



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Junio 2023

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de junio de 2023 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	2-jun-23	CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL VENTA DE CARTERA	4
2	8-jun-23	SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS DEL ECUADOR DISPOSICIONES DE LA COMUNIDAD ANDINA	13
4	14-jun-23	INSTITUTO NACIONAL DE EVALUACIÓN EDUCATIVA - INEVAL CONTRATACIÓN POR ÍNFIMA CUANTÍA	21
3	14-jun-23	MUNICIPIO DE QUITO MODIFICACIÓN DEL COMPONENTE ESTRUCTURANTE DEL PDOT	28
5	22-jun-22	EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA PARA LA SEGURIDAD Y CC FONDOS DE RESERVA	40
6	28-jun-23	SERVICIO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES VIGENCIA DE GARANTÍAS	42
7	29-jun-23	MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA MONITOREO CONTRATOS DE INVERSIÓN	51
8	29-jun-23	AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL DICTAMEN MEF	61

Oficio N° 02356

Quito, D.M., 02 JUN 2023

Magíster
Mónica Marina García Alvarado
GERENTE GENERAL, ENCARGADA
CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL B.P.
Presente.-.

De mi consideración:

Con relación al oficio No. CFN-B.P.-GG-2023-0067-OF de 13 de febrero de 2023, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado el mismo día y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2023-00055 de 22 de febrero del presente año, recibido al día siguiente, mediante el cual la economista Virna Rossi Flores, en su calidad de Gerente General, encargada a la fecha, formuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente jurídicamente, que la Corporación Financiera Nacional B.P., venda la cartera de clientes que se encuentren dentro de un proceso coactivo, sin oponerse a lo establecido en el numeral 9 del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo que señala que: ‘se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código?’”

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. 01105 y 01106 de 28 de febrero de 2023, este organismo solicitó a la Superintendencia de Bancos (en adelante, “SB”) y, a la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante, “JPRF”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos en su orden por: *i)* por la Intendente Nacional Jurídico, encargada, de la SB, mediante oficio No. SB-INJ-2023-0021-O de 13 de marzo de 2023, recibido al día siguiente; y, *ii)* por la Presidenta de la JPRF, con oficio No. JPRF-JPRF-2023-0096-O de 14 de marzo de 2023, ingresado al día siguiente, al cual se acompañó el criterio jurídico No. JPRF-CJF-2023-006 de la misma fecha, validado por el Coordinador Jurídico de Política y Norma Financiera de esa entidad.

1.3. El informe jurídico del Gerente Jurídico de la Corporación Financiera Nacional B.P. (en adelante, “CFN B.P.”), contenido en memorando No. CFN-B.P.-GEJU-2023-0059-M



de 20 de enero de 2023, citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 10, 194 y 378 numeral 2 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero² (en adelante, "COMF"); 42 número 9, 261, 262 y 267 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA"); 1 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 868 de 30 de diciembre de 2015⁴ que dispuso la reorganización de la CFN B.P.; y, la Disposición General Octava del Capítulo XVIII "CALIFICACIÓN DE ACTIVOS DE RIESGO Y CONSTITUCIÓN DE PROVISIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE LOS SECTORES FINANCIERO PÚBLICO Y PRIVADO BAJO EL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS"⁵ del Título II "SISTEMA FINANCIERO NACIONAL" del Libro I "SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO" de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros de la entonces Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera⁶ (en adelante, "Capítulo XVIII de la Codificación de Resoluciones de la JPRMF"); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

"En tal contexto, la Superintendencia de Bancos, como órgano de control, ante una consulta efectuada por la CFN B.P., ha manifestado mediante Oficio Nro. SB-IRG-2020-0424-O, que la evaluación sobre la conveniencia de una venta de cartera es de exclusiva responsabilidad de los administradores de cada entidad financiera, es decir, que es potestativo de la entidad financiera vender cartera, únicamente basándose en un análisis que determine su conveniencia y precautelando los intereses de la institución, pues como lo indica la Superintendencia en el referido oficio, corresponde a una decisión acorde con el giro del negocio de la entidad (el subrayado corresponde al texto original).

(...) la Corporación Financiera Nacional B.P. se encuentra investida del ejercicio de la potestad coactiva para el cobro de los valores que por cualquier concepto se le deba al Estado, procedimiento coactivo determinado en el Título II de la norma orgánica referida, debiéndose aplicar para tal procedimiento exclusivamente las normas previstas en el Código Orgánico Administrativo; cabe señalar, que estos procedimientos coactivos pueden ser objeto de aplicación de diferentes acciones (pago, facilidades de pago, remate, venta directa, etc.) lo que conlleva a la terminación del mismo.

3. CRITERIO JURÍDICO:

(...) la Corporación Financiera Nacional B.P. **SÍ** puede realizar una venta de cartera, toda vez, que es una entidad financiera que pertenece al sector público y de acuerdo al artículo cuatro del Decreto Ejecutivo 868, está autorizada - a fin de cumplir su objeto- a realizar operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero, lo que

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

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

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁴ Decreto Ejecutivo No. 868, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016

⁵ Resolución No. 209-2016-F, publicada en el Registro Oficial No. 730 de 11 de abril de 2016 y sus reformas.

⁶ La Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021 creó a la Junta de Política y Regulación Financiera y a la Junta de Política y Regulación Monetaria; que, en la letra c de su artículo 105 incorporó a la Disposición General Vigésima Novena que dispuso reemplazar en la legislación vigente "Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera" por "Junta de Política y Regulación Financiera".

incluye entre otras adquirir, conservar o enajenar contratos a término, opciones de compra o venta y futuros; previa evaluación sobre la conveniencia de la venta de la cartera realizada por los administradores de la Institución en atención a los intereses institucionales.

Dicho esto, **en cuanto a la cartera que se encuentra en procesos coactivos** conforme la norma que rige para el efecto, es criterio de esta Institución que si bien es cierto que los procedimientos coactivos se deben sustanciar exclusivamente bajo el amparo del COA, **esto no limitaría la aplicación de la figura jurídica de la venta de cartera ya que con esta acción la Institución recuperaría valores en efectivo mejorando su posición financiera, la cual obedecería a una evaluación de conveniencia de cada entidad financiera**" (el resaltado me corresponde).

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la SB, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 272 y 295 del COA; 317 del Código Orgánico General de Procesos⁷ (en adelante, "COGEP"); y, 1624 del Código Civil⁸ (en adelante, "CC"); con base en los cuales, analizó y concluyó lo siguiente:

"(...) el artículo 317 (sic) del Código Orgánico General de Procesos, regula la suspensión del procedimiento coactivo en el contexto del juicio de excepciones, sin que entre sus causales se haya previsto la venta directa de los bienes coactivados.

En cuanto a la extinción de obligaciones, la figura propuesta por la Corporación Financiera Nacional no puede asimilarse al pago de obligaciones por subrogación definida en el artículo 1624 del Código Civil ya que aquella tiene como efecto el traspaso al nuevo acreedor (el tercero) de todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así como contra el deudor principal, contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

Es preciso señalar, que, si bien **la propuesta de venta directa de cartera** tiene como fundamento la recuperación de valores en efectivo que coadyuve al mejoramiento de la posición financiera de la entidad, la misma, **únicamente podría darse antes de iniciar el procedimiento coactivo y ser instrumentada con el consentimiento expreso del deudor a fin de reducir el riesgo legal de la entidad financiera**" (el resaltado me corresponde).

1.5. Finalmente, el criterio jurídico de la JRPF además de los artículos citados por la entidad consultante y la SB, citó los artículos 225, 227, 309, 310, 425 y 426 de la CRE; 150, 160, 161 y la Disposición General Vigésima Novena del COMF; 1, 7, 8 y 68 del COA; y, 18 del CC; con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“III CRITERIO JURÍDICO

(...)

En virtud de los fundamentos de derecho expuestos, es criterio de la Coordinación Jurídica de Política y Normas Financieras de la Junta de Política y Regulación

⁷ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

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

Financiera que, **la Corporación Financiera Nacional B.P. puede realizar la venta de cartera de clientes que se encuentren dentro de un proceso coactivo, sin oponerse a lo establecido en el numeral 9 del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo**, en el marco de lo dispuesto en el artículo 10 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I; en el numeral 9 del literal a. del artículo 194 *ibidem* y demás normas del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I; considerando, en todo momento, la naturaleza de la cartera coactivada y el cumplimiento de la normativa aplicable al procedimiento de coactiva contenida en el Código Orgánico Administrativo, así como aquella dispuesta en el Decreto Ejecutivo 868, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016; en la Disposición General Octava del Capítulo XVIII '*Calificación de activos de riesgo y constitución de provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos*', del Título II '*Sistema Financiero Nacional*', Libro I '*Sistema Monetario y Financiero*' de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros; tanto como la demás normativa aplicable al caso en cuestión. Siendo menester indicar que, **la venta de cartera de clientes que se encuentren dentro de un proceso coactivo, como ya lo ha señalado el organismo de control, corresponde a una decisión que los administradores respectivos podrían adoptar en virtud del giro del negocio, motivo por el cual la evaluación sobre la conveniencia de una venta de cartera, así como su debida operatividad, es de exclusiva responsabilidad de los administradores de la entidad en cuestión**" (el resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que, el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico de la JPRF coinciden en señalar que la venta de cartera de clientes dentro de un proceso coactivo no se opone a la prohibición establecida en el artículo 42, número 9 del COA. Aclara la JPRF que la evaluación sobre la conveniencia de una venta de cartera, así como su debida operatividad, es de exclusiva responsabilidad de los administradores de la entidad en cuestión.

Por su parte, la SB precisa que la venta de cartera de clientes no puede asimilarse al pago de obligaciones por subrogación, conforme el artículo 1624 del CC; y que la propuesta de venta directa de cartera con la finalidad de recuperar valores en efectivo "**únicamente podría darse antes de iniciar el procedimiento coactivo y ser instrumentada con el consentimiento expreso del deudor a fin de reducir el riesgo legal de la entidad financiera**" (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* El ejercicio de la acción coactiva por parte de la CFN y el procedimiento previsto en el COA; y, *ii)* La venta de cartera de clientes de las instituciones financieras públicas como operación habilitada, previa autorización del organismo de control competente.

2.1. El ejercicio de la acción coactiva por parte de la CFN y el procedimiento previsto en el COA. -

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

Al respecto, el artículo 1 del COMF establece que dicho código tiene por objeto el **"regular los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros del Ecuador"** (el resaltado me corresponde). En este sentido, el inciso primero del artículo 10 ibídem concede, entre otros, **"a las entidades del sector financiero público, la jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos y cualquier tipo de obligaciones a su favor o de terceros, que será ejercida por el representante legal de dichas entidades"**. Agrega el inciso final del citado artículo que: **"El procedimiento de coactiva a seguirse será el determinado en la ley"** (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el artículo 1 del COA dispone que dicho código tiene por objeto regular **"el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público"**, en tanto que, el artículo 42 ibídem, materia de su consulta, al referirse a su ámbito material de aplicación, incluye en su número 9 a **"La ejecución coactiva"**, precisando su inciso final que: **"para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código"** (el resaltado me corresponde).

Es así como el COA, en el Libro III **"Procedimientos Especiales"**, Título II **"Procedimiento de Ejecución Coactiva"**, desarrolla este procedimiento en sus 4 capítulos, a partir del artículo 261 al 329. El Capítulo I **"Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Coactiva"**, del título y libro referidos, en el artículo 262 determina el ejercicio del procedimiento coactivo, **"por las o los respectivos empleados recaudadores de las instituciones a las que la ley confiera acción coactiva"**; y, en el artículo 270 ibídem contempla como régimen subsidiario **"las reglas previstas para la etapa de apremio en el proceso de ejecución previsto en este Código"**.

El inciso final del artículo 272 del COA, ubicado en el Capítulo II **"Fase Preliminar y Facilidades de Pago"** establece que, a partir de la notificación de la orden de cobro, **"el órgano ejecutor únicamente puede suspender el procedimiento de ejecución coactiva si se ha concedido facilidades de pago o si la suspensión ha sido dispuesta judicialmente"** (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el COA en el Capítulo III **"Fase de Apremio"** establece: *i)* las normas que regulan la emisión, notificación y medidas cautelares aplicables a la orden de pago; *ii)* el procedimiento de embargo; *iii)* las reglas generales para la procedencia del remate; y, *iv)* las normas aplicables a la venta directa.

Finalmente, el artículo 327 del COA, ubicado en el Capítulo IV **"Tercerías y Excepciones"**, prevé la oposición del deudor al procedimiento de ejecución coactiva únicamente **"mediante la interposición oportuna de una demanda de excepciones ante las o los juzgadores competentes"** y, la interrupción de ese procedimiento solo cuando se justifique que: *i)* se haya interpuesto la demanda, *ii)* las excepciones propuestas en su demanda correspondan a las previstas en el artículo 328 del COA; y, *iii)* **"Se hayan rendido las**



garantías previstas”; para lo cual, corresponde observar el término señalado en el artículo 329 ibídem.

Sobre la materia es oportuno considerar que la Corte Constitucional, en el dictamen No. 3-19-DOP-CC⁹, indicó: “(...) *la naturaleza del procedimiento coactivo o jurisdicción fiscal, es la de efectivizar el cobro de los créditos a favor de las entidades públicas que legalmente pueden ejecutarlos por esta vía, propugnando que dicha recaudación se realice eficazmente, (...)*” (el resaltado me corresponde).

Así mismo, la Corte Constitucional¹⁰, respecto a la acción coactiva de la CFN, derivada de sus actos o contratos administrativos, estableció:

“94. Ahora bien, como se advierte, **el origen de la obligación nace con el contrato de mutuo, en virtud de las condiciones establecidas en el mismo; así, la obligación se extinguirá con el pago en efectivo.** En cuestiones excepcionales, de conformidad con la normativa civil, podrá hacérselo por convención de las partes interesadas, mediante la novación, la transacción, remisión, compensación, entre otras. **No obstante, si la obligación no se cumple por ninguno de los modos expresamente contemplados en la ley, la institución bancaria o financiera pública, a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva, podrá exigir su cumplimiento.**

95. En este punto, es importante recalcar que, al ser la CFN B.P una institución financiera pública, tiene la facultad de emitir actos o contratos administrativos, los cuales se registrarán por el ordenamiento jurídico específico y los conflictos infraconstitucionales o contractuales generados por la emisión de estos, se resolverán bajo las normas sustantivas y adjetivas establecidas tanto en el Código Orgánico Administrativo como en el Código Orgánico General de Procesos a través de la acción contencioso administrativa.

96. Así, de la legislación ordinaria se desprende la forma y el procedimiento para extinguir una obligación proveniente de un contrato de mutuo suscrito entre una institución financiera pública y una persona natural/jurídica. En consecuencia, las controversias que surjan por el incumplimiento de una obligación contractual tienen una vía propia y deben ser solventadas por mecanismos ordinarios previstos en la normativa sustantiva y procesal adecuada (...)” (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, tanto el número 1 del artículo 18 del CC como en el número 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹¹ (en adelante, “LOGJCC”) concuerdan en que: “*Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal*”.

⁹ Corte Constitucional, dictamen 3-19-DOP-CC de 19 de marzo de 2019, publicado en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 70 de 29 de marzo de 2019. Párrafo 220.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia No. 1101-20-EP/22 de 20 de julio de 2022, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 80 de 12 de septiembre de 2022.

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

De lo expuesto se desprende que: *i)* la CFN posee acción coactiva para el cobro de los créditos y cualquier tipo de obligaciones sujetas exclusivamente al procedimiento establecido en el COA, a partir de su vigencia; *ii)* el COA contempla el procedimiento de ejecución Coactiva, como un procedimiento especial regulado en el Título II del Libro III de ese código; y, *iii)* el inciso final del artículo 42 del COA establece una restricción normativa aplicable al procedimiento coactivo que, al ser clara, debe entenderse en su sentido literal.

2.2. La venta de cartera de clientes de las instituciones financieras públicas como operación habilitada, previa autorización del organismo de control competente.-

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

Por su parte, el artículo 143 del COMF define a la actividad financiera, en los siguientes términos:

“Art. 143.- Actividad financiera.- Para efectos de este Código son las operaciones y servicios que están vinculados con flujos o riesgos financieros; y que, se realiza de forma habitual, por las entidades que conforman el sistema financiero, de valores y de seguros, previa autorización de los organismos de control, utilizando, a cualquier título, recursos de terceros para operaciones de crédito; inversión en valores de renta fija o renta variable; servicios de seguros; servicios o instrumentos de manejo y protección de riesgo; **servicios de compra venta, intermediación o suscripción de valores; así como para otras operaciones que defina la Junta de Política y Regulación Financiera en función del desarrollo o innovación del mercado de servicios financieros, de valores y seguros. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado**” (el resaltado me corresponde).

Al respecto, entre las operaciones habilitadas a las entidades financieras, previa autorización del organismo de control competente, la letra “*a. Operaciones activas*” del artículo 194 del COMF en su número 9 faculta a: “*Adquirir, conservar o enajenar contratos a término, opciones de compra o venta y futuros; podrán igualmente realizar otras operaciones propias del mercado de dinero, de conformidad con lo establecido en la normativa correspondiente.*” (el resaltado me corresponde).

El artículo 218 del COMF dispone a las entidades del SFN someterse “*a las políticas y regulaciones que sobre contabilidad y estados financieros expida la Junta de Política y Regulación Financiera*” y a “*las normas de control que sobre estas materias dicten, de forma supletoria y no contradictoria, los organismos de control respectivos*”; concordante con el tenor de los artículos 13, 14 y 62 ibídem (el resaltado me corresponde).



En este contexto, la Disposición General Octava del Capítulo XVIII de la Codificación de Resoluciones de la JPRMF, prevé:

“OCTAVA.- Las entidades financieras podrán vender cartera de crédito a otras entidades financieras, empresas de servicios auxiliares del sistema financiero que sean o no parte de su grupo financiero u otras empresas ajenas a la actividad financiera (...)” (el resaltado me corresponde).

No obstante, es necesario precisar que en la norma antes citada habla de “*cartera de crédito*” de forma general sin especificar si se encuentra o no un “*proceso coactivo*”, que es el objeto de la consulta planteada, ante lo cual es necesario señalar que la Disposición General Novena¹² del Capítulo XVIII “*Calificación de activos de riesgo y constitución de provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos*” y las resoluciones No. JPRF-F-2021-008¹³ y No. JPRF-F-2022-030¹⁴, han previsto de forma coincidente que, en los casos de duda que se produjeran en la aplicación del capítulo XVIII “*Calificación de Activos de Riesgo y Constitución de Provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos*”, serán resueltos por la SB.

De lo manifestado se observa que: i) la actividad financiera comprende a las operaciones y servicios que están vinculados con flujos o riesgos financieros que realizan de forma habitual las entidades que conforman el sistema financiero, previa autorización de los organismos de control competentes, en función del desarrollo o innovación del mercado de servicios financieros; ii) en el marco de las operaciones activas de las instituciones financieras, previa autorización de la SB, las entidades financieras públicas se encuentran habilitadas para la venta de cartera de créditos; iii) las operaciones financieras se sujetan a las políticas y regulaciones que sobre contabilidad y estados financieros expidan tanto la JPRF como la SB en calidad de organismo de control; y, iv) corresponde a la SB absolver las dudas que se produjeran en la aplicación del Capítulo XVIII Calificación de activos de riesgo y constitución de provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos, Título II Sistema Financiero Nacional, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

¹² Resolución No. 209-2016-F, en la cual la JPRF expide la “*NORMA PARA LA CALIFICACIÓN DE ACTIVOS DE RIESGO Y CONSTITUCIÓN DE PROVISIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE LOS SECTORES FINANCIERO PÚBLICO Y PRIVADO BAJO EL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS*” que en su Disposición General Novena establece que “*Los casos de duda y los no contemplados en la presente norma, serán resueltos por el Superintendente de Bancos.*”

¹³ Junta de Política y Regulación Financiera, Resolución No. JPRF-F-2021-008 de 30 de diciembre del 2021, disposición general primera: “*Los casos de duda que se produjeran en la aplicación del capítulo XVIII “Calificación de Activos de Riesgo y Constitución de Provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos”, del Título II “Sistema Financiero Nacional”, del Libro I “Sistema Monetario y Financiero” de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, serán resueltos por la Superintendencia de Bancos.*”

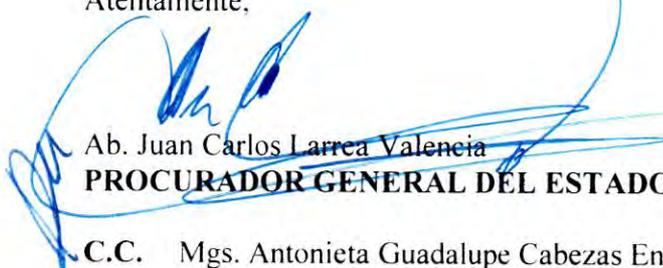
¹⁴ Junta de Política y Regulación Financiera, Resolución No. JPRF-F-2022-030 de 29 de junio del 2022, disposición general primera: “*Los casos de duda que se produjeran en la aplicación del Capítulo XVIII “Calificación de Activos de Riesgo y Constitución de Provisiones por parte de las Entidades de los Sectores Financiero Público y Privado bajo el Control de la Superintendencia de Bancos”, del Título II “Sistema Financiero Nacional”, del Libro I “Sistema Monetario y Financiero” de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, serán resueltos por la Superintendencia de Bancos.*”

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el tenor del número 1 del artículo 18 del Código Civil y el número 7 del artículo 3 de la LOGJCC, para el cobro de créditos u obligaciones que se adeuden a las instituciones financieras públicas, dentro del procedimiento de ejecución coactiva regulado por el COA, corresponde aplicar únicamente las normas previstas en dicho código, por disposición expresa del inciso final de su artículo 42. Por otra parte, le corresponde a la Superintendencia de Bancos resolver las dudas sobre la aplicación del capítulo XVIII "*Calificación de Activos de Riesgo y Constitución de Provisiones por parte de las entidades de los sectores financiero público y privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos*" de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

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

Oficio No. **02461**

Quito, D.M., **08 JUN 2023**

Abogado
Ralph Suástegui Brborich
DIRECTOR GENERAL
SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR (SENAE)
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. SENAE-SENAE-2023-0365-OF, de 14 de abril de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 17 de los mismos mes y año, se formularon las siguientes consultas:

“1) De conformidad con el Art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que señala que las Resoluciones emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina serán de directa aplicación en los Países Miembros, en concordancia con el Art. 4 del Tratado mencionado que dice que los Países Miembros se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación ¿Es competente el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador - SENAE para inaplicar de manera directa disposiciones de la Resolución 009-2022 del COMEX que estarían en contraposición con la norma andina, como las relativas a la presentación del Permiso Zoosanitario de Importación para productos clasificados con riesgo 1 y 2 que provienen de los Países de la Comunidad Andina, como el control previo a la subpartida 0402.21.19.00 correspondiente a la leche en polvo UHT o esterilizada.

2) De conformidad con el Art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que señala que las Resoluciones emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina serán de directa aplicación en los Países Miembros, en concordancia con el Art. 4 del Tratado mencionado que dice que los Países Miembros se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación ¿Es competente el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador – SENAE para restablecer el código suplementario 001 (TNAN) dentro de la subpartida 0402.21.19.00 correspondiente a la leche en polvo UHT o esterilizada el cual hasta antes de la emisión de la Resolución 009-2022 permitía la importación de leche en polvo UHT o esterilizada proveniente de los Países Miembros de la

Comunidad Andina sin la presentación del Permiso Zoosanitario de Importación?

3) En virtud del principio de nación más favorecida (NMF) y el principio de no discriminación, ¿podría el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador – SENAЕ permitir la importación de leche en polvo de ciertos países con los que el Ecuador ha suscrito y ratificado acuerdos comerciales como los países de la Unión Europea, pero objetar y prohibir la importación de leche en polvo de otros países con los que también ha firmado acuerdos comerciales, como los pertenecientes a la Comunidad Andina?”.

I. ANTECEDENTES.-

Adjunto al oficio de consulta se remitió el informe jurídico contenido en memorando No. SENAЕ-DNJ-2023-0203-M, de 14 de abril de 2023, suscrito por el Director Nacional Jurídico Aduanero, subrogante, del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante, “SENAЕ”), el mismo que concluyó lo siguiente:

“IV. CRITERIO JURÍDICO:

(...) en aplicación del principio de jerarquía normativa y los principios propios que rigen la Comunidad Andina, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador - SENAЕ es competente para inaplicar la exigencia de presentación del Permiso Zoosanitario de Importación a los productos catalogados con riesgo 1 y 2 provenientes de la Comunidad Andina, como la leche en polvo UHT, subpartida 0402.21.19.0002 **por ser un requisito contrario a la Resolución Andina 1153** (Énfasis corresponde al texto original).

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, se encuentran obligadas a **inaplicar de manera directa** la Resolución 009-2022 del COMEX, en todo aquello que sea contrario a norma andina (Énfasis corresponde al texto original).

Por tanto, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador tendría la facultad de restituir el código suplementario 001 (TNAN) que permitiría la importación de leche en polvo UHT o esterilizada, proveniente de los Países de la Comunidad Andina, sin la presentación del Permiso Zoosanitario de Importación.

Al ser el Acuerdo de Cartagena y la Resolución 1153 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, acuerdo comerciales internacionales aprobados y ratificados por el Ecuador, al igual que el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947); y, el Anexo IV – Sección D –

Cronograma de Eliminación Arancelaria de Ecuador para Mercancías Originaria de la UE del Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea, cualquier prohibición o control previo que sea contrario a dichos acuerdos sería inaplicable, sin que el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador o cualquier institución pública pueda hacer distinción entre dichos acuerdos.

II. ANÁLISIS. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) disposiciones contenidas en la Resolución 009-2022 del COMEX; ii) aplicación de los Instrumentos Internacionales; iii) jerarquía de los instrumentos internacionales y su aplicación en caso de conflictos con la ley; iv) Resolución 1153 de la CAN.

2.1. Disposiciones contenidas en la Resolución 009-2022 del COMEX.-

El 30 de mayo de 2022, el Pleno del Comité de Comercio Exterior del Ecuador (COMEX) emitió la Resolución 009-2022 que aprobó la “Nómina de Subpartidas Arancelarias Sujetas a Controles Previos a la Importación”, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2022. Dentro de esta nómina se incluye, entre otras, la subpartida Nro. 0402.21.19.00, correspondiente a la leche en polvo UHT o esterilizada a la cual se le impone como requisito para importación la presentación del Permiso Zoosanitario emitido por la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario - Agrocalidad.

2.2. Aplicación de los Instrumentos Internacionales. –

En virtud de que las consultas implican necesariamente examinar las normas contenidas en instrumentos internacionales vigentes y aplicables para el estado ecuatoriano, es menester recordar el alcance y limitación de las competencias del Procurador General del Estado establecidos por la Corte Constitucional¹; esto es, el deber de abstenerse de atender consultas que traten sobre aplicación de normas constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 436 de la CRE; limitación que no se extiende a los instrumentos internacionales que regulen materias distintas a la de los derechos humanos y que deban ser considerados en el análisis de asuntos sometidos a dictamen del Procurador.

¹ Corte Constitucional, sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 566 de 08 de abril de 2009.

En este sentido, respecto del cumplimiento obligatorio de tratados internacionales y de su adscripción a la legislación nacional, Manuel Becerra Ramírez² señala:

“(...) si observamos la práctica relativa a la celebración de los tratados, podemos ver que a los Estados no se les obliga a celebrar tratados internacionales, al contrario: el mismo derecho internacional establece sanciones en caso de que un Estado sea obligado por la fuerza a celebrar un tratado internacional: Viena 69 sanciona con la nulidad la coacción sobre el representante de un Estado [artículo 51, y la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, artículo 52] pero si tiene obligación de cumplirlos, de incorporarlos a su derecho interno; los tratados deben cumplirse de buena fe (pacta sunt servanda), reza el principio toral (sic) general del derecho. Teóricamente, cuando un Estado ratifica un tratado, se entiende que el contenido pasó por un filtro interno, que sobre todo revisa su congruencia con las normas constitucionales (...).”

El artículo 26 de la Convención de Viena contiene el principio pacta sunt servanda, en el cual se señala que “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”, siendo, por lo tanto, una obligación de las partes el cumplimiento de dicho tratado. Reafirmando lo anterior, el artículo 27 ibidem señala que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*”; prohibiéndose el incumplimiento del tratado por razones de disposiciones de derecho interno.

Respecto de la Comunidad Andina (CAN), el 26 de mayo 1969, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron el Acuerdo de Cartagena, que creó la indicada Comunidad, como un mecanismo de integración subregional, con el propósito de mejorar el nivel de vida y desarrollo equilibrado de los habitantes de los Países Miembros mediante la integración y la cooperación económica y social.

El Dr. Federico Chiriboga, quien cita al Dr. Armando Pesantes García³, manifiesta que:

“Un tratado para su validez tiene que ser concluido por el órgano competente del Estado o del sujeto del derecho internacional autorizado por el estatuto constitucional correspondiente para ajustar tratados. Si no es ese el caso o se omite en la confección de un tratado algún requisito legal interno fundamental, como por ejemplo la autorización legislativa, el documento resultante carece de valor y por tanto de obligatoriedad. Sin embargo, el Estado que normal y

² www.corteidh.or.cr, BECERRA Ramírez Manuel, La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional, pág.294.

³ Armando Pesantes García, Las Relaciones Internacionales: Derecho Diplomático y Práctica Diplomática, citado por Federico Chiriboga en su obra “La jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política de 1998”.

ostensiblemente conduce negociaciones que permitan suponer a la contratante que está cumpliendo con los preceptos constitucionales que regulan la materia respectiva y posteriormente aduce que el tratado resultante es constitucionalmente inválido, se hace responsable de delito contra el derecho internacional”.

De lo manifestado por el Dr. Pesantes García, un instrumento internacional no es válido ni de obligatorio cumplimiento cuando no se han cumplido con todas las disposiciones normativas tendientes a su perfeccionamiento; contrario sensu, al encontrarse cumplidas a cabalidad las disposiciones, el instrumento es válido y por lo tanto obligatorio.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, mediante dictamen Nro. 006-15-DTI-CC, señaló que:

“El control de constitucionalidad no solo es necesario por las características que rigen nuestro modelo de control constitucional, sino porque a nivel internacional existen principios que deben ser observados por el Estado ecuatoriano, es así que para dar cumplimiento al principio de derecho internacional “pacta sunt servanda”, previsto por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es preciso que el Ecuador, previo a la ratificación de un instrumento internacional, en miras de hacer posible su aplicación de buena fe, verifique que lo pactado sea compatible con su ordenamiento interno; se debe recordar que el artículo 27 del mismo instrumento señala además que “un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”, haciendo del control de constitucionalidad un ejercicio indispensable para evitar la incorporación de normas inconstitucionales cuyo incumplimiento acarree responsabilidad internacional.”

De lo expuesto se observa que: i) el Ecuador, suscriptor de la Convención de Viena, tiene la obligación de cumplir los acuerdos internacionales ratificados e incorporarlos a su derecho interno; ii) el Ecuador es Estado Miembro de la Comunidad Andina de Naciones, por lo tanto, se deben cumplir las resoluciones y disposiciones emanadas por este ente internacional.

2.3. Jerarquía de los instrumentos internacionales y su aplicación en caso de conflictos con la ley.-

De acuerdo con la resolución 009-2022 del COMEX, para la importación de leche en polvo UHT o esterilizada, es requisito la presentación del Permiso Zoosanitario emitido por Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario – AGROCALIDAD; sin perjuicio de lo anterior, es necesario analizar su contenido a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, que por su jerarquía y naturaleza obligan al

Estado ecuatoriano a adecuar su accionar conforme las cláusulas convencionales pactadas a fin de evitar posibles sanciones por su incumplimiento.

De conformidad con el artículo 425 de la CRE, el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente. *“La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (...)”*.

En concordancia con el artículo 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables para la solución de antinomias, se prevé que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”*.

Por otra parte, el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo establece que las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad y precisa que la actuación administrativa *“será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado”*.

La Corte Constitucional, respecto del derecho a la seguridad jurídica, en sentencia nro. 045-15-SEP-CC, ha establecido que:

En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

En este sentido, el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que *“Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.”*

El 14 de marzo de 2008, se publicó en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXV – Número 1598, la Resolución 1153 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina que contiene la *“Norma sobre Categorías de Riesgo Sanitario, para el Comercio Intrasubregional y con Terceros Países de Mercancías Pecuarías”*, la cual

establece los requisitos generales que los Países Andinos podrán exigir para la importación de mercancías pecuarias de acuerdo con el riesgo del producto, misma que entró en vigencia el 1 de junio de 2008. La resolución antes mencionada cataloga a la “Leche y nata (crema), concentradas o con adición de azúcar y otro edulcorante” con el código 04.02, y específicamente a la leche en polvo que haya pasado por un proceso UHT o esterilizados con la subpartida 0402.21.19.0002, y le otorga un riesgo sanitario 2.

De conformidad con el artículo 2 de dicha Resolución, para la importación de mercancías pecuarias se deben de cumplir los siguientes requisitos:

Categoría	Permiso o Documento Sanitario de Importación	Inspección sanitaria en el punto de ingreso en el país importador	Certificado Sanitario de Exportación
1	NO	NO	NO
2	NO	SI	SI
3	SI	SI	SI
4	SI	SI	SI
5	SI	SI	SI

La Resolución de marras clasifica como riesgo 2 a todos aquellos productos o subproductos de origen animal, que han sido sometidos a uno o más procesos químicos o físicos durante su elaboración, disminuyendo la posibilidad de vehicular agentes patógenos de importancia cuarentenaria. En tal sentido, de acuerdo con la norma andina, la leche en polvo UHT o esterilizada, proveniente de los Países Andinos bajo la subpartida 0402.21.19.0002, se encuentra catalogada de riesgo 2.

De lo manifestado se desprende que: i) las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, entre ellos los derivados de la Comunidad Andina, por el principio de jerarquía, prevalecen respecto de lo dispuesto en resoluciones, siendo imperativo su cumplimiento; y, ii) en atención al principio de seguridad jurídica, la administración pública debe ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado con anterioridad.

III. Pronunciamiento. –

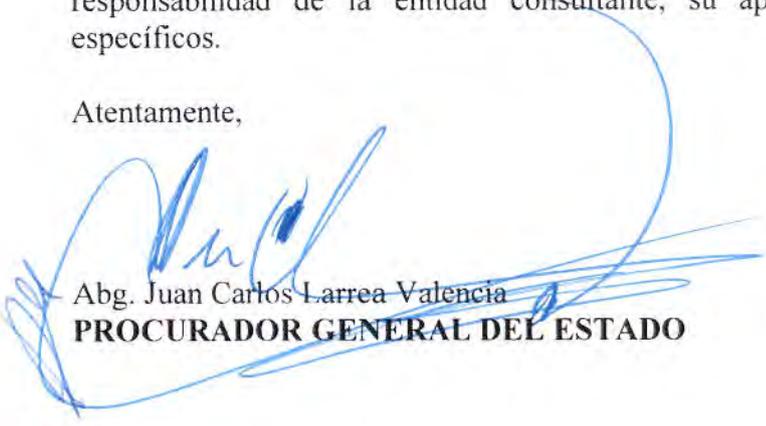
En atención a las consultas planteadas, se concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el

contenido de la Resolución 1153, aplicables y vigentes a la presente fecha, no pueden existir restricciones ni exigirse un permiso que la CAN ha determinado como no exigible, por lo que, jerárquicamente, prevalece la Resolución 1153 sobre la Resolución 009-2022 del COMEX.

Al ser inaplicable la exigencia contenida en la resolución 009-2022 del COMEX, y siendo de cumplimiento irrestricto los instrumentos internacionales, deben de realizarse las gestiones necesarias y oportunas para dar cabal ejecución a las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de los cuales el Estado ecuatoriano es parte. Por lo antes expuesto, resulta redundante responder las consultas 2 y 3.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio Nro. **02525**

Quito, D.M., **14 JUN 2023**

Magíster
Susana Beatriz Araujo Fiallos
DIRECTORA EJECUTIVA
INSTITUTO NACIONAL DE EVALUACIÓN EDUCATIVA
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. INEVAL-INEVAL-2023-0052-OF, de 21 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el siguiente día, se formularon las siguientes consultas:

“PRIMERA: El artículo 152 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 336 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, establecen que en el procedimiento de ínfima cuantía para la selección de proveedor debe procurarse obtener mínimo tres proformas a través de la herramienta ‘Necesidades Ínfima Cuantía’, la entidad contratante que reciba menos de tres proformas deberá continuar con el proceso de selección de entre la proforma o proformas recibidas?

SEGUNDA: En caso de que no se obtenga ninguna proforma a través de la herramienta ‘Necesidades Ínfima Cuantía’, la entidad contratante podrá gestionar fuera de la herramienta la obtención de proforma o proformas, con la finalidad de satisfacer las necesidades institucionales?

TERCERA: De no recibir ninguna proforma, no poder gestionar fuera de la herramienta la obtención de proforma o proformas y de persistir la necesidad institucional, ¿la entidad contratante cómo debe proceder?”

Frente a lo cual se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficio No. 01607 de 4 de abril de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de las consultas, requerimiento que fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0029-OF de 11 de abril de 2023, ingresado en este organismo el mismo día.

1.2. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Evaluación Educativa (en adelante *INEVAL*), contenido en memorando No. INEVAL-DIAJ-2023-0035-ME de 03 de febrero de 2023, citó los artículos 6 numerales 17 y 18, y 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante LOSNCP); 149 y 152 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante RGLOSNCP); y, 330, 336 y 337 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP (en adelante *Codificación de Resoluciones del SERCOP*)³, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“1. ANÁLISIS

(...) el artículo 149 del reglamento a dicha ley, establece el procedimiento de ínfima cuantía, estableciendo que la unidad requirente de la entidad contratante levantará las especificaciones técnicas o términos de referencia, que serán autorizadas por la máxima autoridad o su delegado, quienes verificarán que el proveedor no se encuentra en inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado. Así también, se indica que la entidad contratante publicará en la herramienta informática habilitada por el Servicio Nacional de Contratación Pública, un aviso con lo que se requiere contratar, así como la información de contado (sic) y término de presentación de las proformas y el proyecto de orden de compra a ser emitido, en función al modelo obligatorio desarrollado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Facultando así, que el proveedor interesado envíe su proforma a la entidad contratante dentro del término establecido, debiendo la entidad contratante sentar razón de las proformas recibidas, por lo que, con las proformas presentadas, la entidad contratante seleccionará al proveedor que cumpla con el mejor costo establecido en los numerales 17 y 18 del artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública; para así, suscribir la respectiva orden compra con el proveedor seleccionado.

Adicionalmente, el artículo 152 del reglamento a la ley establece que, la entidad contratante dará inicio a la selección del proveedor.(sic) con la publicación del objeto de la contratación en la herramienta, ‘Necesidades Ínfimas (sic) Cuantías’, que se encuentra disponible en el Portal COMPRASPÚBLICAS, cuya utilización es de carácter obligatorio, en concatenación con el artículo 336 de la codificación de las resoluciones del SERCOP que menciona, que la selección del proveedor deberá ser a través de la referida herramienta, de uso obligatorio; con lo cual, se evidencia que no podría gestionarse por fuera de dicha herramienta proformas del mercado local. (...) (el subrayado corresponde al texto original).

En cuanto a las ofertas, el tercer inciso del artículo 152 del reglamento a la ley determina que, se procurará que las entidades contratantes obtengan mínimo tres proformas, en concordancia, con el cuarto inciso del artículo 336 de la codificación de resoluciones del SERCOP, mismo que, exhorta a las entidades contratantes a obtener mínimo tres proformas previo a la adjudicación.

(...)

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

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

³ Codificación de Resoluciones del SERCOP, expedida el 31 de agosto de 2016 y publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018.

De esta manera, la norma está disponiendo que, se realicen las diligencias o esfuerzos necesarios para contar con las tres ofertas, observando el procedimiento establecido para el efecto por la norma y haciendo uso de herramienta ‘Necesidades ínfimas Cuantías’.”

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además de las normas invocadas por la entidad consultante, los artículos 82, 226, 227 y 288 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante *CRE*); 4, 5, 10, 99 y 152 de la LOSNCP; 14 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante *COA*); 7 y 152 del RGLOSNCP; con base en los cuales analizó y concluyó:

“II. ANÁLISIS JURÍDICO:

(...)

Respecto a la **primera** consulta: (el resaltado me corresponde).

(...)

El número 4 del artículo 149 del RGLOSNCP, claramente indica, que de forma obligatoria las entidades contratantes deberán publicar en la herramienta informática habilitada por el SERCOP, un aviso público con la información pertinente, respecto a la necesidad de contratación de los procedimientos de ínfima cuantía; sin perjuicio de lo manifestado, hay que observar lo establecido en el tercer inciso del artículo 152 del mismo cuerpo reglamentario el que dispone que las entidades contratantes **procurarán la obtención de mínimo tres proformas**, lo que guarda concordancia con el artículo 336 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP (el resaltado corresponde al texto original).

No obstante la disposición antes referida, la entidad contratante de conformidad al tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, deberá analizar si las cotizaciones recibidas, se ajustan a los precios del mercado, si cumplen con los requerimientos técnicos y legales propuestos por la entidad y si con las mismas se puede garantizar la calidad del gasto público; para lo cual, la entidad contratante al momento de emitir la orden de compra, verificará que el proveedor seleccionado no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado.

Si las ofertas recibidas no cumplen con alguno de los requisitos establecidos por la entidad contratante, se debería realizar una nueva publicación, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad; ya que el uso de la herramienta informática habilitada por el SERCOP, es de uso obligatorio para las entidades (el resaltado me corresponde).

Con respecto a la **segunda y tercera** consultas: (el resaltado me corresponde).

(...) con la finalidad de garantizar los principios de contratación pública, **no es procedente que la entidad contratante, gestione requerimientos de cotizaciones por**

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

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

fuera de la herramienta, ya que la misma es creada por el SERCOP, para el uso obligatorio, con el fin de asegurar la transparencia de procedimientos de contratación (el resaltado me corresponde).

Con respecto a la **tercera pregunta**, es importante ratificar la obligatoriedad del uso de la herramienta informática habilitada por el SERCOP, y **para el caso de que ningún proveedor haya presentado su oferta, la entidad contratante deberá verificar la factibilidad de la contratación; así como, que los requerimientos técnicos y económicos se ajusten a la realidad**, con el fin de que existan proveedores interesados en participar en el procedimiento.” (el resaltado me corresponde).

1.4. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera y segunda consultas, el informe jurídico del INEVAL y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en señalar que la entidad contratante deberá continuar con el proceso de selección respecto de aquellas proformas recibidas, siendo obligatorio el uso de la herramienta informática habilitada por el SERCOP para la publicación de las necesidades de contratación.

En relación con la tercera pregunta, la entidad consultante considera que existe un vacío normativo, en tanto que el SERCOP aclara que corresponde a la entidad contratante evaluar la factibilidad de la contratación, así como que los requerimientos técnicos y económicos se ajusten a la realidad.

2. Análisis. -

De conformidad con lo previsto en el artículo 288 de la CRE, las compras públicas deben cumplir con criterios de eficiencia, transparencia y calidad, en armonía con lo establecido en el artículo 4 de la LOSNCP, que contempla los principios para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella derivan. Al respecto, el artículo 5 ibídem reitera que los procedimientos y los contratos sometidos a dicha 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”*.

En relación a las contrataciones por ínfima cuantía, el artículo 52.1⁶ de la LOSNCP contempla los casos bajo los cuales se puede contratar bajo esa modalidad, agregando su último inciso que el reglamento a esa ley *“establecerá los procedimientos para la aplicación de esta modalidad”*.

Al respecto, el artículo 149⁷ del RGLOSNCNP detalla el procedimiento para las contrataciones de ínfima cuantía, estableciendo en sus numerales 4, 5, 6 y 7 lo siguiente:

“4. La entidad contratante procederá a publicar, en la herramienta informática habilitada por el Servicio Nacional de Contratación Pública, un aviso público con lo que requiere contratar por ínfima cuantía, así como la información de contado y término para la presentación de proformas. Incluirá además el proyecto de orden de

⁶ Artículo agregado por el artículo 15 de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre de 2013.

⁷ El artículo 149 del RGLOSNCNP fue sustituido por el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 550, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 138 de 31 de agosto de 2022.

compra a ser emitido, con base en el modelo obligatorio desarrollado por el Servicio Nacional de Contratación Pública. La entidad fijará el tiempo mínimo que deberá tener vigencia la proforma;

5. El proveedor interesado remitirá su proforma a la entidad contratante dentro del término establecido. La entidad contratante sentará una razón de las proformas recibidas. La proforma tendrá los efectos de la oferta.

6. Con las proformas presentadas, la entidad contratante de forma directa seleccionará al proveedor que cumpla con el mejor costo establecido en los números 17 y 18 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, verificando que el proveedor no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado;

7.- Con el proveedor seleccionado se suscribirá la respectiva orden de compra y se iniciará su ejecución, conforme a las condiciones establecidas en la misma” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el inciso segundo del artículo 152 del RGLOSNCPP, materia de sus consultas, prevé que la entidad contratante iniciará la selección del proveedor con **“la publicación del objeto de la contratación en la herramienta, ‘Necesidades Infimas (sic) Cuantías’, que se encuentra disponible en el Portal COMPRASPÚBLICAS, cuya utilización es de carácter obligatorio”**. Agregan los incisos tercero y cuarto del artículo ibídem que: **“Se procurará que las entidades contratantes obtengan mínimo tres proformas”**, en cuyo caso, **“De las proformas recibidas, se seleccionará al proveedor”** cuya oferta cumpla con lo determinado en los números 17 y 18 del artículo 6 de la LOSNCP, según corresponda (el resaltado me corresponde).

En el mismo sentido, el inciso segundo el artículo 336 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, dispone que la entidad contratante dará inicio a la selección del proveedor, **“con la publicación del objeto de la contratación en la herramienta ‘Publicación de Necesidades y Recepción de Proformas’, que se encuentra disponible en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, cuya utilización es de carácter obligatorio”**. Así mismo, en los incisos cuarto y final **“Se exhorta a las entidades contratantes a obtener mínimo tres proformas previo a la adjudicación”**, especificando que: **“De las proformas recibidas, se seleccionará al proveedor”** cuya oferta cumpla con lo determinado en los números 17 y 18 del artículo 6 de la LOSNCP, según corresponda.

Sobre el tema, mediante oficio No. 02100 de 11 de mayo de 2023, la Procuraduría General del Estado se pronunció respecto de la aplicación de los artículos 152 del RGLOSNCPP y 336 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP. Dicho pronunciamiento analizó y concluyó:

“(…) los números 4 y 9 del artículo 149 del RGLOSNCPP y el artículo 152 ibídem expresamente insisten en el deber de la contratante de usar la herramienta informática habilitada por el SERCOP denominada ‘Necesidades Infimas Cuantías’, disponible en el portal ‘COMPRASPÚBLICAS’, de uso obligatorio; portal en el que se debe publicar el *‘aviso público con lo que requiere contratar por ínfima cuantía, así como la información de contrato y término para la presentación de proformas’* y el reporte de la información de la contratación por ínfima cuantía, en el término máximo de 7 días, lo que permite que el SERCOP cuente con la información documental que requiere para poder identificar los

eventuales casos en los que se hubiere utilizado indebidamente el procedimiento o se hubiere contravenido la prohibición de subdivisión.

(...)

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

3.- Pronunciamiento. –

En atención a los términos de su primera consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 99 de la LOSNCP y 149 del RGLOSNCP, una vez publicada la necesidad de ínfima cuantía en el portal compras públicas **el proceso puede continuar con las propuestas recibidas, incluso con la única proforma recibida, siempre que, bajo responsabilidad de la contratante, se verifique que cumple con los requerimientos.** La contratante deberá verificar que el proveedor no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado y su proforma se ajuste a los precios del mercado. **Si la única oferta recibida no cumple alguno de los requisitos establecidos por la contratante se deberá realizar un nuevo procedimiento que iniciará con la publicación en el portal, para garantizar la aplicación de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad que rigen la contratación pública, previstos por el artículo 4 de la misma ley**” (el resaltado me corresponde).

A lo expuesto corresponde añadir que, al tenor del artículo 42 del RGLOSNCP, corresponde al órgano administrativo requirente de la entidad contratante, realizar la identificación *“específica, detallada, clara y concreta de la necesidad de contratación”*, con la finalidad de satisfacer y cumplir con los objetivos, metas y demandas institucionales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones. Para la determinación de la necesidad, el artículo 44 del RGLOSNCP señala que previo a iniciar un procedimiento de contratación, la unidad requirente elaborará el *“informe de necesidad de contratación”* que incorporará *“un análisis de beneficio, eficiencia o efectividad, considerando la necesidad y la capacidad institucional instalada”*, concordante con el numeral 1 del artículo 149 ibídem, previamente citado que determina que en los procedimientos de ínfima cuantía, la unidad requirente *“justificará el requerimiento y levantará las especificaciones técnicas o términos de referencia a contratarse”*.

3. Pronunciamiento. -

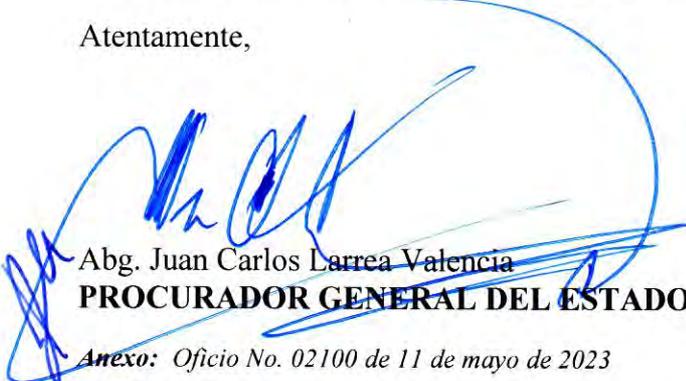
En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con

los artículos 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 149 de su Reglamento General, una vez publicada la necesidad de ínfima cuantía en el portal compras públicas, el proceso puede continuar con las propuestas recibidas, incluso con una única proforma, siempre que, bajo responsabilidad de la contratante, se verifique que cumple con los requerimientos. Al efecto, la entidad contratante deberá verificar que el proveedor no se encuentre incurso en inhabilidades o prohibiciones para celebrar contratos con el Estado y su proforma se ajuste a los precios del mercado. Si la única oferta recibida no cumple alguno de los requisitos establecidos por la contratante se deberá realizar un nuevo procedimiento que iniciará con la publicación en el portal, para garantizar la aplicación de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad que rigen la contratación pública, previstos por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme se analizó y se concluyó en el citado pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 02100 de 11 de mayo de 2023.

En armonía con lo expuesto, con relación a su segunda y tercera consultas se concluye que, de conformidad con los artículos 42, 44 y 149 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde a la unidad requirente identificar de manera específica, detallada, clara y concreta la necesidad de contratación, además de justificar su requerimiento en el informe de necesidad de contratación y especificaciones técnicas o términos de referencia, considerando el uso obligatorio de la herramienta “Necesidades Ínfima Cuantía”, a fin de garantizar la aplicación de los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, trato justo e igualdad que rigen la contratación pública, previstos por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Anexo: Oficio No. 02100 de 11 de mayo de 2023

C.C. Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Oficio N° 02526

Quito, D.M., 14 JUN 2023

Licenciado
Christian Pabel Muñoz López
**ALCALDE METROPOLITANO
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO**
Presente.-.

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADDMQ-AM-2023-0260-OF, de 17 de febrero de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 22 del mismo mes y año, mediante el cual el doctor Santiago Mauricio Guarderas Izquierdo, en calidad de Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito a esa fecha, se formularon las siguientes consultas:

“a) ¿La disposición transitoria quinta de la LOOTUGS, reformada a través de la Ley Orgánica Reformatoria a la ‘Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo para la adecuación de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial correspondientes de los gobiernos autónomos descentralizados’ permite modificar el componente estructurante y urbanístico del Plan de Uso y Gestión del Suelo que forma parte del Plan Metropolitano de Desarrollo y Ordenamiento Territorial?; y,

b) ¿El texto ‘presentar alcances’ del inciso segundo de la disposición transitoria Quinta de la LOOTUGS, reformada a través de la ‘Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo para la adecuación de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial correspondientes de los gobiernos autónomos descentralizados’, implica que la iniciativa legislativa de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial y el proyecto de ordenanza correspondiente por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados se debió realizar hasta el 15 de diciembre de 2022, pudiendo posteriormente continuar con el trámite para su aprobación por parte del Concejo Metropolitano?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 01114 y 01115 de 28 de febrero de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, “AME”) y a la Superintendencia de Ordenamiento

Territorial, Uso y Gestión del Suelo (en adelante, “SOT”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 01408 y 01409 de 20 de marzo de 2023, se insistió en dichos requerimientos a la SOT y a la AME.

1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en esta Procuraduría, en su orden: *i)* por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado, de la AME, con oficio No. AME-DNAJ-2023-041 de 28 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente; y, *ii)* por el Superintendente de la SOT, con oficio No. SOT-DS-0018-2023-O de 23 de marzo de 2023, ingresado a este organismo el 30 de los mismos mes y año.

1.3. El informe jurídico del Procurador Metropolitano del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante, “GADDM Quito”), contenido en oficio No. GADDMQ-PM-2023-0611-O de 15 de febrero de 2023, citó los artículos 226, 237 número 3, 240, 264 números 1, 2 y 7 y 415 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 27, 28, 29, 92 número 1 y la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo² (en adelante, “LOOTUGS”); 2 número 1, 8 número 1 y 26 inciso primero de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito³ (en adelante, “LORDMQ”); 5 inciso primero, 55 letras a), b) y g), 84 letras c) y m), y 85 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante, “COOTAD”); 41 y 49 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁵ (en adelante, “COPLAFIP”); la Disposición Transitoria Tercera de la Resolución No. 010-CTUGS-2020⁶ de 21 de septiembre de 2020 (en adelante, “Resolución 10”), que reformó la Resolución No. 0005-CTUGS-2020⁷ de 28 de febrero de 2020 (en adelante, “Resolución 0005”) emitidas por el Consejo Técnico de Uso y Gestión del Suelo (en adelante, “CTUGS”); con fundamento en los cuales concluyó:

“6. Criterio Jurídico

Sobre la base de la documentación e informes remitidos y analizados; y, en función a la estricta aplicación de la normativa invocada, es criterio de la Procuraduría Metropolitana que: (i) Los Planes (sic) Desarrollo y Ordenamiento Territorial podrían ser ‘adecuados’, ‘presentados’ y/o ‘subsanaos’ hasta el 15 de diciembre de 2022, teniendo en cuenta que el procedimiento parlamentario para aprobación de la respectiva ordenanza, podría tomar más tiempo según lo previsto en las diferentes normativas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Es decir, **si ya se realizó la iniciativa legislativa hasta el 15 de diciembre de 2022, los GAD podrían continuar con el proceso de aprobación normativa correspondiente;** y, (ii) **Se podrían adecuar y/o subsanar los planes de desarrollo y ordenamiento territorial, sin hacer distinción entre componentes del mismo, por lo que se podría actualizar el referido plan en su**

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

² LOOTUGS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 de 5 de julio de 2016.

³ LORDMQ, publicada en el Registro Oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993.

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

⁵ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

⁶ R010, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 1307 de 13 de noviembre de 2020.

⁷ R0005, publicada en el Registro Oficial No. 301 de 1 de octubre de 2020.

integralidad, incluyendo el Plan de Uso y Gestión del Suelo, y sus componentes estructurante y urbanístico” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico de la AME, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó en lo principal los artículos 15 y 47 de LOOTUGS; 8, 9 y 11 del Reglamento a la LOOTUGS⁸ (en adelante, “*RLOOTUGS*”); y, 46 de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas⁹ (en adelante, “*LOOFP*”); con base en los cuales analizó lo siguiente:

“3. Análisis.

PRIMERA CONSULTA: (...)

Por lo expuesto, parte de los proyectos estructurantes o macro proyectos determinados en el PDOT, se considera como equipamientos urbanos y rurales a construir en el territorio cantonal; por tanto, constan en el Modelo Territorial deseado o propuesto, establecido en el antes mencionado PDOT; y, **por mandato legal no se puede modificar el componente estructurante del PDOT que es la base para formular el componente estructurante del PUGS**, porque es el mismo componente a escalas menores, que es la base para definir el componente urbanístico del PUGS (el resaltado me corresponde).

3.1. SEGUNDA CONSULTA: (...)

Por otro lado, **los plazos establecidos** tanto en la Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS, aprobada en el año 2016, así como la Resolución N° 007 del Consejo Técnico de Uso y Gestión del Suelo, CTUGS del año 2020, los plazos dados en el Art. 46 de la Ley Orgánica de Ordenamiento de las Finanzas Públicas, la Ley Orgánica reformativa a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, para la adecuación de los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial correspondientes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, publicada en el R.O. Año I – N° 197, fechado el viernes 25 de noviembre de 2022, **son plazos dados para actualizar el PDOT, formular el PUGS y aprobar la ordenanza que sanciona los dos instrumentos de planificación**, según lo expuesto en el Art. Art. (sic) 11 del Reglamento de la LOOTUGS, referido al Procedimiento de aprobación del Plan de Uso y Gestión del Suelo, que determina: ‘El Plan de Uso y Gestión del Suelo será aprobado mediante la misma ordenanza municipal o Metropolitana que contiene el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial Cantonal, y mediante los mismos procedimientos participativos y técnicos previstos en la ley y definidos por el ente rector correspondiente’, con el fin de que queden listo (sic) para su implementación y puesta en ejecución; es decir con la ordenanza aprobada inclusive (el resaltado me corresponde).

Sin embargo, **es necesario indicar que para las ciudades grandes, la actualización del PDOT, puede ser elaborado dentro del año que dispone la ley, no así para su formulación**, si este Plan ya hubiera sido trabajado hasta el horizonte del mismo, es decir, ha cumplido su vida útil, y requiera de un nuevo PDOT, su formulación, por las experiencias en el territorio, demanda más tiempo del previsto en la ley; y para la

⁸ RLOOTUGS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 460 de 3 de abril de 2019.

⁹ LOFP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253 de 4 de julio de 2020.

formulación del PUGS que es la planificación de uso y gestión del suelo urbano y rural de todo el cantón y de todo el distrito metropolitano, de forma articulada y complementaria, también demandan de un período de tiempo mayor a un año, por lo que, el DM de Quito, el cantón Guayaquil y el cantón Cuenca, se encuentran en este rango. También los cantones con ciudades intermedias como: Ambato, Ibarra, Manta, Machala, Portoviejo, Santo Domingo y Riobamba, se considera que están fuera de este período de un año para su formulación, porque también requieren más tiempo” (el resaltado me corresponde).

1.5. Por su parte, el criterio jurídico de la SOT citó, adicionalmente, los artículos 82 y 213 de la CRE; 12 número 3, 30 y 106 número 1 de la LOOTUGS; el Decreto Ejecutivo No. 1126 de 14 de agosto de 2020¹⁰ (en adelante, “Decreto 1126”); los artículos 10, 12 y 68 del RLOOTUGS; 48 del COPLAFIP; y, 6 de la Resolución No. 003-CTUGS-2019 de la CTUGS, que contiene la “Norma Técnica para el Proceso de Formulación o Actualización de los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”¹¹ (en adelante, “Resolución 003”), luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“1. (sic) ANÁLISIS:

(...) la Disposición reformada permite únicamente adecuar los PDOT hasta el 15 de diciembre de 2022; y la modificación del componente estructurante del PUGS es viable cuando esté técnicamente justificado, **previa la adecuación de los PDOT** -que establece la mencionada norma reformada- o de acuerdo al Art. 8 del RLOOTUGS: al inicio de la gestión de las autoridades locales, cuando de (sic) adecue el PDOT por un Proyecto Nacional de Carácter estratégico o por fuerza mayor (ocurrencia de un desastre) (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

(sic) **Si no lo hicieron hasta la fecha determinada en la Disposición Transitoria Quita (sic) reformada**, y considerando la obligación de los GAD'S, de tener un Plan de Uso y Gestión de Suelo (PUGS) los cuales tienen como objeto establecer los modelos de gestión del suelo y financiación para el desarrollo, el cual en su estructura contiene componentes estructurante y urbanístico, **dicho Plan tendrá una vigencia de 12 años, pudiendo actualizarse al principio de cada período de gestión, es decir cada 4 años, sin embargo se podrá modificar el componente estructurante de conformidad con el art. 12 y 8 del RLOOTUGS**, siempre guardando relación con las actualizaciones de los PDOT, de manera articulada con el Plan Nacional de Desarrollo vigente, siguiendo los procedimientos participativos y técnicos correspondientes (el resaltado me corresponde y el subrayado pertenece al texto original).

(...) para que la Superintendencia pueda realizar un análisis y determinar observaciones a los alcances de los PDOT que realicen los GAD, únicamente hasta el 15 de diciembre de 2022, solo se lo debe realizar en base a la Ordenanza aprobada por el Consejo Metropolitano, no a un ‘proyecto’. Conforme lo establece el art. 68 del RLOOTUGS, la SOT, para verificar la existencia de observaciones a los Planes de desarrollo y ordenamiento territorial, sus reformas o actualizaciones, la SOT **analizará el proceso de aprobación y la ordenanza debidamente publicada en el Registro Oficial**” (el resaltado me corresponde y el subrayado pertenece al texto original).

¹⁰ DE1126, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 279 de 1 de septiembre de 2020.

¹¹ Resolución 003, publicada en el Registro Oficial No. 87 de 25 de noviembre de 2019.

1.6. De lo expuesto se desprende que, en relación a la primera consulta, los criterios jurídicos de la AME y de la SOT coinciden en señalar que la Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS permite adecuar los Planes de Desarrollo de Ordenamiento Territorial (en adelante, "PDOT") hasta el 15 de diciembre de 2022. Al respecto, la SOT precisa que la modificación del componente estructurante del Plan de Uso y Gestión del Suelo (en adelante, "PUGS") es viable cuando esté técnicamente justificado, previa la adecuación de los PDOT; a diferencia de lo señalado por la entidad consultante que considera que la referida disposición transitoria permite modificar el componente estructurante y urbanístico del PUGS.

En cuanto a la segunda consulta, la AME y la SOT coinciden en precisar que tienen que estar aprobados en la misma ordenanza tanto el PDOT como las adecuaciones del PUGS hasta el 15 de diciembre de 2022. Por su parte, la entidad consultante expone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos (en adelante, "GAD") podrían continuar con el proceso de aprobación del proyecto de ordenanza correspondiente, con posterioridad al 15 de diciembre de 2022.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Pronunciamiento previo sobre la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta reformada de la LOOTUGS; y, *ii)* Competencia de los GAD para formular los PDOT y modificar el componente estructurante y urbanístico del PUGS, articulados con la planificación nacional.

2.1. Pronunciamiento previo sobre la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta reformada de la LOOTUGS. –

Ante una consulta formulada por la SOT, relacionada con sus competencias y atribuciones, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 01602 de 3 de abril de 2023, la Procuraduría General del Estado analizó, entre otras normas, la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS, reformada por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, para la Adecuación de los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial correspondientes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados¹² (en adelante, "*Ley Reformatoria LOTUS*"), referente al plazo para que los GAD adecuen sus PDOT y expidan las respectivas ordenanzas, en el contexto del estado de excepción producido por la pandemia del COVID 19, cuyo texto conserva vigencia. Dicho pronunciamiento analizó:

"2.- Análisis. – (...)

¹² Ley Reformatoria LOTUS, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 197 de 25 de noviembre de 2022.

La Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS, a la que se hace referencia su consulta, considerando la crisis derivada de la pandemia del Covid 19 que motivó la declaratoria de estado de excepción en todo el territorio nacional, estableció plazos para que los GAD adecuen sus planes y ordenanzas a las reformas introducidas a esa ley. La mencionada disposición transitoria establece lo siguiente:

‘Quinta.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados adecuarán sus planes de desarrollo y ordenamiento territorial y las ordenanzas correspondientes hasta el 15 de diciembre del 2022, por motivo de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19. En el caso de realizar alguna intervención que según la normativa vigente requiera de un plan parcial, se aprobarán previo a iniciar dicha intervención.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados que presentaron sus planes de desarrollo y ordenamiento territorial y las ordenanzas correspondientes dentro del primer año luego de concluido el estado de excepción nacional dictado mediante Decreto Ejecutivo número 1126, **podrán presentar alcances a los mismos hasta el 15 de diciembre de 2022, por iniciativa propia, por petitorio de la ciudadanía al Gobierno Autónomo Descentralizado o a la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, y por observación de esta entidad.**

Por otro lado, los Gobiernos Autónomos Descentralizados que presentaron sus planes de desarrollo y ordenamiento territorial y las ordenanzas correspondientes dentro del primer año luego de concluido el estado de excepción nacional dictado mediante Decreto Ejecutivo número 1126, **sobre los cuales la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo ha iniciado cualquier tipo de proceso sancionatorio o de control, podrán hasta el 15 de diciembre de 2022, subsanar cualquier tipo de error identificado por el órgano de control, lo que evitará que se incurra en cualquier tipo de sanción.**

En cualquiera de los dos casos señalados en los incisos precedentes, la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, deberá señalar las observaciones y/o errores, y notificarlos oportunamente al Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente, hasta el 15 de diciembre de 2022. Finalizado dicho plazo, no se podrá iniciar ningún tipo de procedimiento de control o sancionatorio, si las observaciones y/o errores no han sido debidamente notificadas al Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente’ (el resaltado me corresponde).

La disposición transitoria previamente citada se inserta en el contexto de la modificación introducida por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, para la Adecuación de los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial correspondientes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante Ley Reformatoria LOTUS), que de acuerdo con su Disposición Final entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, es decir desde el 25 de noviembre de 2022.

La letra e) del artículo 22 del Reglamento de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional define a las disposiciones transitorias como *‘mandatos de*



cumplimiento obligatorio en un lapso de tiempo, para facilitar el tránsito de la situación anterior al régimen jurídico previsto por la nueva regulación’.

En este contexto, se debe considerar que una medida transitoria, como la que consta en la Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS a la que se refiere la consulta, se limita al alcance temporal y únicamente a las adecuaciones de los planes de desarrollo de ordenamiento territorial por las circunstancias derivadas de la pandemia del COVID-19, sin que por su carácter de transitorio pueda afectar, suspender ni restringir la facultad de control y sanción que competen a la SOT, de conformidad con las atribuciones que esa ley le confiere para establecer y sancionar las infracciones leves y graves establecidas en la LOOTUGS”.

2.2. Competencia de los GAD para formular los PDOT y modificar el componente estructurante y urbanístico del PUGS, articulados con la planificación nacional. –

Según el artículo 241 de la CRE, **“La planificación garantizará el ordenamiento territorial y será obligatoria en todos los gobiernos autónomos descentralizados”** (el énfasis me pertenece); en este sentido, los artículos 263, 264 y 267 ibídem y 42, 55 y 65 del COOTAD, referidos al régimen de competencias de los GAD provinciales, municipales y parroquiales rurales, respectivamente, disponen que dichos gobiernos deberán planificar el desarrollo y formular los correspondientes PDOT a ser aplicados en sus respectivos territorios (el resaltado me corresponde).

Por otra parte, según el inciso segundo del artículo 1 del COPLAFIP, ese código regula el ejercicio de las competencias de planificación y de la política pública en todos los niveles de gobierno, además del Plan Nacional de Desarrollo, los PDOT de los GAD, la programación presupuestaria cuatrianual del Sector Público, el Presupuesto General del Estado, **“los demás presupuestos de las entidades públicas; y, todos los recursos públicos y demás instrumentos aplicables a la Planificación y las Finanzas Públicas”** (el resaltado me corresponde).

El artículo 4 del COPLAFIP incluye, en su ámbito de aplicación, a **“todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República”**, es decir, a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. Con relación a la planificación del desarrollo, el artículo 9 ibídem prevé que: **“se orienta hacia el cumplimiento de los derechos constitucionales, el régimen de desarrollo y el régimen del buen vivir, y garantiza el ordenamiento territorial”**.

En ese orden de ideas, el inciso primero del artículo 10 del COPLAFIP determina que la planificación nacional es responsabilidad y competencia del Gobierno Central, en tanto que su inciso final señala que se desarrollará una Estrategia Territorial Nacional como instrumento complementario del Plan Nacional de Desarrollo y **“procedimientos de coordinación y armonización entre el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados para permitir la articulación de los procesos de planificación territorial”** en el ámbito de sus competencias.

Al respecto, el artículo 5 del Reglamento General del COPLAFIP¹³ (en adelante, “*RGCOPLAFIP*”), prevé que la “*Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*”, actual Secretaría Nacional de Planificación¹⁴, como ente rector de la planificación nacional y el ordenamiento territorial, y como ente estratégico del país, “*emitirá directrices y normas para la formulación, articulación, coordinación y coherencia de los instrumentos de planificación y de ordenamiento territorial*”, de manera que se “*asegure la coordinación de las intervenciones planificadas del Estado en el territorio, así como la verificación de la articulación entre los diferentes sectores y niveles de gobierno*” (el resaltado me corresponde).

En dicho contexto, el artículo 12 del COPLAFIP, que trata sobre la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial de los GAD en sus territorios, dispone que dicha competencia se ejercerá “*a través de sus planes propios y demás instrumentos, en articulación y coordinación con los diferentes niveles de gobierno, en el ámbito del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*”, sistema al que el artículo 18 ibídem define como “*el conjunto de procesos, entidades e instrumentos que permiten la interacción de los diferentes actores, sociales e institucionales, para organizar y coordinar la planificación del desarrollo y del ordenamiento territorial en todos los niveles de gobierno*” (el resaltado me corresponde).

De su parte, el artículo 41 del COPLAFIP, y en similar sentido el artículo 17 de su Reglamento General, definen a los PDOT como “*los instrumentos de planificación que contienen las directrices principales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados respecto de las decisiones estratégicas de desarrollo y que permiten la gestión concertada y articulada del territorio*”, y tienen por objeto:

“(…) ordenar, compatibilizar y armonizar las decisiones estratégicas de desarrollo respecto de los asentamientos humanos, las actividades económico-productivas y el manejo de los recursos naturales en función de las cualidades territoriales, a través de la definición de lineamientos para la materialización del modelo territorial deseado, establecidos por el nivel de gobierno respectivo”.

Así, el artículo 48 del COPLAFIP prevé que los PDOT entrarán en vigencia a partir de su expedición mediante el acto normativo correspondiente y, además, aclara que: “*Es obligación de cada gobierno autónomo descentralizado publicar y difundir sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial, así como actualizarlos al inicio de cada gestión*” (el resaltado me corresponde). Al efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la LOOTUGS, dicha ley fue expedida con el objeto de “*fijar los principios y reglas generales que rigen el ejercicio de las competencias de ordenamiento territorial, uso y gestión del suelo urbano y rural*”, para promover el

¹³ RGCOPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014.

¹⁴ Decreto Ejecutivo No. 3 de 24 de mayo de 2021, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 84 de junio de 2021 publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 494 de 14 de julio de 2021.

desarrollo equitativo y equilibrado del territorio y propiciar el ejercicio del derecho a la ciudad, al hábitat seguro y saludable, y a la vivienda adecuada y digna, en cumplimiento de la función social y ambiental de la propiedad, en concordancia con las competencias de los diferentes niveles de gobierno. En cuanto al ámbito de aplicación de dicha ley, su artículo 2 incluye a:

“(…) todo ejercicio de planificación del desarrollo, ordenamiento territorial, planeamiento y actuación urbanística, obras, instalaciones y actividades que ocupen el territorio o incidan significativamente sobre él, realizadas por el Gobierno Central, los Gobiernos Autónomos Descentralizados y otras personas jurídicas públicas o mixtas en el marco de sus competencias, así como por personas naturales o jurídicas privadas”.

El artículo 9 de la LOOTUGS define al ordenamiento territorial como el “*proceso y resultado de organizar espacial y funcionalmente las actividades y recursos en el territorio, para viabilizar la aplicación y concreción de políticas públicas democráticas y participativas y facilitar el logro de los objetivos de desarrollo*”. Según la misma norma, la planificación del ordenamiento territorial debe constar en el PDOT de los GAD, reiterando que la planificación para el ordenamiento territorial es “*obligatoria para todos los niveles de gobierno*”. El artículo 27 *ibídem* prevé que, además de lo establecido en el COPLAFIP, los PDOT de los GAD municipales y metropolitanos contendrán un PUGS “*que incorporará los componentes estructurante y urbanístico*”.

El artículo 28 de la LOOTUGS establece que el componente estructurante del PUGS estará constituido por los contenidos de largo plazo que respondan a los “*objetivos de desarrollo y al modelo territorial deseado según lo establecido en el plan de desarrollo y ordenamiento territorial municipal o metropolitano, y las disposiciones correspondientes a otras escalas del ordenamiento territorial*”, para asegurar la mejor utilización de las potencialidades del territorio en función de un desarrollo armónico, sustentable y sostenible, a partir de la determinación de la estructura urbano-rural y de la clasificación del suelo (el resaltado me corresponde).

El artículo 29 de la LOOTUGS dispone que, establecido el componente estructurante, los PUGS “*deberán determinar el uso y edificabilidad de acuerdo a la clasificación del suelo, así como los instrumentos de gestión a ser empleados según los requerimientos específicos*”. Adicionalmente, el artículo 30 *ibídem* señala que el PUGS “*estará vigente durante un período de doce años, y podrá actualizarse al principio de cada período de gestión*”, para lo cual deberá preservar su completa coherencia con el PDOT vigente del GAD correspondiente y será “*de manera articulada con el Plan Nacional de Desarrollo vigente*” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, la Secretaría Nacional de Planificación, como ente rector de la planificación nacional y el ordenamiento territorial, y como ente estratégico del país, expidió la Norma Técnica del Sistema Nacional de Planificación Participativa¹⁵ (en

¹⁵ Norma Técnica del SNPP, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 635 de 8 de febrero de 2022.

adelante, “Norma Técnica del SNPP”) la cual, en su artículo 32, define a los PDOT como instrumentos de planificación y ordenamiento territorial que contienen las decisiones estratégicas de desarrollo de los GAD que permiten la gestión concertada y articulada del territorio con los diferentes sectores y actores, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y su Estrategia Territorial Nacional.

El artículo 33 de la referida Norma Técnica del SNPP reitera que el proceso de elaboración de los PDOT es de responsabilidad de los GAD y su aprobación se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa legal específica; en tanto que su artículo 34¹⁶, en concordancia con el artículo 8 del RLOOTUGS, prevé que el PDOT podrá ser actualizado “cuando el GAD lo considere necesario y esté debidamente justificado a partir de la evaluación del PDOT anterior para definir el alcance de la misma” sin alterar su contenido estratégico y el componente estructurante que lo articula al PUGS; y que, la actualización será obligatoria en las siguientes circunstancias: “a) Al inicio de gestión de las autoridades locales. b) Cuando un Proyecto Nacional de Carácter Estratégico se implanta en la jurisdicción del GAD y debe adecuar su PDOT a los lineamientos derivados de la respectiva Planificación Especial. c) Por fuerza mayor, como la ocurrencia de un desastre”.

Según el artículo 12 del RLOOTUGS, una vez cumplidos los 12 años del plazo de vigencia del componente estructurante del PUGS y en concordancia con el plazo de actualización del PDOT, “se podrá actualizar, modificar o elaborar un Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial y un Plan de Uso y Gestión del Suelo mediante los procedimientos participativos y técnicos correspondientes”. Agrega esa norma que, en caso de que sea necesaria la “**modificación del componente estructurante, deberá estar técnicamente justificada y en coherencia con el plan de desarrollo y ordenamiento territorial**”, así como observar el artículo 8 del RLOOTUGS; para lo cual se seguirán “los procedimientos participativos y técnicos establecidos en la ley y por la entidad rectora correspondiente” (el resaltado me corresponde).

Agrega el artículo 15 de la LOOTUGS que: “los planes de uso y gestión de suelo y sus planes complementarios (...) serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento para las personas naturales o jurídicas públicas, privadas o mixtas”, precisando al respecto, que “son nulos los actos administrativos de aprobación o de autorización de planes, proyectos, actividades o usos del suelo que sean contrarios al plan de uso y gestión de suelo y a sus planes urbanísticos complementarios”, sin perjuicio de las responsabilidades aplicables a los servidores que participaron en su aprobación.

El artículo 11 del RLOOTUGS, que se refiere al procedimiento de aprobación del PUGS, puntualiza que “**será aprobado mediante la misma ordenanza municipal o Metropolitana que contiene el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial**”

¹⁶ Norma Técnica del SNPP, “Art. 34.- Actualización. - Los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial se actualizarán obligatoriamente en las siguientes circunstancias: a) Al inicio de gestión de las autoridades locales. b) Cuando un proyecto Nacional de Carácter Estratégico se implanta en la jurisdicción del GAD y debe adecuar su PDOT a los lineamientos derivados de la respectiva Planificación Especial. c) Por fuerza mayor, como la ocurrencia de un desastre”.

Cantonal, y mediante los mismos procedimientos participativos y técnicos previstos en la ley y definidos por el ente rector correspondiente” (el resaltado me corresponde).

En ese contexto, el segundo inciso del artículo 68 del RLOOTUGS establece que los GAD en **“un plazo no mayor de sesenta días de publicados sus respectivos planes de desarrollo y ordenamiento territorial y planes de uso y gestión del suelo, sus reformas o actualizaciones”**, deberán remitir estos instrumentos a la SOT solicitando su registro. A la misma solicitud de registro se deberá acompañar **“al menos los planes de desarrollo y ordenamiento territorial, los planes de uso y gestión del suelo, el proceso de aprobación y la ordenanza debidamente publicada en el Registro Oficial”** (el resaltado me corresponde).

Cabe señalar que el procedimiento para la expedición de ordenanzas por los GAD está reglado en el Título VIII *“Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”*, Capítulo II *“Del Procedimiento Parlamentario”* del COOTAD, cuyo artículo 322 establece que todo proyecto de ordenanza será sometido a dos debates ante el órgano legislativo del GAD y, una vez aprobada la norma será remitida al ejecutivo del GAD correspondiente para que la sanción u observe, dentro del plazo de ocho días, vencido el cual la ordenanza se considera sancionada por el ministerio de la ley. Agrega el inciso primero del artículo 324 de COOTAD que el ejecutivo del GAD publicará todas las normas aprobadas en su gaceta oficial, en el dominio web de la institución y en el Registro Oficial.

Sobre la obligatoriedad de publicar las ordenanzas en el Registro Oficial, en oficio No. 06329 de 22 de octubre de 2019, la Procuraduría General del Estado concluyó que:

“(…) el primer inciso del artículo 16 de la LOOETA, por el cual se establece que las regulaciones y los requisitos aplicables a los trámites administrativos entrarán en vigor a partir de su publicación en el Registro Oficial, incluye a aquellos establecidos en las ordenanzas que expidan los GAD, que, a partir de la vigencia de esa ley, deben ser promulgadas tanto en la gaceta oficial, como en el dominio web y en el Registro Oficial, según lo dispone el primer inciso del artículo 324 del COOTAD reformado por la LOOETA. En virtud del principio de irretroactividad, la reforma al COOTAD no es aplicable a las ordenanzas expedidas y promulgadas con anterioridad”.

De lo manifestado se observa que: *i)* los GAD municipales y metropolitanos gozan de autonomía política, que se expresa en sus facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales; *ii)* corresponde a los GAD municipales y metropolitanos planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes PDOT, de manera articulada con la planificación nacional, observando para el efecto el COOTAD, la LOOTUGS y el COPLAFIP; *iii)* la LOOTUGS, vigente desde el 2016, creó la SOT e introdujo diversos instrumentos de planificación urbanística y de financiamiento del desarrollo urbano, entre ellos los PDOT y los planes complementarios, que corresponde aprobar a los GAD mediante ordenanza; *iv)* la modificación del componente estructurante deberá estar técnicamente justificada y en coherencia con el PDOT, además de la evaluación del PDOT anterior para definir el alcance de la misma sin alterar su contenido estratégico y el componente estructurante que lo articula al PUGS; y, *v)* los PDOT y los PUGS deben ser aprobados en la misma

ordenanza y sus reformas o actualizaciones deben remitirse a la SOT con el proceso de aprobación y la ordenanza debidamente publicada en el Registro Oficial.

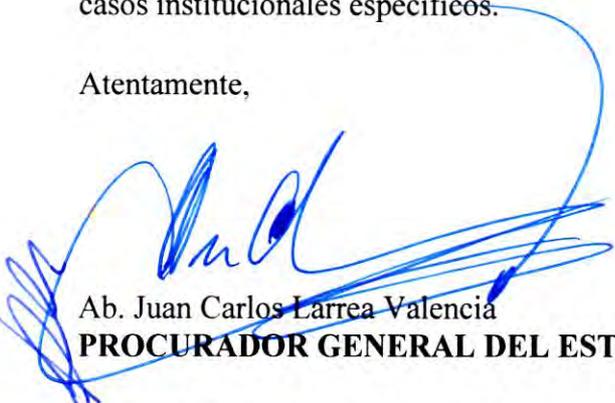
3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, en atención a su primera consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS, en concordancia con los artículos 8 y 12 de su Reglamento, los GAD podían realizar únicamente las adecuaciones o alcances de sus planes de desarrollo de ordenamiento territorial hasta el 15 de diciembre de 2022, motivados en las circunstancias derivadas de la pandemia del COVID – 19, sin alterar su contenido estratégico y el componente estructurante. En caso de que sea necesaria la modificación del componente estructurante del Plan de Uso y Gestión del Suelo, aquella es viable siempre que esté técnicamente justificada y en coherencia con el Plan de Desarrollo de Ordenamiento Territorial.

Respecto a su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con el inciso segundo de la citada Disposición Transitoria Quinta de la LOOTUGS, en armonía con los artículos 48 del COPLAFIP; 8, 11 y 68 del Reglamento a la LOOTUGS, la presentación de los alcances a los planes de desarrollo y ordenamiento territorial sería únicamente hasta el 15 de diciembre de 2022, de conformidad con la ordenanza debidamente aprobada por el órgano legislativo de los GAD.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Sr. William Patricio Maldonado Jiménez,
Presidente, Subrogante, de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas

Ing. Pablo Ramiro Iglesias Paladines,
Superintendente de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo

Oficio No. **02655**

Quito, D.M., **22 JUN 2023**

Doctora
María Luisa Jimbo Galarza
GERENTE GENERAL, SUBROGANTE
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA PARA LA SEGURIDAD Y
CONVIVENCIA CIUDADANA (EP EMSEGURIDAD)
Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. EMS-GG-2023-0674-O de 16 de mayo de 2023, ingresado en la Procuraduría General del Estado al siguiente día, mediante el cual solicitó "se reconsidere la respuesta emitida ante la consulta planteada en el oficio EMS-GG-2023-0479-O de 13 de abril de 2023" (Énfasis añadido).

Al respecto, con oficio No. 02071 de 9 de mayo de 2023, con fundamento en el artículo 9 de la Resolución No. 024 que contiene el Procedimiento para la Atención de Consultas por este Organismo¹, la Procuraduría General del Estado emitió el pronunciamiento previo contenido en el oficio No. 04292 de 17 de octubre de 2011, referido a la aplicación del artículo 196 del Código del Trabajo² y artículo 269 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público³, cuyos textos se encuentran vigentes y regulan el cálculo, provisión y pago del fondo de reserva de servidores públicos que, habiendo cesado en funciones, reingresen a otra institución, entidad u organismo del sector público.

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Resolución No. 024 no contemplan la reconsideración de los pronunciamientos previos.

Por lo expuesto y considerando el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, según el cual las instituciones del Estado "(...) ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley", **este organismo se ratifica en el contenido de este.**

Cabe recalcar que los pronunciamientos del Procurador General del Estado deben entenderse en su integridad y de forma abstracta; es decir, como una interpretación general sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas, motivo por el cual "(...) debe ser considerado como una norma (...) "⁴.

¹ Resolución No. 24, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

² CT, publicado en el Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

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

⁴ Corte Constitucional, sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009, pág. 23.

La resolución de los casos institucionales específicos corresponde a las respectivas entidades públicas que, al efecto, deberán verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales aplicables.

Se atiende el presente requerimiento por delegación⁵ del Procurador General del Estado.

Atentamente,



Rodrigo Constantine Sambrano
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

⁵ Resolución No. 069 de 13 de enero de 2022, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 633 de 04 de febrero de 2022.

Oficio N° 02712

Quito, D.M., 28 JUN 2023

Magíster

Milton Gustavo Zárate Barreiros

DIRECTOR GENERAL

SERVICIO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

Presente.-.

De mi consideración:

Mediante oficio No. SNMLCF-SNMLCF-2023-0193-O, de 2 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día, se formularon las siguientes consultas:

"1.- ¿La garantía de fiel cumplimiento del contrato, deberá mantenerse vigente hasta la fecha en que se suscriba, en legal y debida forma, el acta de entrega recepción definitiva o única, o hasta la fecha en la que la institución efectúe el proceso de pago?"

2.- Considerando que el proceso de devengado involucra, a nivel financiero, haber efectuado el proceso de control previo y de pago ¿La garantía de buen uso del anticipo, deberá mantenerse vigente hasta la fecha en la que la institución efectúe el proceso de pago, o hasta la fecha en que se suscriba, en legal y debida forma, el acta de entrega recepción definitiva o única?"

Frente a lo cual se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 01192 y 01476 de 7 y 24 de marzo 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; requerimientos que no han sido atendidos por el SERCOP hasta la presente fecha.

1.2. El informe jurídico del Coordinador General Jurídico del Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (en adelante, "SNMLCF"), contenido en memorando No. SNMLCF-CGJ-2023-0056-M, de 27 de febrero de 2023, citó los artículos 226, 227 y 283 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 4, 9, 74, 75 y 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, "LOSNCP"); 260, 263, 265.1 y 330 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, "RGLOSNCP"); la Norma No. 403-12 "Control y custodia de garantías" del derogado

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

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

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

Acuerdo No. 039-CG, emitido por la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE") que contenía las "Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de Recursos Públicos"⁴; y, la Normativa Técnica del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas-SINFIP (en adelante, "Normas Técnicas SINFIPI") emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, "MEF"), con fundamento en los cuales, analizó y concluyó:

"4. CRITERIO JURÍDICO:

(...)

4.1. La garantía de fiel cumplimiento del contrato, deberá mantenerse vigente hasta la fecha en que se suscriba, en legal y debida forma, el acta de entrega recepción definitiva o única, por tanto, a la fecha en que se procese el pago de un contrato con este tipo de garantía, no será requisito que la misma se encuentre vigente, más aún, si se considera que es responsabilidad netamente institucional efectuar el pago en el menor tiempo posible, sin que la demora en este proceso, por parte de la institución, deba recaer en el contratista.

4.2. La garantía de buen uso del anticipo deberá mantenerse vigente hasta la fecha en que se haya devengado en su totalidad el anticipo, recalando que el proceso de devengado involucra, a nivel financiero, haber efectuado el proceso de control previo y de pago, es decir, se deberá mantener vigente hasta la fecha en que se procese el pago, independientemente de que ya se cuente con una acta de entrega recepción definitiva o única debidamente suscrita. No obstante, cabe señalar que, es responsabilidad netamente institucional efectuar el pago en el menor tiempo posible, sin que la demora en este proceso, por parte de la institución, deba afectar los derechos del contratista" (El resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

De conformidad con lo establecido en el artículo 288 de la CRE, las compras públicas deben cumplir con criterios de eficiencia y transparencia en armonía con lo determinado en el artículo 4 de la LOSNCP, que contempla que, para la aplicación de esa ley y de los contratos sujetos a su ámbito, "se observarán los **principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional**" (El resaltado me corresponde). El artículo 5 ibidem reitera que los procedimientos y los contratos sometidos a dicha 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 resaltado me corresponde).

⁴ Acuerdo No. 039-CG-2009 de 16 de noviembre de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 78 de 01 de diciembre de 2009 y Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 14 de diciembre de 2009; derogado por la Disposición Derogatoria del Acuerdo No. 004-CG-2023 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

Por otra parte, los números 2 y 11 del artículo 9 de la LOSNCP prevén, entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, los siguientes: **“Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales”**, así como **“Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”** (El resaltado me corresponde).

Al respecto, el artículo 7 de la LOSNCP se refiere al Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SNCP”) como el **“conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones”** que realicen las entidades contratantes (El resaltado me corresponde).

En este contexto, en cuanto a las formas de las garantías, el artículo 73 de la LOSNCP, ubicado en el Título IV “DE LOS CONTRATOS”, Capítulo III “DE LAS GARANTÍAS”, en sus cinco numerales detalla los tipos de garantías que pueden rendir los contratistas. Los incisos penúltimo y último del citado artículo agregan que: **“Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión”** y en lo que respecta a las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y pólizas de seguros, señala que: **“no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía”** y aclara que **“Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita”**.

Con relación a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, materia de su primera consulta, el inciso primero del artículo 74⁵ de la LOSNCP la establece para **“seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato”**, para lo cual, **“el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel”**. El mismo inciso añade que, en los contratos de obra y en los contratos integrales por precio fijo, además de las finalidades previamente indicadas, esta garantía se constituye para **“asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales”** para garantizar reparaciones o cambios de partes de la obra con **“defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor”** (El resaltado me corresponde).

El inciso segundo del referido artículo 74 de la LOSNCP, sobre la contratación de servicios no normalizados, dispone que, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o mayor al 10%, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. El inciso final del artículo ibídem especifica que:

⁵Artículo reformado por el artículo 19 de la Ley Reformativa a la LOSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 100 de 14 de octubre de 2013

“Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrán efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista”.

Sobre el tema, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 01992, de 15 de julio de 2015, respecto de la aplicación del citado artículo 74 de la LOSNCP, este organismo analizó:

*“(…) en los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio, es obligación del adjudicatario rendir una garantía por el cinco por ciento del valor del contrato, para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros, así como asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, **debiendo devolverse esta garantía al contratista al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta de la obra**, por mandato del artículo 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (El resaltado me corresponde).*

Por su parte, el inciso primero del artículo 75 de la LOSNCP, con relación a la garantía de buen uso del anticipo, materia de su segunda consulta, señala que si la entidad contratante *“debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo”* y añade que: *“se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios”*, siendo responsabilidad de la entidad contratante regular el monto del anticipo en consideración a la naturaleza de la contratación (El resaltado me corresponde).

Al respecto, mediante oficio No. 07336, de 11 de abril de 2012, esta Procuraduría se pronunció sobre la aplicación del referido artículo 75 de la LOSNCP. Dicho pronunciamiento concluyó lo siguiente:

“En consecuencia, en cualquier caso, en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo” (El resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el artículo 77 de la LOSNCP señala que, en los contratos de ejecución de obras, *“la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”.*

Los artículos 70 y 80 de la LOSNCP, en concordancia con el inciso primero del artículo 295 del RGLOSNCPP determinan que será el administrador del contrato *“quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales”*, para lo cual, deberá observarse adicionalmente lo previsto en el artículo

530.10 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública⁶.

En armonía con las disposiciones legales antes citadas, el inciso final del artículo 260⁷ del RGLOSNCNP contempla que las garantías rendidas estarán vigentes **“hasta la fecha de suscripción del acta de entrega recepción definitiva”** y agrega que: **“En el caso de la garantía de buen uso de anticipo, se mantendrá vigente y se reducirá en la proporción que se vaya amortizando o se reciban provisionalmente las obras o bienes. (...)”** (El resaltado me corresponde). El artículo 263 ibídem enfatiza que: **“Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan”** y, en el caso de la garantía original de fiel cumplimiento del contrato establece que: **“se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única”** mientras que, al referirse a la garantía original de buen uso del anticipo señala que: **“se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad”** (El resaltado me corresponde). El inciso final del citado artículo menciona además que: **“Una vez cumplidos los requisitos para devolución de las garantías, la entidad contratante no tendrá justificativo para demorar la entrega de las mismas”** (El resaltado me corresponde).

En relación con la entrega del anticipo, el artículo 265 del RGLOSNCNP establece en su primer inciso que: **“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”**, el cual no podrá exceder del 50% del monto total de la contratación. Añade el tercer inciso del artículo ibídem que: **“El anticipo entregado con ocasión de un contrato de ejecución de servicios u obra será amortizado proporcionalmente”** en las planillas presentadas hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado y **constará de un cronograma que será parte del contrato”** (El resaltado me corresponde).

Los incisos cuarto y final del citado artículo 265 del RGLOSNCNP contemplan la posibilidad de que los adjudicatarios, previo a la suscripción del contrato, puedan solicitar **“el cambio de forma de pago para que este sea del cien por ciento contra entrega”**, pudiendo las partes, por mutuo acuerdo, cambiar la forma de amortización de los pagos, durante la ejecución del contrato, a través de un contrato complementario.

En este sentido, el inciso primero del artículo 265.1 ibídem, respecto de la amortización del anticipo en los contratos de ejecución de obras y prestación de servicios, con modalidad de tracto sucesivo, señala que se realizará **“en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado”** (El resaltado me corresponde). El inciso segundo del artículo ibídem dispone además

⁶ Codificación de Resoluciones del SERCOP, expedida el 31 de agosto de 2016 y publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 245 de 29 de enero de 2018. “Art. 530.10.- Atribuciones comunes del administrador del contrato.- A más de las establecidas en la ley en el respectivo instrumento contractual, son funciones comunes del administrador del contrato las siguientes. (...)”.

⁷ Artículo reformado por el artículo 40 del Decreto Ejecutivo No. 550, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 138 de 31 de agosto de 2022.

que, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 95 de la LOSNCP⁸, el contratista podrá demostrar mediante la presentación de todos los medios probatorios jurídicos y procesales, que el anticipo contractual que le ha sido entregado **“ha sido devengado en la ejecución de las obras o servicios, teniendo esta figura, las mismas consecuencias y efectos de la amortización del anticipo”** (El resaltado me corresponde).

De otro lado, el Acuerdo No. 004-CG-2023 que contiene las vigentes *“Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos”*⁹ (en adelante, *“Acuerdo No. 004-2023”*), en el número 403 *“TESORERÍA”*, 403-12 *“Control y Custodia de Garantías”* prevé:

“En los contratos que celebren las entidades del sector público, para asegurar el cumplimiento de éstos, se exigirá a los oferentes o contratistas la presentación de las garantías en las condiciones y montos señalados en la ley.

(...)

La Tesorería de cada entidad pública ejercerá un control adecuado y permanente de las garantías con el fin de verificar su veracidad, conservarlas y protegerlas (...)

La Tesorería coordinará con el administrador de contrato sobre los vencimientos y ejecución de las garantías e informará oportunamente al nivel superior a fin de que se tomen las decisiones correspondientes, en cuanto a requerir su renovación o ejecución”. (El resaltado me corresponde).

Adicionalmente, las Normas Técnicas del SINFIPI, en el número 5 *“NORMATIVA DEL COMPONENTE DE TESORERÍA”*, desarrolla las Normas Técnicas de Tesorería (en adelante, *“NTT”*), entre ellas, la NTT 7 *“CUSTODIA DE GARANTÍAS Y VALORES”* que, según su *“Alcance”*, aplica entre otros, para *“La custodia y gestión de cualquier tipo de garantía que haya sido rendida por proveedores de bienes y servicios o*

⁸ LOSNCP. “Art. 95.- Notificación y trámite.- (Reformado por el Art. 22 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013).- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

(...)
Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

(...)" (el resaltado me corresponde).

⁹ Acuerdo No. 004-CG-2023, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero 2023.

contratistas de obras, para respaldar los contratos suscritos con entidades públicas”, según lo dispuesto por la LOSNCP.

En cuanto al “Control de Vencimiento de Garantías”, el número 12 de la NTT 7 señala que: **“El funcionario custodio de las garantías, deberá verificar que la garantía se encuentre vigente cuando se requiera realizar el pago de una obligación de un contrato asociado a esa garantía”**; y, respecto de la “Devolución de Garantías”, la misma NTT 7 refiere lo siguiente:

“18. Una vez que el proveedor o contratista entregue los bienes, servicios u obras objeto del contrato y se hayan cumplido las condiciones que ocasionaron la emisión de las garantías, la entidad procederá con la devolución de los documentos originales de las garantías.

(...)

20. Se debe tener en cuenta que **la garantía de buen uso de anticipo deberá ser devuelta una vez que se haya devengado el valor total anticipado, o se proceda a la restitución de valores no devengados por parte del proveedor o contratista a la entidad pública contratante, en los casos de liquidación del contrato y por ende del anticipo concedido**” (El resaltado me corresponde).

Las Normas Técnicas del SINFIP, en el número 2.3 “NORMAS TÉCNICAS DE PRESUPUESTO”, incluyen las Normas Técnicas de Presupuesto¹⁰ (en adelante, “NTP”), entre ellas, la NTP 14 “DEVENGADO” que respecto del “Reconocimiento de la Obligación” señala que: **“1. Es la instancia de la ejecución presupuestaria por la que se reconoce la existencia de una obligación con un tercero como consecuencia de la recepción de bienes, servicios u obras adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido**”, haya habido o no compromiso previo (El resaltado me corresponde). Respecto del “Registro de la Obligación”, la NTP 14 dispone:

“6. El registro de las obligaciones se hará dentro de las cuotas mensuales de devengado establecidas en la programación financiera vigente.

7. El registro del devengado, según el caso, requerirá contar como base mínima, con:

- Documento de registro del compromiso con la documentación de respaldo, que constituirá la documentación justificativa.
- Informes técnicos, de cumplimiento a satisfacción, de administradores de contrato aprobados por autoridad competente.
- **Actas de entrega-recepción en los términos dispuestos en la legislación de contratación pública.** Los bienes y servicios recibidos guardarán conformidad plena con la cantidad y calidad descritas o detalladas en la factura o en el contrato.

¹⁰ “2.3 NORMAS TÉCNICAS DE PRESUPUESTO

Las Normas Técnicas de Presupuesto contienen el conjunto de lineamientos, directrices, procedimientos, técnicas, instrumentos y mecanismos necesarios para la gestión de los presupuestos de las entidades públicas en el marco del Componente de Presupuesto del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas (SINFIP)”,

- Actas de ingresos a bodega.
- **Garantías vigentes.**
- Facturas originales.
- Información general de los beneficiarios de los pagos de las obligaciones.

8. **En el caso de recepciones sucesivas de bienes, servicios u obras, la documentación justificativa se exigirá solamente para la primera ocasión; en adelante corresponderá a aquella que constituya el soporte justificativo del devengado que corresponda**” (El resaltado me corresponde).

De manera referencial, resulta apropiado señalar que el Manual de Contabilidad Gubernamental¹¹, en el número “2.1.4 DEVENGADO”, agrega lo siguiente:

“En la Contabilidad Gubernamental los hechos económicos serán registrados en el momento que ocurran, haya o no movimiento de dinero, como consecuencia del reconocimiento de derechos u obligaciones ciertas, vencimiento de plazos, condiciones contractuales, cumplimiento de disposiciones legales o prácticas comerciales de general aceptación” (El resaltado me corresponde).

El artículo 425 de la CRE dispone que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía “*la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*”. El numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹² (en adelante, “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 resaltado me corresponde). Así mismo, el número 7 del artículo 3 de la LOGJCC, en armonía con el número 1 del artículo 18 del Código Civil¹³ el cual prevé que: “*Cuando el sentido de la ley es claro, se atenderá su tenor literal*”.

Finalmente, el numeral 5 del artículo 3 de la LOGJCC señala 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*”.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la LOSNCP establece los principios, prohibiciones y normas comunes aplicables a las contrataciones sujetas a su ámbito de aplicación; *ii)* las garantías respaldan las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, en salvaguarda del interés público, y deben ser devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan, sin que la entidad contratante pueda demorar su entrega; *iii)* la garantía de buen uso de anticipo debe reducirse en la proporción en que se vaya

¹¹ Manual de Contabilidad Gubernamental, contenido en Acuerdo Ministerial No. 320 del 19 de diciembre de 2005, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 175 de 28 de diciembre de 2005, reformado mediante Acuerdo Ministerial No. 326 de 19 de septiembre de 2006, publicado en Registro Oficial No. 368 del 2 de octubre de 2006.

¹² LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹³ Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

02712

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

SERVICIO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
001587-2023
Página. 9

amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios; y debe ser devuelta cuando el contratista haya demostrado que se ha devengado en los términos previstos en el RGLOSNC; iv) en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se debe devolver al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta, siempre y cuando en la liquidación no exista un saldo pendiente por multas a favor de la entidad contratante, de conformidad con los artículos 74 inciso final y 94 número 7 de la LOSNCP; v) en los demás contratos, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá a la firma del acta recepción única o según lo estipulado en el contrato principal; y, vi) las normas técnicas de contabilidad, tesorería y presupuesto, en el marco de la ejecución de los contratos sujetos a la LOSNCP, deberán ser entendidas de manera integral con esa ley, su reglamento y demás normas aplicables.

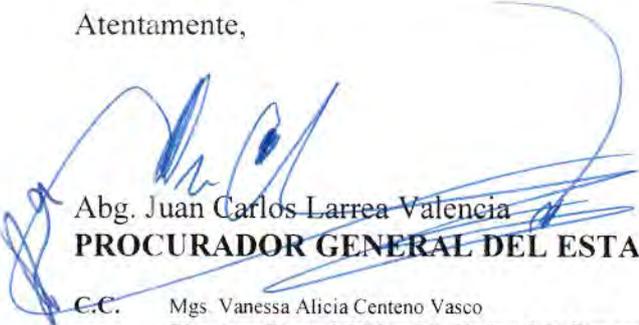
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, por disposición de los artículos 77 de la LOSNCP y 260 y 263 de su Reglamento General, la garantía de fiel cumplimiento del contrato prevista en el artículo 74 de la mencionada ley debe mantenerse vigente hasta la fecha de suscripción, en legal y debida forma, del acta de entrega recepción definitiva o única, real o presunta, según el tipo de contratación, siempre que la misma no necesite ejecutarse, cuando en la liquidación haya un saldo a favor de la entidad contratante.

En atención a los términos de su segunda consulta se concluye que, por disposición de los artículos 4 y 77 de LOSNCP y 260 y 263 de su Reglamento General, la garantía de buen uso del anticipo prevista en el artículo 75 de la citada ley debe mantenerse vigente hasta la suscripción de la correspondiente acta de entrega recepción definitiva o única, para lo cual, se deducirá la parte que se haya amortizado o recibido provisionalmente de las obras o bienes, considerando adicionalmente lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 265.1 del mencionado reglamento, según el caso, en observancia del principio de trato justo.

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

Atentamente,


Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Oficio N° 02732

Quito, DM., 29 JUN 2023

Magíster

Julio José Prado Lucio Paredes

MINISTRO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. MPCEIP-MPCEIP-2023-0097-O, de 9 de marzo de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 14 de del mismo mes y año, se formuló la siguiente consulta:

“¿Es el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones o el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, el competente para emitir la reglamentación de los procesos de seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión relativos a la sustitución de importaciones?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se depende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 01299, 01300, 01301 y 01302 de 14 de marzo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”); a la Secretaría General de la Administración Pública y Gabinete de la Presidencia de la República (en adelante, “SGAP”); al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (en adelante, “MREMH”); y, a la Secretaría Nacional de Planificación (en adelante, “SNP”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 01621, 01622, 01623 y 01624 de 5 de abril de 2023, se insistió en dichos requerimientos a la SGAP, al MREMH, a la SNP y al MEF.

1.2. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas a este organismo en su orden: *i*) por la SNP con oficio No. SNP-SNP-2023-0163-OF de 20 de marzo de 2023, recibido en el correo institucional el 6 de abril del presente año, al cual se adjuntó el memorando No. SNP-CGAJ-2023-0006-M de 4 de enero del 2023; *ii*) por el MEF, mediante oficio No. MEF-MEF-2023-

0234-O de 11 de abril de 2023, ingresado por correo institucional el 13 de los mismos mes y año, al que se acompañó el criterio jurídico No. MEF-CGJ-2023-0271-M de 28 de marzo del presente año; *iii*) por el MREMH a través de oficio No. MREMH-CGAJ-2023-0020-OF de 19 de abril de 2023, recibido en el correo institucional el mismo día; y, *iv*) por la SGAP, con oficio No. PR-SGAGPR-2023-0014-O de 21 de abril de 2023, ingresado en el correo institucional el 24 de los mismos mes y año.

1.3. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante, “MPCEIP”), contenido en memorando No. MPCEIP-CGAJ-2023-0089-M de 3 de marzo de 2023, citó los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 14, 18, 53, 55, 65, 130 y 131 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante, “COA”); 15 y 29 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones³ (en adelante, “COPCI”); 11.1 letras a, c, k y o, 11.3 letras a, e, i; 18, 38, y 39 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el COPCI⁴ (en adelante, “RICOPCI”); y, 2 del Decreto Ejecutivo No. 252 de 22 de diciembre de 2017⁵ (en adelante “DE 252”), a través de cual se creó el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (en adelante, “CEPAI”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“3. ANÁLISIS:

(...) el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (en adelante “COPCI”), determina que, el Comité Estratégico de Promoción Atracción de Inversiones (en adelante “CEPAI”) **será la máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones**. Adicionalmente, se establece que dicho cuerpo colegiado, será el encargado de promover políticas públicas de fomento, atracción y protección a la inversión nacional y extranjera, que tengan como fin facilitar y apoyar los procesos de inversión.

Las atribuciones del CEP AI, señaladas en el artículo 11.1, del Reglamento al Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, contempla la definición de políticas de fomento, promoción, y atracción de las inversiones y la **aprobación de normas y resoluciones que instrumenten su consecución**, es decir, la **competencia normativa de carácter administrativo** recae sobre el CEP AI.

Respecto del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; el artículo 11.3 del Reglamento al Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, determina como competencia de dicha cartera de Estado la de diseñar políticas públicas, normas y programas de fomento, promoción y

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

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

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

⁴ RICOPCI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011.

⁵ DE 252, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 158 de 11 de enero de 2018.

atracción de las inversiones, **para aprobación del Comité Estratégico**, de lo cual se infiere que el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; **no goza de competencia normativa de carácter administrativo**.

Bajo las premisas expuestas, resulta oportuno analizar el inciso final del artículo 39 del Reglamento al Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, el cual determina:

*“El Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones **definirá** los lineamientos generales para el seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión y el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca **podrá** desarrollar instrumentos y definir procedimientos diferenciados para el monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión, de ser el caso.”* (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

De la redacción del inciso final del artículo 39 del citado cuerpo normativo, el cual ha causado una aparente dificultad en su aplicación por parte de las instituciones que conforman el CEPAI; se desprende que dicho Comité, **obligatoriamente** debe definir los lineamientos generales para el seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión dado que es el órgano que goza de competencia normativa de carácter administrativo (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

Por su parte, el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; **facultativamente**, con sustento en los lineamientos generales emitidos por el CEPAI a través de su competencia de carácter administrativo, puede **desarrollar instrumentos y definir procedimientos** diferenciados para el monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

De lo señalado, se infiere con claridad meridiana, por un lado, que el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; **no goza de competencia normativa de carácter administrativo**, y, por otro lado, que de momento esta cartera de Estado, no cuenta con normativa de carácter general que defina la “Metodología de monitoreo de contratos de Inversión en sector de sustitución de importaciones”, la cual debe ser emitida por CEPAI, y que permitiría en todo caso, con aquella normativa de sustento, desarrollar cualquier instrumento o procedimiento adicional (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

Finalmente, es oportuno advertir que la posición de las instituciones que componen el CEPAI, acarrearía que el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; incurra en la prohibición de emitir actos

normativos de carácter administrativo sin competencia legal o constitucional, de acuerdo a lo determinado en el numeral 6, del artículo 131 del COA.

Dicha competencia, como hemos señalado a lo largo de este análisis le corresponde al CEPAI, como máxima autoridad en materia de inversiones.

4.- POSICIÓN INSTITUCIONAL:

(...)

En virtud de la normativa expuesta y el análisis efectuado, al CEPAI le corresponde emitir la reglamentación para normar el proceso de monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión, en su calidad de autoridad en materia de inversiones. En este sentido, es el CEPAI la instancia competente para expedir la metodología para regular el monitoreo para el caso de sustitución del sector de importación, lo cual coadyuvará al fortalecimiento del marco jurídico en materia de inversiones”.

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la SNP, con base en las mismas normas invocadas por la entidad consultante, concluyó lo siguiente:

“2. Criterio jurídico

La normativa antes expuesta determina las atribuciones que tienen tanto el Comité Estratégico de Promoción de y (sic) Atracción de Inversiones, como el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca en el ámbito del monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión.

Así, el artículo 39 del Reglamento de Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones determina que, en cuanto a la definición de **lineamientos generales** para el seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión, los realizará el Comité Estratégico de Promoción de y (sic) Atracción de Inversiones; mientras que, de tratarse **de instrumentos y procedimientos diferenciados** para el seguimiento y monitoreo, lo **podrá** efectuar el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (el resaltado me corresponde).

Es por ello que, dependiendo del contenido del instrumento, le corresponde a una determinada instancia su desarrollo y definición; **por lo que es necesario que en todos los casos se tenga presente el alcance del mismo** (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

En este orden de ideas, en el caso en específico, conforme se desprende de la información proporcionada en el memorando de referencia, se infiere que la Metodología para seguimiento de contratos de inversión a sectores de sustitución de importaciones y fomento de exportaciones responde a un instrumento

diferenciado, por lo que esta Coordinación considera que su definición y desarrollo lo puede efectuar el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca”.

1.5. Por otro lado, el criterio jurídico del MEF citó, además de los artículos mencionados, la Resolución No. 0017-CEPAI-2019 mediante la cual se aprobó el Procedimiento General de Monitoreo de los Contratos de Inversión, de Expedientes Administrativos que se Generen por Incumplimientos y Aplicación de Sanciones previstas en la Normativa (en adelante, “Resolución 17”), luego de lo cual concluyó lo siguiente:

“III. Análisis y conclusión

Por lo expuesto, sobre la base normativa contenida en el acápite II de este informe, y, toda vez que este asunto ha sido revisado y analizado por la Dirección Jurídica de Administración Financiera, esta Coordinación General Jurídica concluye que si bien es cierto el CEPAI tiene como una de sus atribuciones monitorear, esta competencia la ejerce a través de su Secretaría Técnica que en este caso es el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, por lo que, en el caso específico es dicha Cartera de Estado la que debe realizar el procedimiento diferenciado para monitoreo a la compañía DE PRATI S.A. pues, como se definió en el Acta de la Sesión Octava, este inversionista tenía previsto que entregaría la información con regularidad para que sea monitoreada conforme las condiciones del contrato.

Por consiguiente, al no referirse a una reglamentación que se vaya a aplicar de manera general sino a una sola empresa como quedó definido en la Sesión Octava de este cuerpo colegiado que se encuentra dentro de esas características, el Comité no puede someter a aprobación dicha metodología, sino conocerla en virtud de que, al CEPAI le corresponde evaluar si los resultados arrojados la (sic) metodología específica llegan a establecer de manera diáfana la aplicación de la norma de la que se ha hecho beneficiario el inversionista”.

1.6. El criterio jurídico del MREMH citó, además, los artículos 233 y 424 de la CRE; 3, 9 y 28 del COA; 4 del COPCI; 42 del RCOPCI; 3 del DE 252; y, 4, 5 y 6 de la Resolución 17, con base en lo cual concluyó:

“Ahora bien, cabe mencionar que el motivo de la consulta realizada a la Procuraduría General del Estado por el señor Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, surge debido a que, esa Cartera de Estado considera que el proceso de seguimiento y monitoreo del contrato de inversión suscrito con la empresa denominada Almacenes DE PRATI debe ser establecido como un procedimiento general que debe aplicarse a todos los contratos de inversión relativos a la sustitución de importaciones, pretendiendo que el CEPAI sea el órgano que apruebe dicha metodología.



Sin embargo, en las sesiones del Subcomité Técnico Interinstitucional del CEPAI en las que se han tratado este tema, se ha señalado que el caso de la empresa Almacenes DE PRATI, por la naturaleza misma de las actividades de dicha compañía, es la única compañía que ha suscrito hasta la fecha un contrato de inversión relativo a sustitución de importaciones, por lo que, en el monitoreo y seguimiento de las obligaciones contractuales, se deberá demostrar que existe la reducción de costos entre el productor y el consumidor final; por tal motivo se considera que, este es un proceso diferenciado sobre el resto de contratos de inversión relativo a sustitución de importaciones que pueda suscribir a futuro el Estado ecuatoriano.

Por lo expuesto, del análisis de la normativa jurídica vigente, que en lo esencial se cita en el acápite II de este informe, esta Instancia Jurídica de la Cancillería, en ejercicio de las competencias contenidas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, considera que la legislación ecuatoriana determina con exactitud que el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones definirá los lineamientos generales para el seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión y el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca podrá desarrollar instrumentos y definir procedimientos diferenciados para el monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión de conformidad al artículo 39 del Reglamento de Inversiones del COPCI, motivo por el cual, se ratifica el contenido del criterio expedido mediante Memorando Nro. MREMH-CGAJ-2023-0003-M, de 3 de enero de 2023”.

1.7. Finalmente, el criterio jurídico de la SGAP citó los artículos 3 letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶ (en adelante LOPGE), luego de lo cual se limitó en señalar que es el Procurador General del Estado “*quien deberá absolver las consultas jurídicas en relación a la aplicación en el ordenamiento jurídico*”.

1.8. De lo expuesto se observa que, el informe jurídico del MPCEIP difiere de los criterios jurídicos del MEF, del MREMH y de la SNP. Al respecto, la entidad consultante considera que no goza de competencia normativa de carácter general para definir una “*Metodología de monitoreo de contratos de Inversión en sector de sustitución de importaciones*”, considerando que es el CEPAI quien debe emitir dicha normativa o cualquier procedimiento adicional.

Por su parte, el MEF, el MREMH y la SNP coinciden en manifestar que, corresponde al MPCEIP emitir la normativa para el control, monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión, en los procesos diferenciados relativos a la sustitución de importaciones.

2.- Análisis. -

⁶ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

Para atender su consulta se debe considerar que, de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes, considerando para el efecto que los servidores públicos deben ejercer únicamente las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico; quienes tienen el deber de *“coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

En este sentido, respecto al principio de coordinación, el artículo 9 del COA prevé que las administraciones públicas *“desarrollan sus competencias de forma racional y ordenada, evitan las duplicidades y las omisiones”*. Concordante, el artículo 28 ibídem, que contiene el principio de colaboración, establece que las administraciones *“trabajarán de manera coordinada, complementaria y prestándose auxilio mutuo. Acordarán mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos”*. El citado artículo agrega en su último inciso que, en las relaciones entre las distintas administraciones públicas, *“el contenido del deber de colaboración se desarrolla a través de los instrumentos y procedimientos, que de manera común y voluntaria, establezcan entre ellas”*.

Por su parte, el artículo 3 del COPCI dispone que su objeto es *“regular el proceso productivo”*, así como también *“generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva”*. A su vez, la letra n) del artículo 4 ibídem establece como uno de sus fines el *“Potenciar la sustitución estratégica de importaciones”*.

En ese orden de ideas, el artículo 15 del COPCI prevé que el CEPAI será la *“máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones”*, y será también el encargado de promover las políticas públicas de fomento, atracción y protección a la inversión nacional y extranjera, que tengan como fin facilitar y apoyar los procesos de inversión. Al efecto, el inciso segundo del referido artículo agrega que este órgano podrá *“definir y coordinar los mecanismos que brinden información a inversionistas, viabilizar soluciones expeditas al inversor y promover las medidas necesarias a efectos de prevenir eventuales litigios en materia de inversiones”*.

Adicionalmente, el artículo 29 ibídem refiere que el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los inversionistas está a cargo del ente rector de inversiones. Para tal fin, el Servicio de Rentas Internas (en adelante, “SRI”) enviará *“semestralmente al ente rector de las inversiones, el listado de todas las sociedades nuevas que hayan aplicado a los incentivos”* con el objeto de elaborar un registro electrónico. Estas dos entidades en conjunto, realizarán controles para *“verificar el cumplimiento de los criterios que motivaron la aplicación del incentivo, relacionados con la inversión realizada”*. El último inciso del referido artículo prevé que el Reglamento establecerá los parámetros del monitoreo. Si el beneficiario no cumple con lo requerido, el ente rector de las inversiones remitirá al CEPAI un informe detallado

sobre la gravedad de los incumplimientos que no han sido subsanados y la recomendación de las sanciones pertinentes de acuerdo con la gravedad del incumplimiento.

En ese orden de ideas, la letra a) y o) del artículo 11.1 del RICOPCI, incluyen entre las atribuciones del CEPAI:

“a) Definir políticas de fomento, promoción, y atracción de las inversiones y **aprobar normas y resoluciones que instrumenten su consecución, (...)**

o) **Monitorear a través de la Secretaria Técnica el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de los inversionistas** que hubieren firmado contratos de inversión” (el resaltado me corresponde).

En armonía con lo mencionado, las letras a) e i) del artículo 11.3 del RICOPSI, determinan entre las atribuciones del MPCEIP, las siguientes:

“a) Diseñar políticas públicas, normas y programas de fomento, promoción y atracción de las inversiones, para aprobación del Comité Estratégico; (...)

i) **Realizar el seguimiento y monitoreo de la gestión de los programas, actividades y proyectos aprobados y emprendidos en el ámbito de inversiones, así como del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales** asumidas por los inversionistas en los contratos de inversión” (el resaltado me corresponde).

El artículo 18 del RICOPSI contempla varios sectores como claves para la sustitución estratégica de importaciones y para el fomento de exportaciones, entre los que constan sectores relacionados con la fabricación de sustancias químicas básicas; fabricación de plaguicidas y otros productos químicos de uso agropecuario; fabricación de jabones y detergentes, preparados para limpiar y pulir, perfumes y preparados de tocador; fabricación de otros productos químicos; fabricación de productos de cerámica; fabricación de receptores de radio, televisión, celulares y productos conexos para el consumidor; fabricación de prendas de vestir y materiales textiles; fabricación de cuero y calzado; fabricación de aparatos de uso doméstico; y, fabricación de cemento.

De su parte, el inciso primero del artículo 38 del RICOPCI reitera que el MPCEIP será el encargado de realizar el seguimiento y monitoreo a los contratos de inversión, llevando un registro de los contratos de inversión suscritos y de los “*incumplimientos reportados con base en los lineamientos que para el efecto determine el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones*” (el resaltado me corresponde).

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 39 del citado reglamento, los inversionistas y/o sociedades receptoras, que hayan suscrito un contrato de inversión “*están sujetos al seguimiento y monitoreo en la ejecución de sus proyectos de conformidad con el objeto, monto, empleo, plazo, y demás compromisos establecidos*

en el contrato” el mismo que podrá ejecutarse en cualquier momento durante la vigencia de esos contratos. El inciso tercero de la norma en cita señala que el CEPAI “definirá los **lineamientos generales para el seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión**” y el MPCEIP “**podrá desarrollar instrumentos y definir procedimientos diferenciados para el monitoreo y seguimiento de los contratos de inversión, de ser el caso**” (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con el artículo 1 del DE 252, se declara política de Estado la “**atracción y promoción de inversión**”, en esa línea, su artículo 2 crea el CEPAI como un cuerpo colegiado intersectorial de la Función Ejecutiva “**encargado de la coordinación interinstitucional para promover, atraer, facilitar, concretar y mantener la inversión extranjera en el Ecuador**”; así como también “**la aprobación de los proyectos de inversión; y del acompañamiento a la implementación de inversiones**”; correspondiendo la presidencia de ese órgano al Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones (actual MPCEIP), en su calidad de delegado del Presidente de la República.

Así mismo, el artículo 3 del DE 252, en concordancia con lo previsto en el artículo 11.1 del RICOPCI, prevé como atribuciones del CEPAI el definir políticas de fomento, promoción y atracción de las inversiones, así como “**Aprobar los proyectos de inversión y autorizar la suscripción de contratos de inversión**”.

El artículo 4 del DE 252, concordante con el artículo 11.3 del RICOPSI, establece entre las atribuciones del MPCEIP el “**Realizar el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas por los inversionistas en los contratos de inversión**” (el resaltado me corresponde).

Cabe añadir que la Disposición General Primera del referido decreto ejecutivo designa al CEPAI como la “**máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones**” y su Disposición General Quinta contempla al MPCEIP como “**autoridad nacional competente en materia de inversiones previstas en otras leyes y reglamentos**”.

Finalmente, mediante Resolución 17, el CEPAI emitió el “**Procedimiento General de Monitoreo de los Contratos de Inversión, de Expedientes Administrativos que se generen por Incumplimientos y Aplicación de Sanciones Previstas en la Normativa**”, siendo una codificación de normas dispersas en varios cuerpos legales y a su vez su contenido ordena el proceso que deben seguir los organismos involucrados en el procedimiento general de monitoreo de los contratos de inversión.

De lo manifestado se observa que: *i)* el CEPAI es la máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones; *ii)* es atribución del CEPAI promover políticas públicas relacionadas al fomento, atracción y protección a la inversión tanto nacional como extranjera; *iii)* le corresponde al MPCEIP diseñar normas relacionadas para el fomento, atracción y promoción de inversiones; así como realizar el seguimiento y monitoreo del cumplimiento de obligaciones contractuales de los contratos de inversión; y, *iv)* el CEPAI, como cuerpo colegiado, define los lineamientos generales para el monitoreo de contratos de inversión en tanto que, el MPCEIP es el responsable



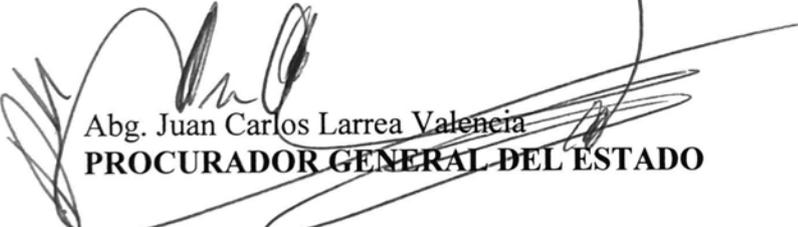
de desarrollar los instrumentos y procedimientos para el monitoreo de los contratos de inversión.

3. Pronunciamento. -

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones es el encargado de dictar los lineamientos generales tanto para el seguimiento como para el monitoreo de los contratos de inversión, mientras que es competencia del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca elaborar los procedimientos diferenciados para el seguimiento y monitoreo de dichos contratos. En consecuencia, corresponde a esa cartera de Estado emitir la reglamentación de los procesos de seguimiento y monitoreo de los contratos de inversión relativos a la sustitución de importaciones.

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. Eco. Pablo Arosemena Marriott,
Ministro de Economía y Finanzas

Sr. Sebastián Mateo Corral Bustamante,
Secretario General de la Administración Pública y Gabinete de la Presidencia de la República

Ing. Gustavo Rafael Manrique Miranda,
Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

Eco. Jairon Merchán Haz,
Secretario Nacional de Planificación



Oficio N° 102735

Quito, D.M., 29 JUN 2023

Magíster
Juan Carlos Soria Cabrera
DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL
DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2023-0215-OF, de 27 de abril de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“¿Debe la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para la celebración de los contratos de concesión la (sic) para la prestación del servicio público de telecomunicaciones como el Servicio Móvil Avanzado, requerir el dictamen previsto en el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”

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. 01972 y 01973, de 4 de mayo de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a los Ministerios de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”), y de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en adelante, “MINTEL”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta.
- 1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas en el correo institucional único de esta institución, en su orden: *i)* por la ministra del MINTEL, con oficio No. MINTEL-MINTEL-2023-0341-O, de 15 de mayo de 2023, ingresado el 17 de los mismos mes y año, al que se adjuntó el memorando No. MINTEL-CGJ-2023-0255-M, de 12 de mayo de 2023, suscrito por el Coordinador General Jurídico de esa cartera de Estado; y, *ii)* por el ministro del MEF, mediante oficio No. MEF-MEF-2023-0324-O, de 24 de mayo de 2023, ingresado al día siguiente, al que se adjuntó el informe técnico del Subsecretario de Política Fiscal, encargado, contenido en memorando No. MEF-SPF-2023-0106-M, de 16 de mayo de 2023 y, el criterio jurídico del Coordinación General Jurídico, encargado, contenido en memorando No. MEF-CGJ-2023-0445-M, de 18 de los mismos mes y año.

- 1.3. El criterio jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2023-0005, de 27 de abril de 2023, suscrito por el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante, "ARCOTEL"), citó los artículos 74, número 15, del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹ (en adelante, "COPLAFIP"); 25 de la Reforma y Codificación al Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico² (en adelante, "ROTH") expedido por el Directorio de la ARCOTEL; y 4 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA"), con fundamento en los cuales manifestó y concluyó lo siguiente:

"Del texto del artículo se puede apreciar que para que sea exigible el dictamen se deben cumplir con los siguientes requisitos:

i. Que el acto se trate de un proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo; y,

ii. Que el acto tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero.

De la revisión del caso, se considera que los contratos de concesión que administra la entidad y que son objeto de análisis no cumplirían la primera condición prevista en los requisitos antes indicados. Tal conclusión se evidencia al analizar los presupuestos jurídicos previstos en el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

(...)

A base del texto citado, se evidencia a todas luces que **los actos destinatarios del dictamen previstos en la normativa citada únicamente son aquellos que, como las leyes, tengan efectos generales** que impacten en los recursos públicos (El resaltado me corresponde).

De esta forma, en el presente caso, el sector de las telecomunicaciones es un sector estratégico cuya prestación de los servicios públicos que derivan de él, tal como el servicio móvil avanzado por parte de personas jurídicas de derecho privado, requiere del otorgamiento previo de un contrato de concesión, el cual es el título habilitante para el operador privado. Para demostrar esto, nos remitimos al artículo 25 de la Reforma y Codificación al Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico (...).

Como se puede constatar de lo citado, **el contrato de concesión que se suscribe para la prestación de servicios de telecomunicaciones que celebra la ARCOTEL, no se trata de un acto normativo de efectos generales. Más bien, es un contrato administrativo**

¹ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

² ROTH, expedido mediante resolución No. 15-16-ARCOTEL-2019, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 144 de 29 de noviembre de 2019.

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.



02735

que produce efectos exclusivamente entre ARCOTEL y el beneficiario del contrato. **Por tanto, al no tener la condición de efectos generales no cumple con el primer requisito para que le sea exigible el dictamen previo del numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas** (El resaltado me corresponde).

(...)

3. Conclusión

Por todo lo indicado se concluye que para la celebración de los contratos de concesión que suscribe la ARCOTEL para la prestación del servicio público de telecomunicaciones no se requiere el dictamen previo del numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

- 1.4. El criterio jurídico del MINTEL, además de la normativa invocada por la consultante, citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante, “CRE”); 125 del COA; y, 140, 141, 142 y 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁵ (en adelante, “LOT”), y sobre dicha base manifestó y concluyó:

“En este orden de ideas, **el contrato de concesión al ser un contrato administrativo no se enmarca en los presupuestos referidos en el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ya que, el artículo en mención, está orientado a la emisión del dictamen respecto de actos normativos** que generen un impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero (El resaltado me corresponde).

(...)

4. CONCLUSIÓN:

En virtud de lo expuesto, esta Coordinación concluye que al versar la consulta sobre la aplicación de numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, esta se encuentra vinculada al otorgamiento de títulos habilitantes competencia de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

No obstante, **al constituir el título habilitante un contrato administrativo que conlleva el acuerdo de las partes conforme lo previsto en el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, se considera no aplicable lo previsto en el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”** (El resaltado me corresponde).

⁴ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, “Art. 237.- Corresponde a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: (...) 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”. (...)” (lo resaltado me corresponde).

⁵ LOT, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No.439, de 18 de febrero 2015.

- 1.5. Por su parte, el criterio jurídico del MEF, además de las disposiciones señaladas por la consultante y el MINTEL, citó los artículos 286, 313, 314 y 316 de la CRE; 7, 37, número 1, y 50 de la LOT; 71, 72, 74 número 4, y el artículo innumerado a continuación del 102 del COPLAFIP; 48 y la Disposición General Primera del Reglamento para Asociaciones Público Privadas⁶ (en adelante, “RAPP”); el Acuerdo Ministerial⁷ No. 0018 del MEF, que contiene los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los proyectos de gestión delegada al sector privado; Guía para la elaboración del expediente de riesgos y sostenibilidad; y Lineamientos para el análisis y la estructuración financiera” (en adelante “Acuerdo 18”); y el Acuerdo Ministerial⁸ No. 0019 del MEF, que contiene la “Norma Técnica de Constitución y Funcionamiento del Comité de Riesgos Fiscales” (en adelante, “Norma Técnica CRF”), luego de lo cual expuso:

“III.- Análisis y conclusión.-

Por lo expuesto, una vez realizado el respectivo análisis por parte de la Dirección Jurídica de Administración Financiera, y de conformidad con la normativa citada en el acápite II del presente Informe, la Coordinación General Jurídica en relación a la consulta realizada por la ARCOTEL, respecto al dictamen requerido para la celebración del contrato de concesión del servicio público de telecomunicaciones, considera que la normativa citada en el presente documento es clara, por lo que se concluye que **el contrato de concesión del servicio de telecomunicaciones requiere la emisión del dictámen (sic) dispuesto en el artículo 74 numeral 15 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.**

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso se considere el dictamen de riesgos fiscales y de sostenibilidad fiscal que se encuentra previsto en la Disposición General Primera del Reglamento para asociaciones público privadas mismo que hace concordancia con el numeral 4 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

(...) es importante precisar que la Subsecretaría de Política Fiscal en su informe señala que la ARCOTEL realizó previamente a este Ministerio una consulta sobre la misma materia de análisis, cuya respuesta institucional consta en el oficio Nro. MEF-SPF-2023-0020-O de 22 de marzo de 2023 adjunto al presente” (El resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el informe técnico del Subsecretario de Política Fiscal, encargado, contenido en memorando No. MEF-SPF-2023-0106-M, de 16 de mayo de 2023, refiere el siguiente antecedente relacionado con la materia de la consulta de la ARCOTEL:

“Es importante tener en cuenta que los argumentos aquí expuestos ya fueron informados oportunamente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con Oficio Nro. MEF-SPF-2023-0020-O de 22 de marzo de

⁶ RAPP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 333 de 19 de noviembre de 2020.

⁷ Acuerdo 18, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 14 de abril de 2022

⁸ Norma Técnica CRF, expedida por el MEF mediante Acuerdo Ministerial No. 19, publicado en el Registro Oficial No. 54, de 3 de mayo de 2022.



102735

2023, manifestando que debe 'obtener el Dictamen de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales de forma previa a la suscripción de todo contrato de concesión'. Oficio que fue emitido en respuesta a la consulta realizada por la entidad con Oficio Nro. ARCOTEL-ARCOTEL-2023-0078-OF de 16 de febrero de 2023" (El resaltado me corresponde).

Sobre la base de los informes de la Coordinación General Jurídica y de la Subsecretaría de Política Fiscal, el MEF concluyó que:

"En virtud de los criterios técnico y jurídico citados anteriormente, el Ministerio de Economía y Finanzas, en el ámbito de sus competencias, concluye que **el contrato de concesión del servicio de telecomunicaciones requiere la emisión del dictamen previsto en el artículo 74, numeral 15, del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.**

Adicionalmente, **esta Cartera de Estado estima preciso que se considere lo previsto en la Disposición General Primera del Reglamento para Asociaciones Público Privadas que hace referencia a la necesidad de obtener el Dictamen de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales, de forma previa a la suscripción de todo contrato de concesión; en concordancia a lo establecido en el numeral 4 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas"** (El resaltado me corresponde).

- 1.6. De lo expuesto se observa que los criterios jurídicos de la ARCOTEL y el MINTEL concuerdan en que el dictamen del MEF, previsto en el número 15 del artículo 74 del COPLAFIP se refiere únicamente a actos normativos y por tanto no es aplicable a los contratos de concesión, que constituyen títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones.

Por su parte, el MEF difiere y concluye que el dictamen de ese ministerio es aplicable al contrato de concesión en materia de telecomunicaciones, conforme lo previsto por los números 4 y 15 del artículo 74 del COPLAFIP y la Disposición General Primera del RAPP, que prescribe que todo contrato de concesión debe contar con el dictamen de sostenibilidad y riesgos fiscales. Adicionalmente, el MEF informa que sobre la materia de la consulta que la ARCOTEL ha planteado a esta Procuraduría, también se formuló consulta a esa cartera de Estado, habiéndose atendido con oficio No. MEF-SPF-2023-0020-O, de 22 de marzo de 2023, en el que se concluyó se debe obtener el dictamen de sostenibilidad y riesgos fiscales de forma previa a la suscripción de todo contrato de concesión.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* las finanzas públicas y competencias del MEF; y, *ii)* el contrato de concesión en materia de telecomunicaciones.

2.1. Las finanzas públicas y competencias del MEF. -

De acuerdo con el artículo 286 de la CRE, las finanzas públicas se deben conducir de forma sostenible, responsable y transparente, y procurarán la estabilidad económica. Al efecto, el artículo 292 ibídem dispone que el Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante, “GAD”).

Por su parte, el segundo inciso del artículo 1 del 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, respetando la facultad de gestión autónoma que la CRE o las leyes les reconozcan.

El artículo 70 del COPLAFIP define al Sistema Nacional de Finanzas Públicas (en adelante, “SINFIP”) como “*el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos*”, cuya rectoría corresponde al Presidente de la República, quien la ejercerá a través del MEF, de acuerdo con el artículo 71 ibídem.

Como rector del SINFIP, de conformidad con los números 4, 6, 14, 15 y 21 del artículo 74 del COPLAFIP, el MEF tiene atribuciones⁹ 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; 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 recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero*”, exceptuando a los GAD; y para asesorar a las entidades del sector público, en materias relacionadas con el SINFIP.

⁹ “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; (...)”



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

3 P U B L I C A D O E L 2 0 2 0

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador
02735

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

001719-2023-AD-JL

Página. 7

Adicionalmente, en virtud del carácter público de los recursos del Presupuesto General del Estado, en 2020 se agregaron¹⁰, después de los artículos 85 y 102 del COPLAFIP disposiciones que confieren al MEF competencia para preparar y expedir anualmente “*la política de prevención, mitigación y gestión de riesgos fiscales*”¹¹, con la finalidad de mitigar el impacto negativo ocasionado en las finanzas públicas por la materialización de eventos imprevistos y para garantizar el cumplimiento de los lineamientos de la política fiscal; así como el deber de incluir en la proforma del Presupuesto General del Estado “*una asignación en el gasto, con el objeto de atender las posibles contingencias generadas por la materialización de riesgos fiscales*” (El resaltado me corresponde).

Es oportuno observar que en los considerandos de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas¹², que introdujo las reformas descritas en el párrafo anterior, se contempla en su motivación el tenor de los números 4 y 15 del artículo 74 del COPLAFIP, previamente citados, que confieren al MEF competencia para emitir dictámenes.

Sobre la aplicación del número 15 del artículo 74 del COPLAFIP, que establece el dictamen previo del MEF respecto de todo instrumento jurídico que produzca impacto en las finanzas públicas, esta Procuraduría ya se ha pronunciado. Así, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 12570, de 17 de febrero de 2021 se examinó que:

“(…) en el sector público, la celebración de contratos colectivos está sujeta al CT y a las disposiciones especiales establecidas por los Mandatos Constituyentes, que imponen límites a los beneficios, así como también a las normas contenidas en el COPLAFIP y en la LRFP, que sujetan los contratos al dictamen presupuestario previo del Ministerio de Economía y Finanzas, cuyo control compete al Ministerio del Trabajo”.

Al efecto, el Reglamento General del COPLAFIP¹³ (en adelante, “*RGCOPLAFIP*”) en su artículo innumerado agregado¹⁴ a continuación del 46 estableció el “*Programa de preservación de capital del Presupuesto General del Estado*” con la finalidad de regular las actividades que permitan sostener la capacidad de pago del Estado “*así como, evitar y/o mitigar efectos adversos sobre el patrimonio y capacidad financiera del Estado*”, con el propósito de evitar la materialización de riesgos contingentes.

Por su parte, el artículo 4 de la Norma Técnica CFR confiere al Comité de Riesgos Fiscales del MEF atribución para: “*8. Preparar el dictamen de conformidad con el artículo 74 numeral 15 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en materia de gestión delegada*” (El resaltado me corresponde).

¹⁰ Artículos agregados por los artículos 12 y 23 de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253, de 24 de julio de 2020.

¹¹ COPLAFIP, artículo agregado a continuación del artículo 85, tercer inciso: “*Se define como riesgos fiscales a aquellos factores o eventos imprevistos que pueden conducir a que las variables fiscales de ingresos, gastos, financiamiento, activos y pasivos, se desvien de las previsiones de la programación fiscal plurianual y anual. Los riesgos fiscales pueden originarse en condiciones macroeconómicas internas y externas, gestión de empresas públicas, gestión de banca pública, implementación de asociaciones público-privadas, desastres naturales, entre otras causas*”.

¹² Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253 de 24 de julio de 2020.

¹³ RGCOPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.383 de 26 de noviembre 2014.

¹⁴ Agregado por el Art. 8 del D.E. 1203, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 09 de diciembre de 2020.

En concordancia con lo expuesto, la Disposición General Primera del RAAP prevé de manera expresa que los contratos de concesión se sujetan a ese reglamento, según se desprende de su tenor que señala:

“Los contratos de concesión y cualquier otra modalidad de delegación de un proyecto público a la iniciativa privada se ajustarán a los mismos requisitos y procedimientos previstos en este reglamento, en todo aquello que no contravenga la ley sectorial respectiva (...).” (El resaltado me corresponde).

Finalmente, se observa que el artículo 22 del COA, respecto se los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, establece que las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

De lo expuesto se desprende que: *i)* las finanzas públicas se deben conducir de forma sostenible, responsable y transparente, y procurarán la estabilidad económica; *ii)* en materia de finanzas públicas, las entidades del sector público están sujetas a las regulaciones sobre planificación y programación presupuestaria de los recursos públicos contenidas en el COPLAFIP y las normas expedidas por el MEF en su calidad de rector del SINFIPI; *iii)* compete al MEF analizar las limitaciones y riesgos fiscales que puedan afectar a la sostenibilidad de las finanzas públicas así como emitir el dictamen previo respecto de todo proyecto de instrumento jurídico que tenga impacto en los recursos públicos, incluidos los contratos de concesión, según lo previsto en la Disposición General Primera del RAAP; y, *iv)* el dictamen del MEF es aplicable respecto de actos normativos, como de otros instrumentos jurídicos, como los contratos, que tengan potencialidad de generar impacto presupuestario o riesgo fiscal.

2.2.- El contrato de concesión en materia de telecomunicaciones. -

Los sectores estratégicos, entre ellos las telecomunicaciones, son privativos del Estado según el artículo 316 de la CRE que faculta delegar de forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la ley. Esta norma fue interpretada por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 001-12-SIC-CC¹⁵.

Los contratos de concesión constituyen uno de los títulos habilitantes por los que el Estado autoriza la gestión delegada de sectores estratégicos y servicios públicos y se sujetan a la respectiva legislación sectorial, en función de la materia.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012. “3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente.

(...)
5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal”.

02735

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
001719-2023-AD-JL
Página. 9

En el caso de las telecomunicaciones, el segundo inciso del artículo 7 de la LOT establece que: *“La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley”*.

De conformidad con el número 1 del artículo 37 reformado¹⁶ de la LOT, la ARCOTEL tiene atribución para otorgar títulos habilitantes para la concesión *“Para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado así como para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por empresas de economía mixta, por la iniciativa privada y la economía popular y solidaria”*. El artículo 50 ibídem prevé que el otorgamiento de títulos habilitantes para el uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico se rige por la LOT, *“sus reglamentos y los requisitos técnicos, económicos y legales exigidos a tales efectos”*.

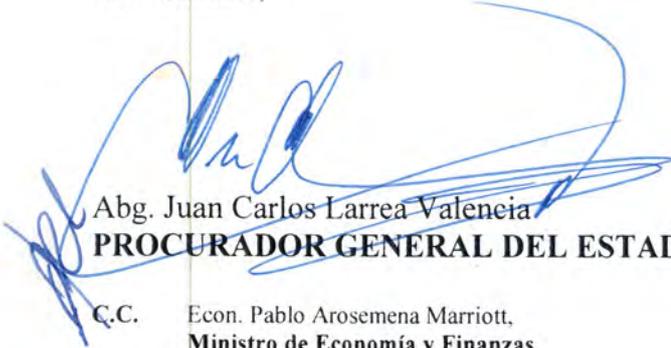
Del análisis realizado se observa que los contratos de concesión en materia de telecomunicaciones son títulos habilitantes que permiten la gestión delegada de los servicios públicos en esa materia y en consecuencia están sujetos al dictamen previo del MEF.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que de acuerdo con los números 4 y 15, reformado del artículo 74 del COPLAFIP y la Disposición General Primera del RAAP, los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones requieren el dictamen previo del MEF.

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. Econ. Pablo Arosemena Marriott,
Ministro de Economía y Finanzas

Dra. Vianna Maino Isaias,
Ministra de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec