Al oficio de consulta se acompañó copia de comunicaciones cursadas entre el MINEDUC y el IESS, entre ellas, el informe jurídico de la Procuradora General del IESS, contenido en memorando No. IESS-PG-2023-1792-M, de 27 de octubre de 2023 que citó, además de la normativa invocada por el MINEDUC, los artículos 82, 368, 369 y 370 de la CRE; 16, 17, 18, 19, 30, 84, 89 y 100 de la Ley de Seguridad Social⁸ (en adelante, “LSS”); 162 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁹ (en adelante, “LOGJCC”); y, la Resolución No. 222 del Consejo Directivo del IESS¹⁰

⁸LSS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

⁹LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹⁰ <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+222>

que contiene el procedimiento para el cálculo de rendimientos de fondos de reserva, con base en los cuales analizó y concluyó:

“La Ley de Seguridad Social, expresamente prohíbe la exoneración de intereses, multas y más recargos causados por la mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y documentos que ordenare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

(...)

En el marco legal expuesto la Corte Constitucional, dentro de la causa No. 32-21-IN/21 y acumulado, dispuso la suspensión provisional de la totalidad de la ‘Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural’; por lo que, el plazo que corría fue suspendido a sus 30 días. La sentencia del caso citado, por la forma, fue expedida el 11 de agosto de 2021, sin que existiese aclaración o ampliación de la misma, declarando la constitucionalidad de la Ley y levantando las medidas cautelares ordenadas. Por lo indicado, el plazo volvió a transcurrir desde el 12 de agosto de 2021 hasta el 10 de septiembre de 2021, fecha en la que se cumplieron los primeros 60 días; que, de conformidad con la letra c) de la indicada disposición transitoria, el Ministerio de Educación tenía 30 días para realizar el pago; que vencieron el 11 de octubre de 2021; fecha desde la cual, son aplicables las disposiciones de la Resolución C.D 222.

La contabilización de plazos se efectúa de conformidad con el Art. 162 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (...).

(...)

4. PRONUNCIAMIENTO

(...) una vez que se cumplieron los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Educación Integral (sic); así como también lo dispuesto en la sentencia No. 32-21-IN (sic) y acumulado de la Corte Constitucional, se deberán calcular los intereses conforme lo establece el artículo 89 de la Ley de Seguridad Social (...).”

1.4. De lo expuesto se observa que los informes jurídicos previamente citados difieren respecto de la fecha a partir de la cual generarían intereses las obligaciones establecidas por la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI, a cancelar por el MINEDUC al IESS, en cuanto a los educadores comunitarios.

Así, el MINEDUC enfatiza que no es empleador-patrono de los educadores comunitarios, y que se trata de una obligación legal que rige desde el 16 de septiembre de 2021, fecha en la que se publicó la sentencia de la Corte Constitucional sobre la LORLOEI, y a partir de la cual correrían los plazos de 60 días para impulsar acciones de cobro y 30 días para efectuar el pago sin intereses, previstos por la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI.

Por su parte, el IESS considera que los plazos para que el MINEDUC efectúe los pagos vencieron el 11 de octubre de 2021, fecha a partir de la cual se generarían los intereses en beneficio de dicho instituto, según las disposiciones de la Resolución C.D 222¹¹, que contiene el procedimiento técnico que el IESS debe aplicar para la determinación de los rendimientos del Fondo de Reserva.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Los Educadores Comunitarios; *ii)* La Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI; *iii)* Las Regulaciones Sobre la Seguridad Social y su Relación con las Finanzas Públicas; y, *iv)* Las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Relativas a la Vigencia de las Sentencias Constitucionales.

2.1. Los Educadores Comunitarios.-

En el año 1996, mediante la Ley No. 122 se creó una bonificación para los educadores comunitarios. El artículo 1, reformado¹² de dicha ley disponía:

“Art. 1.- El personal que presta sus servicios en las áreas de acción de las direcciones nacionales de Educación Popular Permanente Hispana e Intercultural Bilingüe, en los colegios de ciclo básico y diversificado populares, centros de formación artesanal, PREDAFORP y promotores, percibirá una bonificación no inferior al equivalente a seis salarios mínimos vitales de los trabajadores en general”.

Posteriormente, mediante nueva reforma a dicha ley se incorporó un artículo innumerado¹³ que previó – para el caso de profesores fiscales que fueran requeridos para prestar servicios adicionales y fuera de su jornada de trabajo – que el pago de la bonificación no constituiría pluriempleo, según se aprecia del tenor de esa norma, que estableció:

“Art. (...) No constituye pluriempleo el caso en el que los profesores fiscales sean requeridos para prestar servicios adicionales como alfabetización, alfabetización de adultos, capacitación y perfeccionamiento docente, organizados o reconocidos por el Ministerio de Educación y Cultura, fuera del cumplimiento de su jornada ordinaria, si su horario se lo permite, sin que implique percibir otra remuneración

¹¹ Resolución No. 222, expedida por el Consejo Directivo del IESS el 13 de octubre de 2008.

¹² Ley 122, artículo 1 reformado por el Art. 1 de la Ley 87, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 323 de 22 de mayo de 1998.

¹³ Ley 122, artículo innumerado agregado por el Art. 1 de la Ley 2006-56, publicada en el Registro Oficial No. 369, de 3 de octubre de 2006.

por esta labor, sino únicamente la bonificación correspondiente. El pago de dicha bonificación, por su propia naturaleza, no incidirá de ninguna forma en la cuantificación de los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o en cualquier otro componente o beneficio económico del régimen remunerativo.

El hecho de que profesores fiscales sean requeridos a prestar servicios de educación comunitaria, no altera el régimen jurídico de dichos docentes que están sometidos a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, como tampoco cambia el régimen jurídico de los educadores comunitarios que están sometidos a su propia ley.

El Ministerio de Educación y Cultura planificará y normará la prestación de los servicios de educación comunitaria atendiendo a la intensidad horaria y a la disponibilidad presupuestaria que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas en cada ejercicio fiscal” (El énfasis me corresponde).

Al respecto, es oportuno considerar que el personal del magisterio, a la época en que se expidió la Ley 122, se encontraba sujeto a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional¹⁴ (en adelante, “LCD”), que fue reformada en varias ocasiones y posteriormente derogada en 2011 por la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹⁵ (en adelante, “LOEI”), vigente en la actualidad con reformas.

La LCD en su momento no reguló la figura de los docentes comunitarios, siendo que al expedirse la LOEI se incluyó una transitoria, que actualmente corresponde a la Trigésima Novena, que facultó su ingreso al sistema educativo, condicionándolo a la obtención de título y el cumplimiento de los requisitos para el ingreso al magisterio, según se aprecia de su tenor:

“Trigésima Novena.- Los educadores comunitarios que, a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, puedan certificar que colaboran en el sistema educativo, que han obtenido título profesional en materia educativa y que cumplan con los requisitos previstos para el ingreso al magisterio, serán contratados como profesores, en los lugares en que fueran necesarios, hasta que participen en los concursos de méritos y oposición, para lo cual recibirán un puntaje adicional, el mismo que estará definido en el reglamento de esta Ley”.

De lo expuesto se aprecia que: *i)* El régimen jurídico aplicable al personal docente público es el previsto en la LOEI; *ii)* Los educadores comunitarios, incluidos aquellos que siendo docentes fiscales realizaron dicha actividad en forma adicional, estaban sujetos a la Ley No. 122; y, *iii)* Desde la promulgación de la LOEI en 2011, el ingreso de los educadores comunitarios al sistema educativo estuvo condicionado a la obtención del título

¹⁴ Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, inicialmente publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

¹⁵ Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

profesional en materia educativa, al cumplimiento de los requisitos de ingreso al magisterio y al concurso de méritos y oposición, en el que recibirían un puntaje adicional.

2.2. La Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI.-

Mediante reforma legal introducida en 2021, la LORLOEI incorporó a la LOEI la Disposición Transitoria Primera¹⁶, sobre cuya aplicación trata su consulta.

Dicha transitoria estableció dos plazos, uno de 60 días y otro de 30 días, contados desde la promulgación de la LORLOEI y desde el vencimiento del primer plazo,

¹⁶ LOEI, DISPOSICIONES TRANSITORIAS, PRIMERA. - La Constitución de la República establece la responsabilidad del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social de los educadores comunitarios y populares para cuyo efecto se obliga a:

a. Dentro de sesenta días plazo, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme sus atribuciones legales, impulsará las acciones de cobro de las glosas y títulos de crédito que contienen obligaciones de aportes y fondos de reserva, emitidos en contra del Ministerio de Educación (correspondiente a trece provincias, por no afiliar a educadores comunitarios o populares, de acuerdo con los detalles que constan en los oficios No. 13111700-362 y No. 13111700 R-9440 de fechas 29 de mayo de 2009 y 23 de febrero de 2010, respectivamente, expedidos por el Departamento de Afiliación y Control Patronal de la Dirección Provincial de Pichincha del IESS).

b. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el literal a), el Ministerio de Educación en coordinación con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social actualizará los valores adeudados a la fecha; lo cual, servirá de base para que el Ministerio de Economía y Finanzas realice de manera inmediata los ajustes y trasposos presupuestarios para el pago correspondiente, dentro de los sesenta días dispuestos.

c. Dentro del mismo plazo de sesenta días, el Ministerio de Educación y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, validará de manera obligatoria con las organizaciones representativas de los educadores comunitarios o populares a nivel nacional, el catastro y los valores monetarios que garantizarán el derecho a la seguridad social para aquellos educadores comunitarios o populares que acrediten su condición y para quienes se encuentren en trámite de verificación de sus documentos ante el IESS.

d. La información mencionada en el literal c. servirá de base para que el Ministerio de Economía y Finanzas realice las reformas, ajustes, el traspaso presupuestario necesario y la asignación de los recursos para cancelar las obligaciones de pago a los educadores comunitarios, dentro del plazo de 30 días inmediatamente posteriores a los sesenta días mencionados en los incisos anteriores.

El Ministerio de Educación dentro del plazo previsto en el literal a) podrá en su calidad de empleador deudor para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme al artículo 91 de la Ley de Seguridad Social, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001 celebrar convenios de purga de mora patronal debidamente garantizados o acuerdos de pagos parciales, conforme el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, contenido en la Resolución N° C.D. 516, expedida por el Consejo Directivo del IESS, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial 687 del 15 de agosto de 2016, que contengan las obligaciones patronales respecto a los educadores populares o comunitarios, cuyos derechos han sido reconocidos como sujetos de protección conforme lo establece el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social.

El pago de aportes atrasados que se haga exclusivamente dentro del plazos (sic) previstos en el literal a. y c, no generará interés alguno a favor de). IESS, ni responsabilidad patronal.

En caso que el Ministerio de Educación y el Ministerio de Economía y Finanzas incurrieren en mora del pago de aportes, fondos de reserva y más descuentos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme lo establece el artículo 90 de la Ley de Seguridad Social, el Contralor General del Estado, a solicitud del IESS, ordenará el bloqueo de fondos y la inmediata retención y entrega al Instituto de una cantidad igual al monto de la liquidación que, conjuntamente con la solicitud, presentará éste. Esta medida no limitará la facultad del IESS de perseguir el cobro de lo adeudado mediante la acción coactiva.

Las acciones mencionadas en el inciso anterior solamente se interrumpirán si tales entidades suscribieron convenios de purga de mora patronal, debidamente garantizados.

La mora en el pago de aportes, fondos de reserva y otros descuentos dispuestos por el IESS en perjuicio de los educadores comunitarios y populares, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos conforme lo estipula el artículo 89 de la Ley de Seguridad Social.

En caso de fallecimiento de la o el educador comunitario y popular que tenga a su favor un título de crédito o una glosa, los derechohabientes podrán cobrar el valor correspondiente a los fondos de reserva, actualizados a la fecha, incluidos los intereses generados por mora; así como acceder a los otros beneficios sociales, para lo cual, justificarán ante el IESS, el derecho a recibir los beneficios conforme a la ley.

El incumplimiento de lo establecido en la presente disposición transitoria será sancionado con la destitución de la autoridad y de las servidoras y servidores públicos remisos de su obligación, conforme los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley.

El ente rector verificará la relación laboral que existió en el desempeño de funciones como docentes comunitarios por todos los medios verificables dentro de la Cartera de Estado correspondiente sin solicitar nueva documentación a las y los profesores o herederos. En el caso que no exista documentos de verificación que prueben la relación laboral, se solicitará y aceptará una declaración juramentada ante Notario Público en la cual la o el docente comunitario junto a dos testigos declararán que desempeñaron esas funciones, especificando el lugar donde lo realizaron.

Este documento solemne bastará para el pago inmediato de haberes y de reconocimiento de seguridad social; toda vez que es responsabilidad de la persona declarante caer en perjuicio. Si se llegase a demostrar que incurrió en perjuicio, el ente rector deberá proceder conforme a la ley”.

respectivamente, para realizar una serie de acciones coordinadas entre el MINEDUC, el IESS y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”), a fin de impulsar acciones, validar la información documental sobre los educadores comunitarios, “actualizar los valores adeudados”, realizar ajustes y traspasos presupuestarios, y efectuar el pago.

La norma previó, adicionalmente, que el MINEDUC “*en su calidad de empleador deudor para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*” estaba facultado para celebrar convenios de purga de mora patronal “*que contengan las obligaciones patronales respecto a los educadores populares o comunitarios*” (El énfasis me corresponde).

Agrega el penúltimo inciso de la mencionada transitoria que “*el ente rector*” deberá verificar documentalmente “*la relación laboral que existió en el desempeño de funciones como docentes comunitarios*”.

En oficio No. 19731, de 5 de agosto de 2022, este organismo se pronunció respecto del alcance y vigencia de las reformas introducidas por la LORLOEI, conforme su Disposición Final, en los siguientes términos:

Sobre la vigencia de las reformas introducidas por la LORLOEI, su Disposición Final establece que las mismas entrarán a regir a partir de su publicación en el Registro Oficial, salvo lo referente ‘*al procedimiento sancionatorio y disciplinario, así como las reformas a la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, las cuales entrarán en vigencia después de transcurridos 365 días desde la publicación de esta Ley (...)*’ (El énfasis corresponden al texto original).

Al respecto, es necesario precisar que **la LORLOEI se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 434 de 19 de abril de 2021, sin embargo ese cuerpo normativo fue acusado de varios cargos de inconstitucionalidad resueltos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto del mismo año**, los cuales si bien no se refieren a los artículos materia de sus consultas, **con motivo de la referida acción de inconstitucionalidad la vigencia de la LORLOEI fue suspendida desde el 20 de mayo de 2021 hasta el 11 de agosto del mismo año**. En tal virtud el plazo previsto por la mencionada Disposición Final de la LOEI para que empiecen a regir las reformas sobre los procedimientos sancionatorio y disciplinario, así como las referidas a las JDRC, debe considerar la suspensión dispuesta por la sentencia de la Corte Constitucional (El énfasis me corresponde).

De lo expuesto se aprecia que: *i)* La Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI estableció dos plazos, uno de 60 días y otro de 30 días, respectivamente, contados desde la promulgación de esa ley y desde el vencimiento del primer plazo, para realizar una serie de acciones coordinadas entre el MINEDUC, el IESS y el MEF, a fin de verificar documentalmente “*la relación laboral que existió en el desempeño de funciones como docentes comunitarios*”, “*actualizar los valores adeudados*”, realizar ajustes y traspasos

presupuestarios, y **efectuar el pago**; ii) La sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado (34-21-IN), de 11 de agosto de 2021, estableció los parámetros aplicables para la vigencia de la LORLOEI; iii) el plazo de 60 días previsto en la Disposición Transitoria primera de la LORLOEI venció el 10 de septiembre de 2021 y el de 30 días venció el 11 de octubre de 2021, tomando en consideración que la ley fue promulgada el 19 de abril de 2021, se suspendió su vigencia el 20 de mayo de 2021 y la sentencia 32-21-IN/21 se notificó el 11 de agosto de 2021.

2.3. Las Regulaciones Sobre la Seguridad Social y su Relación con las Finanzas Públicas.-

De conformidad con el inciso primero del artículo 34 de la CRE, “*la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado*”.

En este contexto, el inciso primero del artículo 371 ibídem señala que las prestaciones de la seguridad social se financian “*con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores*”, con los aportes de las personas independientes aseguradas, con los aportes voluntarios de los ecuatorianos domiciliados en el exterior, “*y con los aportes y contribuciones del Estado*”.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹⁷ (en adelante, “*COPLAFIP*”) prevé que sus disposiciones regulan la planificación y programación presupuestaria cuatrianual del sector público, el Presupuesto General del Estado y los presupuestos de las entidades públicas, así como “*todos los recursos públicos y demás instrumentos aplicables a la Planificación y las Finanzas Públicas*”, por lo que su ámbito de aplicación, previsto por su artículo 4, incluye a todas las entidades del sector público, con respeto de la facultad de gestión autónoma que la CRE o las leyes les reconozcan.

Como rector del SINFIP, de conformidad con los numerales 4, 6, 14, 15 y 21 del artículo 74 del COPLAFIP, el MEF tiene atribuciones¹⁸ para analizar los riesgos fiscales que puedan afectar a la sostenibilidad de las finanzas públicas; dictar normas para el funcionamiento del SINFIP y sus componentes; asesorar en la elaboración de proyectos de ley o decretos que tengan incidencia en los recursos del Sector Público; y para emitir dictamen previo, obligatorio y vinculante “**sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los**

¹⁷ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁸ “COPLAFIP, “Art. 74.- Deberes y atribuciones del ente rector del SINFIP.- El ente rector del SINFIP, como ente estratégico para el país y su desarrollo, tiene las siguientes atribuciones y deberes, que serán cumplidos por el Ministro(a) a cargo de las finanzas públicas: (...) 4. Analizar las limitaciones, riesgos, potencialidades y consecuencias fiscales que puedan afectar a la sostenibilidad de las finanzas públicas y a la consistencia del desempeño fiscal e informar al respecto a las autoridades pertinentes de la función ejecutiva; (...) 6. Dictar las normas, manuales, instructivos, directrices, clasificadores, catálogos, glosarios y otros instrumentos de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades del sector público para el diseño, implantación y funcionamiento del SINFIP y sus componentes; (...) 14. Participar y asesorar en la elaboración de proyectos de ley o decretos que tengan incidencia en los recursos del Sector Público; 15. Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados (...). 21. Asesorar a las entidades y organismos del sector público, en materias relacionadas con el SINFIP y en política económica; (...)”.

recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero” (El énfasis me corresponde).

Adicionalmente, es oportuno considerar que el artículo 115 del COPLAFIP determina que ninguna entidad u organismo público podrá *“contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”*.

En cuanto a la mora patronal, el artículo 89 de la LSS prevé que:

“Art. 89.- Interés y multas por mora patronal.- La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que: *i) El Estado está obligado a contribuir a la seguridad social, y respecto de su personal en relación de dependencia, le corresponde efectuar el pago de los aportes a la seguridad social como empleador; ii) Los proyectos de ley que tengan impacto en los recursos públicos o generen obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero requieren dictamen previo del MEF, a fin de observar el principio de sostenibilidad fiscal; y, iii) la mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causan interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos.*

2.4. Las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional relativas a la vigencia de las sentencias constitucionales.-

Conforme el artículo 436 de la CRE, la Corte Constitucional es competente para: *“2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.”*

Al respecto, en cuanto al control abstracto de constitucionalidad, el artículo 93 de la LOGJCC señala que: *“Los autos, sentencias y demás providencias correspondientes a estos procesos, serán publicadas y notificadas en los lugares señalados por los intervinientes, en medios electrónicos de acceso público para su seguimiento”* y que: *“En el Registro Oficial se ordenará la publicación de las sentencias”*; agrega que la publicación de las sentencias, además de contar con los votos salvados y concurrentes de los jueces *“se efectuará dentro del término de diez días a partir de la adopción de la decisión”* y que: *“La notificación de la sentencia se realizará dentro del término de veinticuatro horas de expedida la sentencia”*.

Así, el artículo 95 ibídem prevé que: “*Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro*”.

Adicionalmente, conforme el artículo 162 de la LOGJCC, “*Las sentencias y dictámenes constitucionales son de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración o ampliación, y sin perjuicio de su modulación*” (el énfasis me corresponde).

Finalmente, es menester precisar que, según el artículo 425 de la CRE, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, “*la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*”. Concordante, el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC establece los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, y dispone que: “*Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior (...)*” (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* Las sentencias emitidas en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad deben ser notificadas en el término de veinticuatro horas de expedidas las mismas, en los lugares señalados por los intervinientes y en medios electrónicos de acceso público para su seguimiento, sin perjuicio de que se disponga su publicación en el Registro Oficial; *ii)* Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro; y, *iii)* Las sentencias y dictámenes constitucionales son de inmediato cumplimiento.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo establecido en los artículos 93 y 162 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se deben de calcular los intereses de mora, rendimientos, multas y responsabilidades patronales desde el 12 de octubre de 2021, con relación a los educadores comunitarios o populares, en favor de quienes el Ministerio de Educación debe pagar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social los aportes y fondos de reserva,

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

Oficio No. 04982

Quito, D.M., 26 de diciembre de 2023

Doctor
Gabriel Nicanor Zúñiga Silva
ALCALDE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
SAN PEDRO DE PELILEO
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADMCSPP-A-2023-274-OF, de 7 de noviembre de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado con No. 0003179-2023 el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“En el escenario de que una autoridad electa haya renunciado a su cargo durante el ejercicio de sus funciones; y, a su vez, su suplente se ha excusado de tomar posesión; para suplir ese cargo: ¿Conforme lo determina el primer inciso del artículo 167.1, de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, para ocupar el cargo del suplente que se ha ausentado, se debería atender el estricto orden de prelación dentro de una misma lista, de acuerdo al orden de votación asignado a sus miembros; o, en su defecto, se debería convocar en atención al porcentaje de votación obtenido por candidatos pertenecientes a listas distintas?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Mediante oficio No. 04079, de 16 de octubre de 2023, respectivamente, la Procuraduría General del Estado solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Pedro de Pelileo (en adelante *GADM Pelileo*) que las consultas inicialmente planteadas en oficio No. GADMCSPP-A-2023-246-OF, de 10 de octubre de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, sean reformuladas de manera que traten sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico del Procurador Síndico Municipal del GADM Pelileo con relación al objeto de las consultas reformuladas, requerimiento que fue atendido con el oficio No. GADMCSPP-A-2023-246-OF, de 17 de octubre de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día.

- 1.2. Si bien con oficio No. GADMCSPP-A-2023-246-OF, de 17 de octubre de 2023, el GADM Pelileo dio respuesta al requerimiento de este organismo, del informe jurídico adjunto se observó que la consulta reformulada seguía tratando sobre un caso institucional específico, razón por la cual, mediante oficio No. 04171, de 23 de octubre de 2023, este organismo insistió en su solicitud, el mismo que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.
- 1.3. El informe jurídico del Procurador Síndico del GADM Pelileo, contenido en memorando No. GADMCSPP-AJ-2023-0772-M, de 6 de noviembre de 2023, citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante *CRE*); 164 letras b) y c) y 167.1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia² (en adelante *Código de la Democracia*). Dicho informe concluyó:

“En virtud de lo expuesto, esta dirección de Procuraduría Síndica tiene a bien informar que, de la lectura sistemática de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se puede determinar que el artículo 167.1 debe ser interpretado en conjunto y en su generalidad. Dicho esto, se informa que el referido artículo versa sobre la ausencia de las autoridades suplentes, y la misma se compone por tres reglas expresas, siendo la primera de ellas la determinante para el caso que nos ocupa, debiendo entenderse en su literal y obvio sentido: ‘En caso de ausencia o imposibilidad de asistir de los respectivos suplentes de los asambleístas, concejales y vocales de las juntas parroquiales, la secretaria del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales y suplentes que sigan en la lista en el orden de votación’ (Énfasis corresponde al texto original); la segunda, por su parte, determina un escenario específico para el caso de asambleístas ausentes; y, la tercera regla -general por naturaleza- determina el proceder en el caso de que la ausencia definitiva no pueda ser subsanada por el orden de prelación de los candidatos principales y suplentes de la misma lista a la que se le asignó previamente un escaño, siendo únicamente bajo esta premisa que se acudirá a la siguiente lista o fuerza política en el orden de votación.

En relación a la asignación de los escaños, es importante indicar que, la fórmula que establece el artículo 164 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia se la utiliza previamente a la proclamación de las personas favorecidas con la asignación de escaños. Una vez finalizada la asignación, en el caso de las elecciones pluripersonales, lo correspondiente es referirse a la ocupación de tal escaño por ausencia del o la titular y su respectivo suplente, ausencia concurrente.

En síntesis, el cargo de cualquier dignidad de elección popular se asigna de acuerdo al método de Webster, conforme lo dispone la norma electoral, como un primer momento; por lo tanto, en el momento actual -segundo-, corresponde únicamente suplir dicho puesto atendiendo un estricto orden de prelación. Para el efecto, la norma contenida en

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

² Código de la Democracia, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 578 de 27 de abril de 2009.

el artículo 167.1 se limita a este último momento; es decir, a la ausencia o imposibilidad de asistir del suplente dentro de una misma lista.

Cuando se trata de una ‘suplencia’, en estricta aplicación del artículo 167.1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, quien debería ser convocado a suplir el cargo principal debe ser el siguiente candidato en orden de prelación dentro de la misma fuerza política a la que se le asignó el escaño, indistintamente de la votación obtenida respecto de candidatos de otras listas. Consecuentemente, no se podría asignar el cargo a un candidato de una lista diferente sin previamente agotar dicho orden de prelación”.

2. Análisis. –

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

Según el artículo 253 de la CRE, cada cantón tendrá un concejo cantonal que estará integrado por “**la alcaldesa o alcalde y las concejales y concejales elegidos por votación popular**” (el énfasis me corresponde). Concordante, el artículo 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización³ (en adelante *COOTAD*) prevé que el concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante *GAD*), integrado por el alcalde y por “**los concejales o concejales elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral**” (el énfasis me corresponde).

El artículo 1 del Código de la Democracia señala que: “*Bajo los principios de diversidad, pluralismo ideológico y de igualdad de oportunidades*” esa norma regula “*la participación popular en el ejercicio de la democracia directa para los procesos electorales y para la designación, remoción y revocatoria del mandato de las autoridades de los órganos de poder público*”. Conforme el artículo 9 ibídem: “*En caso de duda en la aplicación de esta ley, se interpretará en el sentido que más favorezca al cumplimiento de los derechos de participación, a respetar la voluntad popular y a la validez de las votaciones*” (el énfasis me corresponde).

Por su parte, los incisos primero y tercero del artículo 99 del Código de la Democracia disponen que: “*Las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes*” y que: “*Las organizaciones políticas inscribirán las listas para elecciones pluripersonales y unipersonales bajo criterios de paridad e inclusión generacional*”; mientras que el artículo 164 ibídem determina el procedimiento para la adjudicación de escaños en las elecciones pluripersonales.

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

En cuanto a la proclamación de resultados, el artículo 165 del Código de la Democracia dispone que en elecciones pluripersonales: *“Las autoridades electorales proclamarán electas o electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y como suplentes de cada candidata o candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales”*.

Del tenor de los artículos 99 y 165 del Código de la Democracia se evidencia que, en los casos de elecciones pluripersonales, estas se efectúan a través de listas, en las que los candidatos principales cuentan con sus respectivos suplentes inscritos, y que al ser elegidos se proclaman como autoridades bajo la misma premisa el principal y su respectivo suplente.

Para el caso de ausencia de concejales cantonales, el artículo 167.1, sustituido⁴ del Código de la Democracia, señala que se *“convocará a aquellos candidatos principales y suplentes **que sigan en la lista** en el orden de votación”* y añade que, en los casos de ausencia definitiva y agotados *“todos los posibles principales y suplentes **de la misma fuerza política**, tendrá derecho a ejercer esa representación el candidato o candidata correspondiente de la siguiente lista más votada”* (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* cada concejal tiene su respectivo suplente, que se proclama electo de manera conjunta, según el inciso primero del artículo 165 del Código de la Democracia; *ii)* corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad del concejal, únicamente en caso de ausencia del titular; *iii)* en caso de ausencia del concejal principal y su suplente, es aplicable el procedimiento previsto por el artículo 167.1 del Código de la Democracia, según el cual se convocará *“a aquellos candidatos principales y suplentes que sigan en la lista en el orden de votación”*; y, *iv)* en caso de ausencia definitiva y agotados *“todos los posibles principales y suplentes **de la misma fuerza política**, tendrá derecho a ejercer esa representación el **candidato o candidata correspondiente de la siguiente lista más votada”***.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el tenor de los incisos primero y tercero del artículo 167.1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en el caso de ausencia del concejal suplente que deba sustituir al dignatario principal, la secretaría del concejo convocará a aquellos candidatos principales y suplentes que sigan en la misma lista en el orden de votación. En consecuencia, y solo en el caso que se agoten

⁴ Artículo 161.1 del Código de la Democracia, sustituido por el artículo 77 de la Ley Orgánica Reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 134 de 3 de febrero de 2020.

todos los posibles alternos principales y suplentes de la misma fuerza política, se convocará al candidato de la siguiente lista más votada.

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

Oficio No. 05028

Quito, D.M., 28 de diciembre de 2023

Ingeniero

Luis Miguel Porras Sotamba

GERENTE GENERAL

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA EMAS EP

Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. 049-EMAS-EP-G.G.-2023, de 23 de mayo de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿De conformidad con el Art. 197 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe entenderse que el mismo aplica para cualquier tipo de bien o servicio que acredite con evidencia documental que se trata de proveedor único en el mercado público nacional, siempre que se justifique cualquiera de los numerales de dicho artículo?”

2. ¿De conformidad con el numeral 3 del Art. 197 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se puede justificar la contratación de un proveedor bajo régimen especial ‘proveedor único’ con la presentación de una patente o documento del Ente Rector de la Propiedad Intelectual que le acredite ser titular de los derechos de autor de un determinado servicio?”

Al respecto, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. En informe No. EMASEP-DJL-011-2023-I, de 11 de mayo de 2023, la Directora Jurídica y Legal de la Empresa Municipal de Aseo Santa Rosa EMAS EP (en adelante, “EMAS EP”) citó los artículos 82, 85 número 2, 237 número 3, y 322 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, “LOSNCP”); los artículos 85 y 88 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación³ (en adelante, “COESCCI”); el artículo 3 números 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

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 04 de agosto de 2008.

³ COESCCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 899 de 09 de diciembre de 2016.

Control Constitucional⁴ (en adelante, “LOGJCC”); los artículos 195, 196 y 197 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵ (en adelante, “RGLOSNCPP”); y, el artículo 95 del derogado Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante, “RGLOSNCPP de 2009”); con fundamento en los cuales, concluyó:

“3. CONCLUSIONES:

- *Actualmente existen dudas de la aplicación del régimen especial en la causal de ‘proveedor único’ al que hace referencia el Art. 197 del Reglamento General de la LOSNCP, debido a la forma de redacción de la norma.*
- *El criterio de la Abogada de la Institución, en torno a la primera pregunta, debidamente fundamentado en los métodos de interpretación jurídica evolutivo, sistemático y teleológico es que el Art. 197 del actual Reglamento General de la LOSNCP aplica para todo tipo de bienes y servicios considerados como ‘únicos’ en el mercado público nacional, siempre que se cuente con la evidencia documental que justifique tal circunstancia y en cualquiera de las causales establecidas en los numerales del Art. 197 Ibidem, con la finalidad de garantizar la eficiencia administrativa del sector público en los procesos de compras gubernamentales.*
- *El criterio de la Abogada de la Institución, en cuanto a la segunda inquietud, es que si un proveedor, justifica con documentos auténticos ser el titular de los derechos de autor de un determinado servicio, legalmente reconocido por el Ente Rector de la Propiedad Intelectual del Ecuador, que anteriormente se llamaba Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual -IEPI-, actualmente Servicio Nacional de Derechos Intelectuales -SENADI-, aplica perfectamente la causal número 3 del Art. 197 del Reglamento General de la LOSNCP, para aplicar el procedimiento de régimen especial proveedor único”.*

- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios No. 02332 y No. 02333 de 31 de mayo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”) y al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, “SENADI”), sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 02812, de 10 de julio de 2023, se insistió en dicho requerimiento al SERCOP.
- 1.3. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos, en su orden: i) por la Directora General del SENADI, mediante oficio No. SENADI-DG-MA-2023-0090-OF, de 7 de junio de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día; y, ii) por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del SERCOP, con oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0061-OF, de 20 de julio de 2023, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 27 de los mismos mes y año.

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

⁵ RGLOSNCPP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

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

- 1.4. El criterio jurídico del SENADI, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó el artículo 22 de la CRE; el artículo 10 número 3 de la LOSNCP; el artículo 267 del COESCCI; y, el artículo 3 número 14 del Decreto Ejecutivo No. 356⁷ que creó al SENADI; con base en los cuales, se abstuvo de emitir su criterio respecto de la primera pregunta, por considerar que corresponde a las competencias del SERCOP; y, con relación a la segunda pregunta, analizó y concluyó:

“(…) De la interpretación del numeral 3ero del artículo 197 se desprende que, la intención del legislador es que se considere como proveedor único aquel (sic) que cuente con una patente o una marca concedida o para aquellos casos en que, sin contar con uno de estos derechos de propiedad industrial, tenga una tecnología que no admita otra alternativa técnica, cabe mencionar que no se hace referencia a derecho de autor.

Si una persona natural o jurídica es titular de una patente o marca, contará con la Resolución y el título que le entrega el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, el derecho nace con la resolución de concesión y el título confirma la resolución, no siendo necesario exhibir el título si cuenta con el acto administrativo que le otorgó el derecho.

Además, la norma exige que la entidad contratante cuente con un informe técnico que motive las características del bien o servicio, el cual no lo emite SENADI, esta entidad solo reconoce el derecho, no sus características técnicas, lo que, si podemos es certificar la existencia del derecho de propiedad industrial, sea marca o patente (…).”

- 1.5. Por otra parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además, los artículos 226 y 288 de la CRE; el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo⁸ (en adelante, “COA”); los artículos 4, 10 número 17 y 99 de la LOSNCP; y, el artículo 266 del COESCCI; luego de lo cual, concluyó lo siguiente:

“III. ANÁLISIS JURÍDICO:

(…)

En atención a la primera consulta, es menester señalar que la disposición del artículo 197 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al encontrarse en la Sección Séptima ‘Repuestos o Accesorios y proveedor único’, es aplicable al procedimiento de régimen especial previsto en el artículo 2 número 6 de la LOSNCP, es decir, única y exclusivamente para la adquisición de repuestos o accesorios requeridos para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siendo la única condicionante el no encontrarse en el catálogo electrónico administrado por el SERCOP.

Con referencia a la segunda interrogante, el número 3 del artículo 197 del RGLOSNCOP, establece la figura jurídica del proveedor único, para la adquisición de repuestos y accesorios en el caso de que los equipos y maquinarias a cargo de las

⁷ Decreto Ejecutivo No. 356, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 224 de 18 de abril de 2018.

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

entidades contratantes consistan específicamente en patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas. (...)

IV. CRITERIO:

(...)

El artículo 2 de la LOSNCP establece los procedimientos que pueden ser sujetos a régimen especial, entre estos, menciona la adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS; al respecto, el Reglamento General, como norma complementaria a la Ley de la materia, ha desarrollado en el mismo artículo la condición de proveedor único de la contratación de accesorios y repuestos requeridos por las entidades contratantes.

En este orden de ideas, es pertinente mencionar que, el referido artículo de proveedor único no sería aplicable para ejecutar por medio del procedimiento de Régimen Especial otro tipo de contrataciones diferentes a aquella de accesorios y repuestos.

Las consultas generadas a este ente rector, hacen referencia a cualquier tipo de contratación de bienes o servicios por medio de la figura de proveedor único – régimen especial, situación que como ya se indicó en párrafos anteriores resulta contraria al espíritu normativo contenido en el Reglamento General; así mismo, me permito indicar que la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas, también se refiere a la necesidad institucional de contratar accesorios o repuestos.

En caso de que la entidad requiera adquirir bienes o servicios que no guarden relación con accesorios o repuestos, deberá aplicar los demás procedimientos de régimen común establecidos en el marco legal vigente.

El SERCOP, recalca que continuará ejerciendo sus atribuciones de control, en los procedimientos de contratación pública que realicen las diferentes entidades contratantes, ratificando así su compromiso con el cumplimiento de los principios y objetivos del SNCP. Recordando además que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, toda actuación que decida la entidad contratante será responsabilidad de la misma y de sus servidores públicos; por lo que, estará bajo la responsabilidad propia de cada entidad contratante de acuerdo al informe de necesidad y estudios previos realizados (...).”

- 1.6.** De lo expuesto se observa que, en relación con la primera pregunta, la EMAS EP y el SERCOP difieren en sus criterios. Para la EMAS EP, el artículo 197 del RGLOSNCP aplica para todo tipo de bienes o servicios considerados como únicos en el mercado público nacional, mientras se justifique y se adecue a una de sus causales. Por otro lado, el SERCOP considera que el régimen especial en cuestión aplica exclusivamente para la contratación de accesorios y repuestos requeridos para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes.

1.7. En cuanto a la segunda pregunta, la EMAS EP considera que si el proveedor presenta documentos auténticos acreditados en el SENADI –que justifique ser el titular de los derechos de autor de bienes o servicios-, se podría aplicar el número 3 del artículo 197 del RGLOSNCNCP bajo el régimen especial de proveedor único. Por su parte, el SERCOP señala que la figura jurídica del proveedor único aplica para la adquisición de repuestos y accesorios en el caso de que los equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes consistan en patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas. Por su parte, el SENADI señala que la intención del legislador es que se considere como proveedor único a aquel que cuente con una patente o una marca concedida o para aquellos casos en que, sin contar con uno de estos derechos de propiedad industrial, tenga una tecnología que no admita otra alternativa técnica, y agrega que la entidad contratante contará con un informe técnico que motive las características del bien o servicio, el cual no lo emite dicha entidad.

2. Análisis. -

2.1. Del Régimen Especial y sobre la aplicación de los artículos 196 y 197 del RGLOSNCNCP.

El artículo 1 de la LOSNCNCP, que establece el objeto y ámbito de aplicación de esa ley, señala que *“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 previstas en esa norma (el énfasis me corresponde).

El artículo 2 ibídem determina un Régimen Especial previsto en el RGLOSNCNCP, por parte del Presidente de la República, al que se someterán *“bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones”*, entre ellas: *“6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPÚBLICAS”*.

El RGLOSNCNCP, en el Título IV *“DE LOS PROCEDIMIENTOS”*, Capítulo III *“RÉGIMEN ESPECIAL”*, Sección I *“NORMAS COMUNES”*, en su artículo 167 establece que: *“Los procedimientos precontractuales de las contrataciones previstas en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, observarán la normativa prevista en esta sección”*.

Los artículos 196 y 197 del RGLOSNCNCP, materia de sus consultas, se encuentran dentro de la Sección VII *“REPUESTOS O ACCESORIOS Y PROVEEDOR ÚNICO”*⁹ del Título y Capítulo ya referidos.

⁹ Sección reformada por el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 488, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 104 de 13 de julio de 2022.

Así, el artículo 196 del RGLOSNCPE dispone que la contratación de “repuestos o accesorios”¹⁰ debe atender el siguiente procedimiento de régimen especial:

1. *La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá la resolución en la que se justifique la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otra justificación que le faculte acogerse al régimen especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial;*
2. *La máxima autoridad o su delegado, propenderá que esta adquisición de repuestos y accesorios se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando que existan intermediarios;*
3. *Se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS, la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjuntando la documentación señalada en el número 1 de este artículo y la identificación del fabricante o proveedor autorizado, señalando el día y la hora en que fenece el plazo para recepción de las ofertas;*
4. *Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa al fabricante o proveedor autorizado seleccionado con toda la información que se publicó en el Portal COMPRASPÚBLICAS;*
5. *En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal COMPRASPÚBLICAS;*
6. *En la fecha y hora señaladas para el efecto, se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado a través del Portal COMPRASPÚBLICAS;*
7. *La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado”.*

El artículo 197 de la RGLOSNCPE, por su parte, determina que el procedimiento previsto en el artículo anterior “para la adquisición de repuestos y accesorios” debe también ser aplicado u observarse en los siguientes casos:

1. Tengan un proveedor único;
2. Desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante; y,
3. Para la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas”.

El inciso final del citado artículo 197 del RGLOSNCPE agrega que: *“Para acogerse a este procedimiento, la entidad contratante deberá contar con el informe técnico que motive las características del bien o servicio”.*

Ahora, respecto de las consultas planteadas, vale cuestionarse cómo conciliar las disposiciones citadas, para luego determinar si los casos contemplados en el artículo 197 del RGLOSNCPE se refieren a cualquier tipo de bien o servicio o si, por el contrario,

¹⁰ De conformidad con dicho artículo, se clasifican como repuestos o accesorios los “(...) dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas, entre otros, que puede incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal COMPRASPÚBLICAS, (...)”.

se encuadran dentro de la clasificación general de “*repuestos o accesorios*”, no siendo posible que otros bienes y servicios puedan acceder al régimen referido.

Para el efecto, es necesario considerar lo dispuesto en el número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹¹, en armonía con el número 1 del artículo 18 del Código Civil¹², los cuales prevén que: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal*”.

De igual forma, el número 5 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional añade que: “*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*”.

Finalmente, se considera que entre los métodos de interpretación constitucional y ordinaria que establece el citado artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constan los de interpretación sistemática y teleológica que, según los numerales 5 y 6 de ese artículo, consisten en que las normas jurídicas deben entenderse “*a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*” y “*a partir de los fines que persigue el texto normativo*” (el énfasis me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* Según el artículo 197 del RGLOSNC: “*Se observará el mismo procedimiento para los siguientes casos: (...)*”; *ii)* Dicha norma determina que otros bienes y servicios deben observar el mismo procedimiento que el previsto para la contratación de “*repuestos y accesorios*” por lo que los incluye en dicho régimen, pero no en la misma clasificación; *iii)* Los bienes y servicios contratados bajo la clasificación de “*repuestos o accesorios*” son diferentes y autónomos a los casos contemplados en el artículo 197 del RGLOSNC, pero deben observar el mismo procedimiento; *iv)* Considerando que las disposiciones jurídicas deben interpretarse bajo su contexto normativo y que no es necesario utilizar otros mecanismos de interpretación cuando el tenor de la norma es claro, es viable entender que las hipótesis contempladas en el artículo 197 del RGLOSNC son independientes a la clasificación de “repuestos o accesorios”, no siendo necesario que se relacionen a esta última para que la adopción de un régimen especial sea procedente; y, *v)* La contratación de los siguientes bienes o servicios deberá someterse al procedimiento previsto en el artículo 196 RGLOSNC: Repuestos o accesorios; Proveedor único; Desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante; y, Utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

2.2. Respecto de los documentos técnicos requeridos para justificar la adopción de un Régimen Especial.

¹¹ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹² CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

En cuanto a la posibilidad de justificar la adopción de un régimen especial por “proveedor único” con la presentación de un documento del “Ente Rector de la Propiedad Intelectual” para la hipótesis contemplada en el número 3 del artículo 197 del RGLOSNC, pareciera que la entidad peticionaria concibe a las 3 causales contempladas en el artículo mencionado como conexas o mutuamente dependientes, cuando en realidad se tratan de casos autónomos que deben justificarse de forma distinta, de acuerdo con las particularidades presentadas en cada contratación.

Así, se entiende que la entidad contratante podrá activar el régimen especial por proveedor único cuando evidencie que los bienes o servicios que pretende contratar solo pueden obtenerse de un determinado proveedor, gozando este de derechos exclusivos respecto de aquellos.

Por otro lado, también podrá adoptarse el régimen especial cuando se requiera utilizar patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

Ambos casos, por regla general, no se enmarcan en una sola hipótesis; al contrario, operan aisladamente, justificándose en factores fácticos y jurídicos independientes.

Ahora bien, con relación a los documentos recabados por la entidad para justificar la contratación de bienes o servicios por régimen especial, vale considerar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 23 de la LOSNCP, que establece textualmente lo siguiente:

“Art. 23.-Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. (...)” (el énfasis me corresponde).

Adicionalmente, para los procedimientos llevados a cabo bajo la modalidad de régimen especial, el artículo 168 del RGLOSNC determina:

“Art. 168.-Estudios.- De acuerdo a la naturaleza de la contratación, será necesario disponer de todos los documentos técnicos que justifiquen dicha contratación. En el caso de contrataciones sujetas al régimen especial previsto en este capítulo, será necesario contar con estudios completos, incluidas especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, salvo casos en los que, por la complejidad o nivel de especificidad de los proyectos, dichos estudios puedan ser mejorados por los oferentes al presentar sus propuestas técnicas” (el énfasis me corresponde).

Bajo este esquema, la entidad contratante tiene la obligación de efectuar un estudio preliminar para definir la naturaleza de la contratación, el cual se plasmaría en una serie de documentos técnicos cuya naturaleza dependería del caso concreto y las necesidades propias de la institución.

Vale precisar que las disposiciones citadas imputan a la entidad contratante con la obligación de disponer de “*todos los documentos técnicos*” que hayan servido para

justificar la contratación. Si bien no enumera taxativamente qué documentos son necesarios para cada caso, enfatisa en que deben ser lo suficiente para respaldar plenamente la adquisición de dichos bienes y servicios.

Por tanto, es la entidad contratante quien tiene responsabilidad de producir, solicitar y recabar los documentos técnicos que considere conducentes y adecuados para respaldar la contratación y el régimen adoptado, a la luz de las circunstancias particulares del bien o servicio requerido.

Estos documentos serán luego utilizados para motivar el informe de necesidad que debe ser elaborado para este tipo de procesos, de acuerdo con lo determinado en el número 1 del artículo 196 y el último inciso del artículo 197 del RGLOSNC, que ordena que: *“Para acogerse a este procedimiento, la entidad contratante deberá contar con el informe técnico que motive las características del bien o servicio”.*

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los casos contemplados en el artículo 197 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aunque son independientes de aquellos clasificados como "repuestos y accesorios" por el artículo 196 del mismo reglamento, deben observar el procedimiento determinado por esta norma. En consecuencia, deberán someterse al procedimiento establecido en el artículo 196 del RGLOSNC: 1. Repuestos o accesorios; 2. Proveedor único; 3. Desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante; 4. Utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

Finalmente, en torno a la segunda consulta se concluye que, corresponde a la entidad contratante recabar los documentos técnicos necesarios, los cuales atenderán la realidad de cada caso concreto, para la elaboración de los estudios previos y el informe de necesidad.

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. Ab. Jorge Quincy Félix Romero,
SUBDIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP)

Dra. Sujey Torres Armendáriz,
DIRECTORA GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES (SENADI)

Oficio No. 05035

Quito, D.M., 28 de diciembre de 2023

Ingeniero
Fernando Viteri Mogrovejo
**PRESIDENTE EJECUTIVO,
EMPRESA ELÉCTRICA PROVINCIAL GALÁPAGOS
ELECGALÁPAGOS S.A.**
Presente. –

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. EEPGSA-PE-2023-0301-OFC, de 10 de agosto de 2023, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil, el 18 del mismo mes y año, remitido a esta Procuraduría mediante oficio No. PGE-DR1-2023-00301 de 6 de septiembre de 2023 y recibido en el correo único institucional en la misma fecha, el Mgs. Kevin Xavier Cruz Rodríguez, Presidente Ejecutivo, encargado, de la Empresa Eléctrica Provincial Galápagos ELECGALÁPAGOS S.A., formuló la siguiente consulta:

“¿Se puede otorgar comisión de servicios con remuneración a un funcionario con residencia temporal que tiene 11 meses con nombramiento de período fijo el cual fue emitido luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición y por encontrarse en calidad de cónyuge conforme al Art. 46 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos y Art. 6 del Reglamento de Migración y Residencia del Régimen Especial de Galápagos?”

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 su consulta, mediante oficios No. 03564 y 03565, de 11 de septiembre de 2023, este organismo solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”) y al Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos (en adelante, “CGREG”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 03913 de 2 de octubre de 2023, se insistió al CGREG que remita su criterio institucional.

1.2. Los requerimientos efectuados por este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas al correo institucional único de esta Procuraduría: *i*) por la Subsecretaría de Normativa del MDT, con oficio No. MDT-SN-2023-0296-O, de 27 de septiembre de 2023, ingresado el 2 de octubre de 2023; y, *ii*) por el Director de Asesoría Jurídica del CGREG, mediante oficio No. CGREG-DAJ-2023-0014-OF de 10 de octubre de 2023, recibido en el correo institucional único de este organismo el mismo día, al que adjunta el Informe Jurídico No. 80-DAJ-2023-AM de 10 de octubre del año en curso.

1.3. El informe jurídico del Asesor Legal de la Empresa Eléctrica Provincial ELECGALÁPAGOS S.A. (en adelante, “ELECGALÁPAGOS”), contenido en memorando No. EEPGSA-AL- 2023-0062-MEM del 27 de junio de 2023, citó los artículos 11 número 5, 358 y 326 números 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 17, 18, 19 y números 2.1., 2.1.1, 2.2.1 y 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en adelante, “LOEP”); innumerado añadido a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías³ (en adelante, “LC”); 28 y 30 de la de la Ley Orgánica de Servicio Público⁴ (en adelante, “LOSEP”); 46 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de Galápagos⁵ (en adelante, “LOREG”); 22 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante, “COA”); 6 del Reglamento de Migración y Residencia del Régimen Especial de Galápagos⁷ (en adelante, “RMRREG”) y 70 del Reglamento Interno de la Administración del Talento Humano de ELECGALÁPAGOS S.A.⁸ (en adelante, “Reglamento Interno”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“IV. ANÁLISIS:

Los residentes temporales que al haber ganado un concurso de mérito y oposición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y que se encuentran bajo la calidad de cónyuge de un o una residente permanente, sus nombramientos se deben extender como de periodo fijo, según lo dispone el Art. 6 del Reglamento de Migración y Residencia en el Régimen Especial de la provincia de Galápagos, sin que esto signifique que sea un

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008, última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 377 de 25 de enero de 2021.

² LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48, de 16 de octubre 2009; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 118 de 10 de enero de 2020.

³ LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre 1999; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial 269 de 15 de febrero de 2023.

⁴ LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.294 de 6 de octubre 2010; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 de 12 de mayo de 2023.

⁵ LOREG, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.520 de 11 de junio 2015; última reforma publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 160 de 11 de enero de 2023.

⁶ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio de 2017; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 268 de 14 de marzo de 2023.

⁷ RMRREG, expedido mediante Resolución No. 001-CGREG-V-V-2017, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.23 de 27 de junio 2017; última reforma publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No 509 de 1 de agosto de 2018.

⁸ Expedido mediante Resolución No. EEPGPE-01-2015 de 24 de marzo de 2015.

nombramiento definitivo con el que empieza la carrera de un servidor en el sector público, y para obtener un nombramiento definitivo en este territorio y zona de régimen especial es indispensable primero tener una residencia permanente para luego concursar y ganar.

En vista de que los derechos de los residentes temporales se encuentran restringidos por mandato constitucional con relación a su estatus migratorio y laboral, conforme al Art. 258 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 46 de la Ley de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos y Art. 6 del Reglamento de Migración y Residencia en el Régimen Especial de Galápagos, sus nombramientos de periodo fijo no pueden ser considerados como definitivos.

V. CRITERIO:

Por lo expuesto, la comisión de servicios con remuneración para estudios de postgrado en el extranjero NO es procedente para servidores que tienen la calidad de residentes temporales con nombramiento de periodo fijo otorgado luego de haber ganado un concurso público de méritos y oposición y por ser cónyuge de un residente permanente, vista que se encuentran restringidos por mandato constitucional con relación a su estatus migratorio y laboral, conforme al Art. 258 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 46 de la Ley de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos y Art. 6 del Reglamento de Migración y Residencia en el Régimen Especial de Galápagos". (Énfasis añadido)

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la Subsecretaria de Normativa del MDT, además de las normas referidas por la consultante, citó los artículos 82, 225, 226, 229, 233 y 315 de la CRE; 3, 30 y 51 de la LOSEP; 16, 17, 18 y 33 de la LOEP; 17, 45, 46 y 47 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público⁹ (en adelante, "RGLOSEP"); y, 7 del RMRREG, en base a los cuales efectuó el siguiente análisis y concluyó:

" 2.- ANALISIS NORMATIVO:

(...)

Sin perjuicio de lo señalado, el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, determina que, en temas referentes a recursos humanos y remuneraciones, las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, deberán aplicar lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁹ RGLOSEP, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 710, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418, de 1 de abril 2011; última reforma publicada en el Sexto Suplemento del Registro Oficial No. 459 de 26 de mayo de 2021.

2.1. De la Normativa aplicable en las Empresas Públicas:

(...)

Además de lo señalado en el párrafo anterior la normativa citada dispone que la emisión de nombramientos, la contratación de personal y la optimización del talento humano, se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública para lo cual otorga la competencia al Directorio de cada Empresa Pública, de expedir las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas. Es importante mencionar que el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que determina que en todo lo no previsto expresamente en el título IV de la citada Ley (y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas), se estará a lo que dispone la codificación del código de trabajo en lo relativo a la contratación individual.

2.2. De los nombramientos a periodo fijo

La Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento general (Art. 17 LOSEP y RGLOSEP), para el caso de vinculación a través de la modalidad de nombramiento, han establecido los siguientes tipos:

- a) *Permanentes*
- b) *Provisionales*
- c) *De libre nombramiento y remoción*
- d) *De período fijo*

Los nombramientos de periodo fijo se expiden para aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal.

2.3. De la Comisión de servicio con remuneración

(...) La comisión de servicios con remuneración únicamente se confiere para los servidores públicos de carrera, es decir, que mantengan un nombramiento permanente, siempre que el servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja y cumpla con los requisitos del puesto a ocupar.

2.4. De la residencia temporal según el Régimen Especial Galápagos

(...)

Para el caso de los cónyuges o convivientes de residentes permanentes calificados como temporales la normativa dispone expresamente que podrán trabajar en el sector público con nombramiento de periodo fijo y en el sector privado bajo relación de dependencia, profesional o por cuenta propia, siempre que mantengan la relación conyugal o convivencia.

3.- PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con lo manifestado en el análisis normativo del presente, al ser el personal sujeto de la consulta, servidor público, cuya prestación de servicio se somete de forma exclusiva a las leyes que regulan la administración pública, por mantener un nombramiento a plazo fijo, no es posible el otorgamiento de una comisión de servicios con remuneración, por ser esta institución jurídica exclusiva para los servidores de carrera. Sin perjuicio de lo señalado, se debe indicar que, de conformidad lo (sic) manifestado en el análisis normativo del presente, corresponde al Directorio de la Empresa Pública normar lo consultado dentro de los reglamentos para talento humano que se expidan para el efecto, por disposición expresa del inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas.” (Énfasis añadido)

1.5. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica del CGREG, adicionalmente a la normativa citada por la empresa pública consultante y el MDT, citó los artículos 4, 5, 7 y 8 de la LOREG, con fundamento en los cuales, efectuó el siguiente análisis y concluyó:

“3. Análisis Jurídico:

Conforme los preceptos normativos del Régimen Especial de la provincia de Galápagos se tiene en consideración la aplicación de las obligaciones y derechos de las diferentes categorías migratorias que regulan la estadía y las actividades permitidas en las provincia de galápagos, de lo consultado se tiene presente que la consulta se ciñe a la correcta aplicación de los derechos laborales de un residente temporal cónyuge de un residente permanente y sus derechos consagrados en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Régimen Especial

Galápagos.

(...)

Así, al decir la norma en su artículo 6 del Reglamento de Migración y Residencia: -´... De acuerdo con el artículo 45 de la LOREG, los cónyuges o convivientes que hubieren sido calificados como residentes temporales y mientras transcurra el plazo de diez años señalado en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la provincia de Galápagos, podrán trabajar en el sector público con nombramiento de periodo fijo y en el sector privado bajo relación de dependencia (sic), profesional o por cuenta propia, siempre que mantengan la relación con-yugal (sic) o convivencia.´ (Énfasis corresponde al texto original)

...´su (sic) estructura corresponde solo a supuestos determinados, ya que tienen solo un límite a ser comprobado, como se demuestra: La persona objeto de la consulta es un residente temporal cónyuge de un residente permanente con un nombramiento a plazo fijo. (Énfasis corresponde al texto original)

es (sic) menester tener en consideración que los residentes temporales cónyuges de residentes permanentes, poseen los mismos derechos laborales de los residentes permanentes en la realización de actividades permitidas, a excepción de las particularidades presentes en la figura de acceso preferente pues estas le atañen única y exclusivamente al status de residente permanente, no obstante no es la situación del presente caso, pues el encuadre de las obligaciones y derechos del residente temporal permiten el goce pleno de los derechos laborales ya que se trata de la aplicación de una comisión de servicios de servicios (sic) con remuneración bajo una modalidad contractual permitida por la LOREG en su artículo 45.

4. Conclusión

Se concluye que en los términos de la consulta realizada que el otorgar comisión de servicios con remuneración a un funcionario con residencia temporal que tiene 11 meses con nombramiento de periodo fijo el cual fue emitido luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición y por encontrarse en calidad de cónyuge conforme al Art.46 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos y Art.6 del Reglamento de Migración y Residencia del Régimen Especial de Galápagos es procedente conforme la normativa legal vigente en el Régimen Especial de Galápagos . (Énfasis añadido)

1.6. De lo manifestado se evidencia que los informes jurídicos de ELECGALÁPAGOS y del MDT son concordantes y difieren del criterio del CGREG. Así, para ELECGALÁPAGOS la comisión de servicios con remuneración para estudios de postgrado en el extranjero no es procedente para servidores que tienen la calidad de residentes temporales con nombramiento de periodo fijo otorgado luego de haber ganado un concurso público de méritos y oposición y por ser cónyuge de un residente permanente, lo cual concuerda con lo manifestado por el MDT, que señala, al ser el personal sujeto de la consulta, servidor público, cuya prestación de servicio se somete de forma exclusiva a las leyes que regulan la administración pública, por mantener un nombramiento a plazo fijo, no es posible el otorgamiento de una comisión de servicios con remuneración, institución jurídica exclusiva para los servidores de carrera, añadiendo que, corresponde al Directorio de la Empresa Pública normar lo consultado dentro de los reglamentos de talento humano que se expidan para el efecto, siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas.

De su parte, el criterio del CGREG difiere de los dos anteriores, ya que considera que el otorgamiento de una comisión de servicios con remuneración a un funcionario con residencia temporal que tiene 11 meses con nombramiento de periodo fijo el cual fue emitido luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición y por encontrarse en calidad de cónyuge, es procedente conforme la normativa legal vigente en el Régimen Especial de Galápagos.

2.- Análisis. –

Para el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Clases de Nombramiento y los Servidores de Carrera en el Sector Público; *ii)* La Comisión de Servicios con Remuneración; *iii)* Régimen Especial para los Residentes Temporales en la Provincia de Galápagos.

2.1. – Clases de Nombramiento y los Servidores de Carrera en el Sector Público:

De conformidad con el 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”*, y su inciso tercero agrega que *“Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”*. Similar disposición consta en el artículo 4 de la LOSEP.

Es importante destacar que, mediante pronunciamiento contenido en el oficio No. 07819 de 7 de febrero de 2020, dirigido a la Empresa Eléctrica Quito, acerca del marco legal que rige a las sociedades anónimas de titularidad estatal, la Procuraduría General del Estado expuso:

“Por otro lado, sobre el régimen aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05885 de 20 de septiembre de 2019, este organismo concluyó:

(...) por la aplicación el régimen transitorio previamente citado, las sociedades anónimas del sector eléctrico, constituidas antes de la expedición de la LOEP y la LOSPEE, están sujetas en su funcionamiento a las normas de derecho público que rigen para las empresas públicas, según concluyó este organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 04392 de 25 de junio de 2019 (...).

A lo expuesto en el mencionado pronunciamiento hay que añadir que el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías dispone:

‘Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recurso provenientes de: 1. Entidades del sector público; 2. Empresas públicas municipales o estatales o, 3. Sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.’ (énfasis añadido).

En este sentido, las sociedades anónimas de propiedad del Estado, incluyendo las del sector eléctrico, constituidas antes de la expedición de la LOEP y la LOSPEE, están sujetas en su funcionamiento a las normas del derecho público que rigen para las empresas públicas, entre las cuales se encuentra la LOSEP y la LOEP.

En esta misma línea, el artículo 17 de la LOSEP detalla diversas modalidades de nombramientos, incluyendo los permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción, así como los de período fijo. De igual manera, la LOEP, en su Art. 19, establece las modalidades de designación y contratación del talento humano, entre las cuales se encuentran: 1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción; 2. Nombramiento para servidores públicos; y, 3. Contrato individual de trabajo.

A su vez, el artículo 17 del RGLOSEP especifica que los nombramientos de período fijo se otorgan a quienes son designados para desempeñar un cargo en el servicio público por un periodo determinado por mandato legal.

La LOEP en su artículo 18 literal b define a los servidores públicos de carrera como el *“personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de*

libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública”.

De igual manera, el Título VI de la LOSEP, regula la carrera del servicio público, y en su artículo 83 enuncia a las servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público, entre los cuales se encuentra, en su literal b), las o los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal. A su vez, el artículo 87 ibidem, menciona lo siguiente:

“Art. 87.- Servidora y servidor amparados por la carrera del servicio público. - (Reformado por el núm. 1 de la Disposición Reformativa Segunda de la Ley s/n, R.O. 520- 2S, 11-VI-2015).- Quedan amparados por las disposiciones de este Título, las servidoras y servidores que obtengan nombramiento permanente mediante concurso de méritos y oposición y que se posesionen en su cargo.

Los certificados de carrera expedidos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, tendrá plena validez y efecto.

Se exceptúa de lo previsto en el presente artículo a las y los servidores que no tengan el estatus de residente permanente en la provincia de Galápagos, a quienes se les conferirá nombramiento provisional por período fijo, de conformidad con la Ley Orgánica del Régimen Especial de la provincia de Galápagos” (Lo énfasis me corresponde).

En este sentido, se concluye que: i) son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; ii) las empresas públicas, incluidas las del sector eléctrico, constituidas antes de la expedición de la LOEP y la LOSPEE, están sujetas en su funcionamiento a las normas de derecho público que rigen para las empresas públicas, entre las cuales se encuentra la LOSEP, la LOEP y sus reglamentos; iii) La LOSEP y su Reglamento reconoce a los nombramientos de período fijo como aquellos otorgados para desempeñar un cargo en el servicio público por un periodo determinado por mandato legal; y, iv) el artículo 87 literal b de la LOSEP excluye expresamente, dentro de los servidores de carrera del servicio público, a los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal.

2.2. - La Comisión de Servicios con Remuneración:

El artículo 30 de la LOSEP¹⁰ aborda la comisión de servicios con remuneración y señala:

¹⁰ Artículo reformado por el núm. 8.4 de la Disposición Reformativa Octava del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 899 de 9 de diciembre de 2016.

*“Art. 30.- De las comisiones de servicio con remuneración.- (Reformado por el núm. 8.4 de la Disposición Reformatoria Octava, R.O. 899-S, 09-XII-2016).- Las o los **servidores públicos de carrera** podrán prestar servicios en otra entidad del Estado, con su aceptación por escrito, previo el dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, hasta por dos años, mediante la concesión de comisión de servicios con remuneración, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja y cumpla con los requisitos del puesto a ocupar (...)” (el énfasis me corresponde).*

Por otra parte, los incisos cuarto y quinto ibidem disponen:

“Para efectuar reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, se concederá comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja. Dicho beneficio también podrá ser concedido para la realización de estudios regulares de posgrados por el período que dure dicho programa de estudios.

Una vez concluida la comisión de servicios, la servidora o servidor deberá prestar sus servicios para la Administración Pública por un lapso no inferior al de la duración de la comisión de servicios”.

El RGLOSEP, en su artículo 46, regula y señala los requisitos para la emisión de la autorización mediante la cual se podrá declarar en comisión de servicios a los servidores públicos de carrera, entre los cuales se encuentra: i) solicitud de la autoridad nominadora de la institución requirente; ii) informe favorable de la Unidad Administrativa de Talento Humano (UATH), el cual debe declarar que el servidor haya cumplido al menos un año de servicios en la institución y debe contener la aceptación por escrito del servidor requerido; y iii) el plazo máximo de la comisión de servicios otorgada es de dos años.

En este sentido, el artículo 50 del RGLOSEP dispone que:

“Las o los servidores públicos de carrera podrán ser declarados en comisión de servicios con remuneración para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación, comprendiendo las establecidas en virtud de convenios internacionales y similares, que beneficien a la administración pública, en el país o en el exterior, hasta por un plazo de dos años, previas las autorizaciones correspondientes.” (el énfasis me pertenece).

Con relación al Reglamento Interno de ELECGALÁPAGOS, es relevante destacar que la Procuraduría General del Estado ha emitido pronunciamientos

recurrentes respecto a la competencia del Directorio de las Empresas Públicas para establecer normativas relacionadas con la gestión del talento humano, tal como lo ha señalado en el pronunciamiento constante en oficio No. 05168, de 7 de agosto de 2019, en el que concluyó lo siguiente:

“La gestión del talento humano de las empresas públicas, de acuerdo a los artículos 17 segundo inciso y 18 de la LOEP, se rige por la normativa expedida por el directorio para atender los específicos requerimientos empresariales, que debe guardar conformidad con esa ley, el Código de Trabajo (en adelante CT) y las leyes de aplicación general para toda la administración pública, y está sujeta al control posterior del Ministerio del Trabajo, según lo establecido en el inciso final del citado artículo”.
(Énfasis añadido)

Así, el Capítulo V del Reglamento Interno en mención, norma la comisión de servicios, que en su artículo 69 es definida en el sentido de que un servidor de ELECGALAPAGOS, pase a prestar sus servicios en otra institución o empresa pública. Además, según el artículo 70 ibídem, **los servidores con nombramiento (debiéndose entender referido al personal que no es de libre nombramiento y remoción), y los obreros permanentes**, siempre y cuando se cuente con su aceptación por escrito y **haya cumplido un año de servicios** en la institución, podrán prestar servicios a través de comisión de servicios con remuneración, en otra entidad del Estado. Añade el inciso final del artículo 70 del Reglamento que *“También se concederá comisión de servicios con remuneración, hasta por dos años, para efectuar estudios regulares de postgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a ELECGALAPAGOS, previo informe favorable de la Unidad de Talento Humano (...)”.*

En resumen: i) la comisión de servicios con remuneración está dirigida para servidores públicos de carrera que hubieren cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja; ii) el RGLOSEP prevé la comisión de servicios para estudios de postgrado en el extranjero con una duración máxima de hasta dos años; iii) el RGLOSEP regula expresamente los requisitos que deben cumplirse para la concesión de la comisión de servicios con remuneración, tanto para prestar servicios en otra entidad del Estado dentro o fuera del país y para los casos de estudios de postgrados, pasantías, visitas de observación o conferencias; y, iv) El Reglamento Interno de ELECGALÁPAGOS reconoce de igual manera la comisión de servicios con remuneración a los servidores con nombramiento y a los obreros permanentes, bajo los mismos términos de las leyes que regulan las empresas públicas.

2.3.- Régimen Especial para los residentes temporales en la provincia de Galápagos. -

Es importante considerar que el artículo 258 de la CRE establece que la

responsabilidad de planificación, gestión de recursos y organización de las actividades en la provincia de Galápagos recae en el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos y que *“Para la protección del distrito especial de Galápagos se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente”*.

De su parte, el artículo 1 de la LOREG regula dicho régimen especial y establece el régimen jurídico administrativo al que se sujetan, entre otros, *“todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se encuentran dentro o que realicen actividades en la provincia de Galápagos”*, en estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir.

En tal contexto, la LOREG ha previsto categorías migratorias y de residencia en la provincia de Galápagos, entre ellas, residente permanente, residente temporal, turista y transeúnte, de conformidad con el artículo 39 de la mencionada ley. En lo que atañe a la categoría de residente temporal, a la que alude la presente consulta, el artículo 41 de la LOREG señala que dicho estatus autoriza a las personas a permanecer en la provincia de Galápagos por un tiempo fijo, a obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en la provincia y a estar sujeto a una oferta de empleo con derecho a entrar y salir del territorio de la provincia cuantas veces lo desee mientras dure la autorización de la residencia temporal.

Además, el numeral 1 del mismo artículo prescribe que se concederá esta categoría migratoria *“Al cónyuge o conviviente, de una persona residente permanente, mientras transcurra el plazo de diez años, desde la fecha en que contrajeron matrimonio o la legalización de la unión de hecho”*, lo cual concuerda con la previsión del artículo 33 del RGLOREG.

Sobre las actividades permitidas a los residentes, el inciso primero del artículo 45 de la LOREG determina que los residentes permanentes y/o su cónyuge o conviviente podrán trabajar como empleados, trabajadores, servidores públicos, ejercer actividades productivas o de servicios en la provincia de Galápagos, mientras que los residentes temporales podrán realizar únicamente las actividades que motivaron su ingreso a la provincia de Galápagos.

El artículo 46 de la LOREG, al que hace referencia su consulta, se refiere al concurso para la contratación de personal en la jurisdicción de Galápagos, incluidos servidores públicos. Este artículo establece la preferencia a favor de los residentes permanentes y detalla el procedimiento para llevar a cabo dicho concurso. Los nombramientos permanentes solamente se conferirán a residentes permanentes.

Añade el inciso quinto del artículo 46 de la LOREG que *“Para el caso de servidores públicos, solamente se conferirán nombramientos provisionales de*

período fijo a quienes resulten ganadores de un concurso de méritos y oposición hasta por un máximo de cinco años. Los nombramientos permanentes solamente se conferirán a residentes permanentes". (Énfasis añadido)

De su parte, el inciso primero del artículo 6 de la Ordenanza que contiene el Reglamento de Migración y Residencia en el Régimen Especial de la Provincia de Galápagos¹¹, expedido de conformidad con lo previsto en el artículo 28 del RGLOREG, dispone que los cónyuges o convivientes que hubieren sido calificados como residentes temporales y mientras transcurra el plazo de diez años, previsto para alcanzar la calidad de residente permanente, *"podrán trabajar en el sector público con nombramiento de periodo fijo y en el sector privado bajo relación de dependencia, profesional o por cuenta propia, siempre que mantengan la relación conyugal o convivencia"*. Además, su inciso segundo establece que una vez que alcancen la calificación de residentes permanentes, de conformidad con la ley, podrán obtener nombramiento definitivo en el sector público y ejercerán sin más limitaciones que las establecidas en las leyes generales su profesión o trabajo en relación de dependencia.

De las normas invocadas, se desprende que *i)* el régimen especial establecido en la LOREG es aplicable a todas las personas, tanto naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, que se encuentren dentro de la provincia de Galápagos o que realicen actividades en ella; *ii)* la LOREG establece diversas categorías migratorias, siendo residente permanente, residente temporal, turista y transeúnte algunas de las clasificaciones pertinentes; *iii)* la categoría de residente temporal se otorga, entre otros casos, al cónyuge o conviviente de una persona residente permanente, durante un periodo de hasta diez años contados desde la fecha de contraer matrimonio o legalizar la unión de hecho; *iv)* los residentes temporales tienen la posibilidad de permanecer en la provincia de Galápagos por un tiempo determinado, obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración, y están autorizados a entrar y salir del territorio de la provincia según lo permita la autorización de la residencia temporal; *v)* las actividades que los residentes temporales pueden realizar están limitadas a aquellas que motivaron su ingreso a la provincia de Galápagos. Sin embargo, en el caso de cónyuges o convivientes que hayan sido calificados como residentes temporales, y mientras transcurra el plazo de diez años para adquirir la calidad de residente permanente, se les permite trabajar en el sector público con nombramiento de período fijo y en el sector privado bajo relación de dependencia, de manera profesional o por cuenta propia, siempre que mantengan la relación conyugal o de convivencia; y, *vi)* en el ámbito del servicio público, solo se otorgan nombramientos provisionales de

¹¹ Emitida mediante Resolución No. 001-CGREG-V-V-2017 del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.23 de, 27 de junio 2017; última reforma expedida por Ordenanza No.001-CGREG-XI-V-2018, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 509 de 1 de agosto de 2018.

período fijo, con una duración máxima de cinco años, a quienes resulten ganadores de un concurso de méritos y oposición. Los nombramientos permanentes se confieren únicamente a residentes permanentes.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que la LOSEP establece que la comisión de servicios está dirigida únicamente a los servidores públicos de carrera, encontrándose expresamente excluido de la carrera del servicio público a los servidores que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal; de conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, el artículo 6 del Reglamento de Migración y Residencia del Régimen Especial de Galápagos; y, demás normativa mencionada en el presente análisis. Por lo tanto, no sería factible otorgar una comisión de servicios con remuneración a un funcionario con residencia temporal en Galápagos y con un nombramiento de período fijo, en virtud de que esta se limita a los servidores de carrera que poseen nombramiento permanente que cumplan además con los otros requisitos que establece la Ley.

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. Ab. Ivonne Núñez Figueroa
Ministra del Trabajo

Ing. Edwin Byron Altamirano Trujillo
Presidente del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos

Oficio No. 05053

Quito, D.M., 29 de diciembre de 2023

Señora
Verónica Jimena Mora Flores
PRESIDENTA
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PARROQUIAL RURAL DE ISLA SANTA MARÍA
Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. 054-P-GPRISM-2023, de 13 de octubre de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 16 del mismo mes y año, en el cual formuló las siguientes consultas:

“¿Los organismos, entidades, dependencias y personas jurídicas descritos en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son o no competentes para estipular el otorgamiento o la entrega de anticipos en los contratos de prestación de servicios de consultoría para la fiscalización de obras que celebren al amparo de dicha ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la ley ibídem?”

¿Los organismos, entidades, dependencias y personas jurídicas referidas en la pregunta anterior son o no competentes para fijar el monto o la cuantía de los anticipos que estipulen en los contratos de prestación de servicios de consultoría para la fiscalización de obras, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la ley ibídem y los modelos de pliegos ‘Versión SERCOP 2.1’?”

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 su consulta, mediante oficios Nos. 04120 y 04358, de 18 de octubre y 08 de noviembre de 2023, respectivamente, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de las consultas, lo cual fue atendido por la Coordinadora General de Asesoría

Jurídica de dicha entidad, mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0187-OF, de 20 de noviembre de 2023, ingresado en el correo único institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha.

1.2. Adjunto al oficio de consulta, consta el informe jurídico sin número, de 13 de octubre de 2023, suscrito por el Asesor Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Isla Santa María (en adelante, "GADP Isla Santa María"), quien citó como fundamentos jurídicos los artículos 226, 238, 239 y 240 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 63 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante, "COOTAD"); 14 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA"); 1, 4, 6 numeral 24, 7, 28, 31, 71 y 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, "LOSNC"); numerales 3.6, 3.6.1 y 3.6.2 de las Condiciones Particulares del Modelo de Pliego de los Procedimientos de Consultoría, Versión 2.0⁵ (en adelante, "Pliegos de Consultoría"), con base en los cuales analizó y concluyó:

*"(...) es indispensable que se precise la inteligencia o aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo que concierne a la potestad que les ha sido atribuidas (sic) a las entidades contratantes regidas por ese cuerpo regulatorio, respecto al otorgamiento de anticipos contractuales y la fijación del monto de los mismos; y, si dicha competencia corresponde ejercerla también en los contratos de prestación de servicios de consultoría para la **fiscalización de obras**, dado que el artículo en comento no hace exclusión de ninguna clase.*

*Esta duda surge en razón de que el tenor de los pliegos reproducido en párrafos precedentes, acerca de la forma de pago en los contratos de consultoría (todos), señala expresamente que las entidades contratantes podrían pagar un anticipo '...no mayor al setenta por ciento (70%)...'; no obstante, a continuación el **acápito 3.6.2** de la misma sección, titulado **'valor restante del contrato'**, se exponen los supuestos de pago relativos a los contratos de consultoría para la fiscalización de obras, en los que se dice que **'... el pago se realizará en proporción directa con el avance de la obra que se fiscaliza ...' sin prohibir la posibilidad de que se pague un anticipo, pero generando, quizás, una confusión o posible antinomia, en cuanto a si en esta clase***

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 377 de 25 de enero de 2021.

² COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 12 de mayo de 2023.

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 268 de 14 de marzo de 2023.

⁴ LOSNC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008; última Reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 311 de 16 de mayo de 2023.

⁵ PLIEGOS, expedido el 6 de febrero de 2017; https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/02/Condiciones-Particulares-del-Pliego-Consultoria_C.pdf

de contratos de consultoría sigue siendo procedente el otorgamiento de anticipos hasta el 70% del precio del contrato, tal como lo sostiene el acápite 3.6.1 'Anticipo', en concordancia con lo prescrito en el artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ha sido debidamente analizado en este informe.

Sin perjuicio de lo anterior, a criterio de esta Asesoría Jurídica las entidades contratantes acorde a lo dispuesto en el artículo en comento y con sujeción al principio de legalidad radicado en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador, 14 del Código Orgánico Administrativo y 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son plenamente competentes para la entrega de anticipos y fijación de su monto o cuantía en todos los contratos regidos por ésta, incluidos, como es de suponer, los de prestación de servicios de consultoría para la fiscalización de obras, siempre que los contratistas rindan la correspondiente Garantía por Anticipo". (El resaltado y subrayado pertenecen al texto original).

1.4. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 82, 227 y 233, sustituido⁶ de la CRE; 1541 y 1561 del Código Civil⁷ (en adelante, "CC"); 10 número 17 y 42 de la LOSNCP; 8, 55, 233 y 265, reformado⁸ del nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁹ (en adelante, "RGLOSNCPP"); 83, 343 y 333 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública-SNCP¹⁰ (en adelante, "NSSNCP"), con fundamento en los cuales analizó y emitió el siguiente criterio jurídico:

"ANÁLISIS JURÍDICO. –

(...)

La primera consulta (...)

Al respecto debo manifestar que conforme lo prevé el artículo 1541 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, (...) es así, que el Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública, es claro al determinar

⁶ Artículo sustituido por el anexo No. 1 de la pregunta No. 1 del Referéndum, efectuado el 4 de febrero de 2018, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 2018.

⁷ CC, Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio 2005; última reforma publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial 15 de 14 de marzo de 2022.

⁸ Artículo reformado por el artículo 42 del Decreto Ejecutivo No. 550, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 138 de 31 de agosto de 2022.

⁹ RGLOSNCPP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio 2022; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381 de 24 de agosto de 2023.

¹⁰ NSSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.367 de 3 de agosto 202; última reforma publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 17 de noviembre de 2023.

los porcentajes que la entidad contratante podría entregar como anticipo; así también, la entrega del anticipo se deberá hacer constar ineludiblemente en los términos de referencia y/o especificaciones técnica (sic), pliegos y demás documentos habilitantes, conforme la normativa legal vigente. En este sentido, el/la contratista esta (sic) obligado a presentar la debida garantía previo a la suscripción del contrato, conforme lo estipula la Ley en materia de contratación pública (...).

Por lo tanto, las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, tienen la capacidad de observar el procedimiento y el objeto de la contratación, para determinar la entrega de un anticipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la norma Ibídem, esto, con la finalidad de cumplir los objetivos planteados de cada institución y de acuerdo a las necesidades de cada una de ellas, garantizando de esta manera un adecuado control al gasto público; y, sobre todo que exista seguridad jurídica (...).

Respecto de la segunda consulta, el SERCOP citó la Disposición Transitoria Segunda de la NSSNCP y 55 del RGLOSNCPP y concluyó:

"(...) todas las condiciones a ejecutarse en cada uno de los procedimientos contractuales, estarán determinadas en los pliegos, los cuales son de cumplimiento obligatorio para las partes (...) Para el efecto, en caso que la entidad contratante determine entregar anticipo deberá observar lo dispuesto en el artículo 233 que señala 'Anticipo.- La entidad contratante, en el caso de adquisición de bienes y/o prestación de servicios, podrá entregar un anticipo que no podrá ser menor al treinta por ciento (30%) ni mayor al setenta por ciento (70%) del valor total del contrato, el mismo que deberá estar determinado en el pliego de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública', siendo de absoluta responsabilidad determinar el porcentaje a entregar en calidad de anticipo".

1.5. De lo expuesto se observa que el informe jurídico del GADP Isla Santa María y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en señalar que las entidades contratantes tienen capacidad para, con base en el procedimiento y el objeto de la contratación, determinar la entrega de un anticipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la LOSNCP, previa la presentación de la correspondiente garantía; adicionalmente el, SERCOP señala que el RGLOSNCPP es claro al determinar los porcentajes que la entidad contratante podría entregar como anticipo, que deberá hacer constar ineludiblemente en los términos de referencia y/o especificaciones técnicas, pliegos y demás

documentos habilitantes, conforme la normativa legal vigente. Añade el SERCOP que, en caso de que la entidad contratante determine entregar anticipo deberá, observar lo dispuesto en el artículo 233 del RGLOSNC, siendo de su absoluta responsabilidad determinar el porcentaje a entregar en calidad de anticipo.

2.- Análisis. -

Para el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i) Competencia de la Entidad Contratante para Determinar el Otorgamiento de Anticipo en los Contratos de Fiscalización; ii) Los Pliegos del Procedimiento de Contratación Pública y la Fijación del Monto del Anticipo.*

2.1. Competencia de la Entidad Contratante para Determinar el Otorgamiento de Anticipo en los Contratos de Fiscalización. -

El artículo 1 de la LOSNCP, en cuanto a su objeto señala que dicho cuerpo normativo establece el Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, "SNCP"), 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, incluidos los de consultoría"*, y en su ámbito de aplicación incluye a las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

De su parte, el número 8 del artículo 6 de la LOSNCP define a la consultoría como *"la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo (...)"*, incluyendo además *"la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post (...)"*, es decir, comprende a los contratos de fiscalización.

Respecto del anticipo, el artículo 75 de la LOSNCP dispone que en el contrato se puede pactar el otorgamiento de anticipos de cualquier naturaleza y, para recibir el anticipo, el contratista deberá rendir previamente garantías por igual valor, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Además, el inciso segundo del mismo artículo precisa que ***"El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación"*** (énfasis añadido).

Concordante, el inciso primero del artículo 265, reformado del RGLOSNC¹¹, ubicado en el Capítulo II denominado "DE LOS REQUISITOS Y FORMA DE LOS

¹¹ RGLOSNC, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.87 de 20 de junio 2022; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 38 de 24 de agosto de 2023. Artículo reformado por el artículo 42 del Decreto Ejecutivo No. 550, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 138 de 31 de agosto de 2022.

CONTRATOS”, contiene normas de orden general para todos los procesos y dispone que en los pliegos **se deberá prever expresamente el monto del anticipo a entregar**, su forma de pago y que será utilizado directamente en actividades relacionadas al contrato, previendo que el anticipo **“no podrá exceder del 50% del monto total de la contratación”**. El segundo inciso de la misma norma faculta al adjudicatario, antes de la suscripción del contrato, a renunciar a recibir el anticipo, previendo que dicha decisión sea presentada por escrito a la entidad contratante; y el tercer inciso prescribe que en los contratos de obra será obligatorio considerar un anticipo (el énfasis me corresponde).

En este sentido, es pertinente señalar que la excepción que contempla el RGLOSNCNP sobre el monto del anticipo es exclusivamente para el caso de las ferias inclusivas en las que, según el artículo 233 ibídem, es posible *“entregar un anticipo que no podrá ser menor al treinta por ciento (30%) ni mayor al setenta por ciento (70%) del valor total del contrato, el mismo que deberá estar determinado en el pliego (...)”*, por lo que dicha restricción y porcentaje no son aplicables al tema de la consulta, esto es, a los contratos de fiscalización de obras.

De lo manifestado, se desprende que: *i)* los contratos de fiscalización son contratos de prestación de servicios profesionales especializados no normalizados o consultoría; *ii)* de conformidad con la LOSNCP, en el contrato se puede pactar el otorgamiento de anticipo, cuyo monto lo regulará la entidad contratante en consideración de la naturaleza de la contratación y, para recibir el anticipo, el contratista deberá rendir previamente garantía por igual valor; y, *iii)* el RGLOSNCNP señala que en los pliegos se deberá prever expresamente el monto del anticipo a entregar, su forma de pago y prevé expresamente que el mismo no podrá exceder del 50% del monto total de la contratación.

2.2. Los Pliegos del Procedimiento de Contratación Pública y la Fijación de los Montos del Anticipo. -

El número 24 del artículo 6 de la LOSNCP define a los pliegos como los documentos precontractuales elaborados y aprobados por la entidad contratante para cada procedimiento. Tal como se determinó en el punto anterior, el RGLOSNCNP en su artículo 265 determina específicamente que el anticipo se deberá prever expresamente en los pliegos, el monto del anticipo a entregar, su forma de pago y que este será utilizado directamente en actividades relacionadas al contrato.

Dichos pliegos se sujetarán a los modelos establecidos por el SERCOP, de conformidad con la facultad que tiene para expedir los modelos obligatorios de

documentos precontractuales que le otorga el numeral 8 del artículo 10 de la LOSNCP.

Similar previsión contiene el artículo 55 del RGLOSNC, que además señala que cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad podrá modificar y ajustar las condiciones particulares según las necesidades de cada proceso de contratación, *"(...) siempre que se cumpla con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el presente Reglamento General; no obstante, las condiciones generales no podrán ser modificadas por la entidad contratante"*.

Adicionalmente, el número 9 del artículo 10 de la LOSNCP determina las facultades del SERCOP como ente rector del SNC; y entre ellas, le asigna la de: *"Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley"*.

Una vez expedido el RGLOSNC, sus Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta previeron en forma concordante que, hasta que el SERCOP publique los modelos de documentos precontractuales las entidades contratantes seguirían utilizando los vigentes, y que los procedimientos iniciados antes de la publicación de dicho reglamento *"se concluirán aplicando los pliegos y las normas que estuvieron vigentes al momento de su convocatoria"*.

En este contexto, el SERCOP emitió la NSSNC y en su Disposición Transitoria Segunda estableció un término de cuarenta y cinco días a partir de la vigencia de dicho cuerpo normativo para que el SERCOP actualice los modelos de documentos precontractuales, contractuales, al amparo de las disposiciones constantes en la LOSNCP, RGLOSNC y NSSNC y que hasta tanto las entidades contratantes aplicarán los modelos de pliegos vigentes.

De lo manifestado se desprende lo siguiente: *i)* los pliegos son los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetan a los modelos establecidos por el SERCOP; *ii)* el anticipo debe ser previsto expresamente en los pliegos, indicando el monto, su forma de pago y que este será utilizado para la ejecución de las actividades del contrato; *iii)* cada entidad contratante debe completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustar las condiciones particulares, siempre que se cumpla con la LOSNCP y el RGLOSNC, sin que pueda modificar las condiciones generales; *iii)* según el RGLOSNC, hasta que el SERCOP publique los modelos de documentos precontractuales, contractuales y demás documentación mínima requerida para la realización de los procedimientos de contratación, las entidades contratantes continuarán utilizando los modelos de pliegos vigentes; y, consecuentemente, *iv)* según la Disposición Transitoria Segunda de la NSSNC, el SERCOP, en un término de

cuarenta y cinco días, a partir de la vigencia de dicho cuerpo normativo, debe actualizar los modelos de documentos precontractuales y contractuales, al amparo de las disposiciones constantes en la LOSNCP, RGLOSNCP y NSSNCP, previendo que hasta tanto las entidades contratantes aplicarán los modelos de pliegos vigentes.

3. Pronunciamiento. -

En respuesta a los términos de su primera consulta, se concluye que los organismos, entidades, dependencias y personas jurídicas mencionadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con el artículo 75 de la misma ley, tienen la competencia para establecer el otorgamiento o entrega de anticipos en los contratos de prestación de servicios de consultoría para la fiscalización de obras celebrados bajo el amparo de dicha ley.

En relación con su segunda consulta, se concluye que los organismos, entidades, dependencias y personas jurídicas mencionadas en la pregunta anterior tienen la competencia para determinar y establecer expresamente en los pliegos el monto o la cuantía del anticipo a ser entregado en los contratos de prestación de servicios de consultoría para la fiscalización de obras; anticipo que no podrá exceder del 50% del monto total de la contratación. Este proceder se ajusta a lo dispuesto en el artículo 75 de la LOSNCP, así como en su Reglamento y en los modelos de pliegos vigentes, cuya aplicación deberá adecuarse al proceso específico.

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

CC. Abg. Jorge Quincy Félix Romero
Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, Encargado.

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec