



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Octubre 2024

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de octubre de 2024 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	2-oct-24	MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA DICTAMEN PREVIO A LA SUSCRIPCIÓN DE ADENDAS A LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN	4
2	7-oct-24	DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE BALANCES DE COMPAÑÍAS DE AVIACIÓN	10
3	8-oct-24	SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR COMPENSACIÓN POR JUBILACIÓN PERSONAL DE CARRERA CUERPO DE VIGILANCIA ADUANERA	17
4	9-oct-24	MUNICIPIO DE LOJA TRIBUTOS Y EXENCIONES APLICABLES A ADJUDICACIONES DE TIERRAS RURALES	27
5	15-oct-24	TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO DE GUARDERÍA	45
6	16-oct-24	OPERADOR NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CENACE CÓMPUTO DE AÑOS PARA BENEFICIO POR JUBILACIÓN	55
7	16-oct-24	MINISTERIO DEL TRABAJO CAMBIO ADMINISTRATIVO	65
8	17-oct-24	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DELEGACIÓN EXCEPCIONAL A EMPRESAS ESTATALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	74
9	22-oct-24	SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR IMPEDIMENTO PARA SER AGENTE DE ADUANA	82
10	23-oct-24	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO RECURSO DE REVISIÓN EN RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y CIVILES	91
11	24-oct-24	SERVICIO DE RENTAS INTERNAS TRANSACCIÓN EN CRÉDITOS TRIBUTARIOS POR IVA	99
12	24-oct-24	AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL TRANSPORTE TERRESTRE, TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL CONTRIBUCIÓN PARA LOS VEHÍCULOS PARTICULARES DE MOTOR DE COMBUSTIÓN INTERNA COMO APORTE AL FNIEE	106
13	25-oct-24	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO FUNCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	120
14	28-oct-24	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - SENESCYT DISTRIBUCIÓN DEL FONDO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE AMAZÓNICO	131
15	29-oct-24	PREFECTURA DE LOJA BENEFICIOS DE ALIMENTACIÓN, TRANSPORTE Y GUARDERÍA	141
16	29-oct-24	EMPRESA PÚBLICA DE DESARROLLO Y CONSTRUCCIONES DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE NAPO RÉGIMEN COMÚN DE EMPRESAS PÚBLICAS	156

Oficio N°

08877

Quito, D.M., 02 OCT 2024

Magíster

María Sonsoles García León

MINISTRA DE PRODUCCIÓN, COMERCIO EXTERIOR, INVERSIONES Y PESCA

Presente. -

De mi consideración:

Mediante memorando No. MPCEIP-MPCEIP-2024-0667-M, de 24 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, el Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, Subrogante, solicitó la reconsideración/aclaración del pronunciamiento de este organismo contenido en el oficio No. 08692, de 17 de septiembre de 2024, el cual atendió la consulta respecto del alcance y aplicación del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en las adendas a los contratos de inversión que no contengan la inclusión de la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al impuesto a la salida de divisas.

En este sentido, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹ (en adelante, "LOPGE") y la Resolución No. 24, que contiene el Procedimiento para la Atención de Consultas por este Organismo², no prevén la posibilidad de solicitar aclaración del pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado; sin embargo, considerando que el primer inciso del artículo 67 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA") establece que "El ejercicio de las competencias asignadas a los

¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, "Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado. - Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones (...) f) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, (...) sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico (...)".

"Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis (...)

Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta. El consultante, podrá solicitar al Procurador General del Estado la reconsideración de su pronunciamiento, dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez. La solicitud de reconsideración será debidamente fundamentada.

El Procurador General del Estado resolverá motivadamente la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento, en el término de quince días, y éste será definitivo. En consecuencia, no podrá modificarse a petición de parte.

Si el pronunciamiento dictado por el Procurador General fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento.

En todo caso, al emitir sus pronunciamientos, el Procurador General del Estado está obligado, bajo las responsabilidades previstas en la Constitución Política de la República y la ley, a precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado".

² Resolución No. 024, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

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



órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones”, atiendo su pedido en los siguientes términos:

1. Antecedentes. -

De los oficios remitidos y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Adjunto al memorando de reconsideración/aclaración de pronunciamiento citado al inicio del presente, se remitió el Informe Jurídico contenido en documento sin número, de 23 de septiembre de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante, “MPCEIP”), el cual sustenta la solicitud.
- 1.2. La consulta formulada por el MPCEIP, contenida en el Informe Jurídico sin número, de 17 de mayo de 2024, y remitida mediante oficio No. MPCEIP-MPCEIP-2024-0422-O, de 20 de mayo de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 10 de junio del presente año, fue del siguiente tenor:

“¿Es aplicable el artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas para las adendas de contratos de inversión que no contengan la inclusión de la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al impuesto a la salida de divisas y que se hayan realizado con anterioridad a la entrada a (sic) vigencia a la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, conforme a lo establecido en la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo?”.

- 1.3. El informe jurídico contenido en documento sin número, de 17 de mayo de 2024, elaborado por la Directora Jurídica de Comercio Exterior y Producción, y aprobado por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del MPCEIP, citó los artículos 66 numeral 16 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador⁴ (en adelante, “CRE”); 74 numeral 15 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁵ (en adelante, “COPLAFIP”); Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo⁶ (en adelante, “LOEEGE”); 55 del Reglamento General de la LOEEGE⁷ (en adelante, “RLOEEGE”), innumerado a continuación del artículo 26 del derogado Reglamento de Inversiones al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁸ (en adelante, “RICOPCI”); y, 1561 del Código Civil⁹ (en adelante “CC”), y concluyó lo siguiente:

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

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

⁶ LOEEGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 461 de 20 de diciembre de 2023.

⁷ RLOEEGE, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 496 de 09 de febrero de 2024.

⁸ RICOPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011, derogado por la Disposición Derogatoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 157 que contiene el Reglamento General de la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 496 de 09 de febrero de 2024.

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

“IV. CONCLUSIÓN:

Sobre la base de la normativa citada así como del pronunciamiento emitido en su momento por el Ministerio de Finanzas mediante oficio Nro. MEF-MINFIN-2021-0372-O se deduce que todo trámite de adenda solicitado previo a la reforma del artículo innumerado posterior al artículo 26 del Reglamento de Inversiones y previo a la vigencia de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, en los que no se haya requerido la inclusión de la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al impuesto a la salida de divisas, NO requiere la solicitud de dictamen al Ministerio de Economía y Finanzas, considerando la normativa aplicable a la fecha de suscripción del contrato de inversión acorde a lo dispuesto en la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, indica que: ‘(...) Las adendas a los contratos de inversión presentadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley serán tramitadas conforme lo establecido en la legislación vigente a la fecha de su presentación’.”.

- 1.4. Previo a atender la consulta, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante “MEF”), lo cual fue atendido mediante oficio No. MEF-CGAJ-2024-0099-O, de 16 de julio de 2024, al cual se adjuntó el memorando No. MEF-CGAJ-2024-0602-M, de 08 de julio de 2024, y el Informe Técnico No. MEF-SPSERE-SPF-SP-CP-017-2024, de 20 de junio de 2024.
- 1.5. El pronunciamiento de este organismo contenido en el oficio No. 08692, de 17 de septiembre de 2024, cuya reconsideración/ampliación se solicita, consideró los criterios jurídicos institucionales de la entidad consultante y del MEF; y, luego del respectivo análisis concluyó:

“En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con el inciso segundo de la Disposición General Tercera de la LOEEGE, las adendas a los contratos de inversión presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, es decir, antes del 20 de diciembre de 2023, serán tramitadas conforme la legislación vigente en la fecha de su presentación.

En virtud de lo anterior, del principio de irretroactividad, y de lo dispuesto en el artículo innumerado a continuación del artículo 26 del derogado RICOPCI, las adendas a los contratos de inversión presentadas entre el 20 de diciembre de 2018 y el 10 de noviembre de 2022, que no requieran la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al impuesto a la salida de divisas, no necesitarán el dictamen al que se refiere el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

2.- El pedido de reconsideración / aclaración. –

- 2.1. La reconsideración / aclaración solicitada por el MPCEIP es en el siguiente sentido:

“Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, solicito gentilmente se efectúe la reconsideración / aclaración



15880

dispuesta en el tercer inciso de la precitada norma, que indica: ‘El consultante, podrá solicitar al Procurador General del Estado la reconsideración de su pronunciamiento, dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez. La solicitud de reconsideración será debidamente fundamentada, para lo cual se adjunta el informe jurídico suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, en el que realiza el análisis y fundamentación con la cual se justifica la aclaración solicitada específicamente a la conclusión del citado pronunciamiento’.

2.2. El informe jurídico del MPCEIP que sustenta el pedido de reconsideración / aclaración, además de las normas invocadas en la consulta inicial, citó los artículos 133 del Código Orgánico Administrativo¹⁰ (en adelante, “COA”), 7 numeral 18 y 1458 del CC, sin que los mismos traten sobre la materia específica de la consulta; y, con base en los cuales emitió el siguiente criterio jurídico:

“IV. CONCLUSIÓN.

La conclusión del pronunciamiento en su parte pertinente señala (...) las adendas a los contratos de inversión presentadas entre el 20 de diciembre de 2018 y el 10 de noviembre de 2022, que no requieran la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al impuesto a la salida de divisas, no necesitarán el dictamen al que se refiere el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, si se mantiene en este sentido el pronunciamiento, se estaría limitando a las empresas su derecho a solicitar las adendas conforme lo dispone el artículo innumerado posterior al artículo 26 del Reglamento (sic) Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, en aplicación a la normativa que se encontraba vigente a la fecha de la suscripción de los contratos.

V. SOLICITUD DE RECONSIDERACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO (ACLARACIÓN)

Sobre la base de la normativa citada así como de la fundamentación constante en los párrafos precedentes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica la Procuraduría General del Estado, es recomendación de ésta Coordinación solicitar la aclaración del pronunciamiento emitido mediante oficio No. 08692 de 17 de septiembre de 2024 por el señor Procurador General del Estado, respecto a la necesidad de contar con el dictamen por parte del ente rector de las finanzas públicas en las solicitudes de adendas a los contratos de inversión suscritos en el marco del artículo innumerado posterior al artículo 26 del Reglamento Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI (Reformas de 20 de diciembre de 2018 y 25 de mayo de 2021), siempre que dentro de las solicitudes de adenda no se requiera la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al Impuesto a la Salida de Divisas, con la finalidad de contar con un criterio vinculante, que permita continuar con los procesos que se encuentran en trámite dentro del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca” (el énfasis corresponde al texto original).

¹⁰ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

2.2. De lo expuesto se aprecia que el MPCEIP no plantea una reconsideración en los términos del artículo 13 de la LOPGE, sino un pedido de aclaración respecto de la conclusión constante en el pronunciamiento contenido en oficio No. 08692, de 17 de septiembre de 2024. Para el efecto, cita como argumento jurídico los artículos ya expuestos en el criterio jurídico inicial que se anexo a la consulta, la cual fue atendida por esta Procuraduría, sin que se incluya un elemento de análisis nuevo.

3. Análisis. –

3.1. En relación con el pronunciamiento de esta Procuraduría a la consulta formulada por el MPCEIP, contenida en el oficio No. 08692, de 17 de septiembre de 2024, se observa que se analizaron las normas relativas a los contratos de inversión y sus adendas, las atribuciones del órgano competente en materia de inversión y del órgano rector de las finanzas públicas, así como la solicitud del dictamen del MEF en las adendas de los contratos de inversión. Con base en dicho análisis, se concluyó lo siguiente:

- i. El Contrato de Inversión es una convención mediante el cual se pactan las condiciones de la nueva inversión, incluyendo el monto, el plazo y los beneficios tributarios y no tributarios determinados por el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (en adelante, "CEPAI"), en el cual se establecerán los beneficios e incentivos a los que haya lugar.
- ii. Previo a la aprobación de los contratos de inversión, el ente rector de las finanzas públicas emitirá el dictamen previsto en el numeral 15 del artículo 74 del COPLAFIP.
- iii. Las adendas a los contratos de inversión proceden por incremento de la inversión pactada, por modificación de los cronogramas, inclusión o modificación de cláusula arbitral o solicitud de estabilidad jurídica o tributaria. Dichas adendas son aprobadas por el CEPAI, previa solicitud de dictamen al MEF, en los casos que corresponda.
- iv. El CEPAI es el cuerpo colegiado de carácter interinstitucional público de la Función Ejecutiva y ejerce como la máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones y está a cargo de la definición de los procesos previos a la aprobación de los contratos de inversión privada, de su aprobación, del acompañamiento y la facilitación de tales proyectos, así como la coordinación con otras entidades u órganos colegiados relacionados.
- v. El MEF es el ente rector del SINFIP al cual están sujetos todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la CRE; por tanto, es su atribución 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.

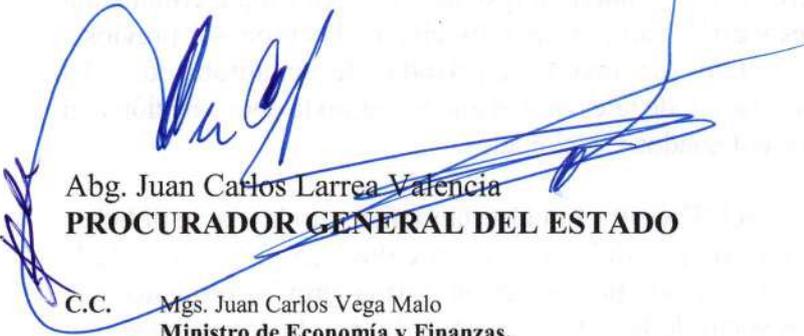
pel

- vi. El primer inciso del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 26 del derogado RICOPCI estuvo vigente desde el 20 de diciembre de 2018 hasta el 10 de noviembre de 2022, fecha en que fue sustituido.
- vii. La referida norma preveía que el dictamen al que se refiere el número 15 del artículo 74 del COPLAFIP “*solo deberá solicitarse cuando en la solicitud de contrato de inversión se requiera la aplicación de incentivos arancelarios y/o exoneraciones al Impuesto a la Salida de Divisas*”; y, a partir del 10 de noviembre de 2022 se solicitará dictamen correspondiente de conformidad con el número 15 del artículo 74 del COPLAFIP, sin que se incluya limitante alguna.
- viii. Las adendas a los contratos de inversión presentadas antes de la entrada en vigor de la presente LOEEGE serán tramitadas conforme lo establecido en la legislación vigente a la fecha de su presentación.
- ix. El inciso primero del artículo 7 del CC establece el principio general de irretroactividad de la ley, según el cual “*La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo*”, y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: “*18a. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

4. Ratificación del Pronunciamiento. –

Analizados los fundamentos del pedido de reconsideración y aclaración formulado por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, se ratifica el pronunciamiento contenido en oficio No. 08692, de 17 de septiembre de 2024. Adicionalmente, se precisa que, en virtud de la regla 18a. del artículo 7 del CC, a todas las adendas a los contratos de inversión les será aplicable la legislación vigente a la fecha de suscripción del contrato de inversión, incluso aquellas adendas que hayan sido suscritas entre el 20 de diciembre de 2018 y el 10 de noviembre de 2022.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Juan Carlos Vega Malo
Ministro de Economía y Finanzas.

Oficio No. 08936

Quito, D.M., 07 OCT 2024

Abogado
Juan Pablo Franco Castro
DIRECTOR GENERAL (E)
DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. DGAC-DGAC-2024-0977-O, de 22 de julio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“¿La Dirección General de Aviación Civil, para el control de la presentación del balance general anual y del estado de cuenta de pérdidas y ganancias que obligatoriamente deben presentar las compañías de aviación nacionales y extranjeras, debe aplicar el plazo contenido en el artículo 36 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil o los plazos determinados en los artículos 20 y 23 de la Codificación de la Ley de Compañías?”

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 más elementos de análisis, mediante oficios No. 07975 y No. 07976, de 24 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros (en adelante, “SVCS”), y al Servicio de Rentas Internas (en adelante, “SRI”) que remitan su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 08155 y No. 08156, de 13 de agosto de 2024, este organismo insistió en dicho requerimiento a el SRI y la SVCS respectivamente, sin recibir respuesta de las entidades hasta el momento.
- 1.2. El informe jurídico contenido en memorando No. DGAC-DASJ-2024-0453-M, de 21 de julio de 2024, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica Encargada de la Dirección General de Aviación Civil (en adelante, “DGAC”) citó los artículos 82 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante, “COA”); 21 de la Ley de Régimen Tributario Interno³ (en adelante, “LRTI”); 20 y 23 de la Ley de Compañías⁴ (en adelante, “LC”); 36

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

² COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

³ LRTI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

⁴ LC, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.





y 69 de la Ley de Aviación Civil⁵ (en adelante, “LAC”); 99 y 129 del Código Aeronáutico⁶ (en adelante, “CA”); y, 12 del Código Civil⁷ (en adelante, “CC”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III. ANÁLISIS JURÍDICO.

Antinomia normativa.

Por principio, el Derecho no puede estar compuesto de normas jurídicas incompatibles, de manera que si son detectadas en los procesos de aplicación jurídica dos normas que atribuyen al mismo supuesto de hecho dos soluciones normativas incompatibles, una de las dos debe ser eliminada para restaurar la coherencia del sistema jurídico.

Según la doctrina la “antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico.”.

*Existe entonces **antinomia normativa** cuando un mismo supuesto de hecho es regulado por dos normas jurídicas de forma contradictoria. Los efectos de ambas disposiciones se excluyen entre sí, resultando imposible jurídicamente la aplicación de ambas, con permanencia de los efectos de cada una de ellas.*

En el presente caso, la Codificación a la Ley de Aviación Civil, en adelante (LAC), en su artículo 36 regula un mismo supuesto de hecho con lo establecido en el artículo 20 y 23 de la Codificación a la Ley de Compañías en adelante (LC), pues, la primera determina que las compañías sujetas a control de la DGAC deben presentar el balance general anual y del estado de cuenta de pérdida y ganancias balances en el primer trimestre de cada año, mientras que la segunda ley, expresa que las compañías sujetas a su vigilancia y control, deberán presentar ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros los estados financieros en el primer cuatrimestre de cada año.

<i>Codificación de la Ley de Aviación Civil (Art. 36)</i>	<i>Codificación de la Ley de Compañías (Art. 20 y 23)</i>
<i>“...en el primer trimestre de cada año...”</i>	<i>“...en el primer cuatrimestre de cada año...”</i>

Como se desprende con toda claridad, es innegable que existe una evidente antinomia normativa entre lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley de Aviación Civil Codificada, en tanto regula la presentación de balances y estado de cuentas de pérdidas y ganancias de las compañías de aviación nacionales y extranjeras bajo su supervisión y control y las que operan el país; y, la Ley de compañías Codificada, que expresamente norma el plazo de presentación de los estados financieros de las compañías constituidas en el país, pues ambas leyes regulan de manera diferente un mismo hecho o supuesto de ley. De tal forma que los efectos jurídicos de una y otra resultan incompatibles, es claro que esa

⁵ LAC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

⁶ CA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

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

incompatibilidad determina que sus efectos se excluyan entre sí, debiendo determinarse entonces, cuáles deben ser mantenidas, y por ende, cuál de las normas debe ser aplicada.

Contexto Normativo.

La Codificación de la Ley de Compañías es el cuerpo normativo que regula las instituciones del derecho societario y establece los tipos de compañías que pueden existir en el Ecuador, sus requisitos, administración y fines, y desde el punto de vista de esta Gestión, esta Ley se presenta como una ley de carácter general pues su ámbito de aplicación se extiende para todas las compañías y no ha sido revestida con la categoría de norma orgánica par (sic) que se superponga sobre otras normas de carácter ordinarias.

En cuanto a la Codificación de la Ley de Aviación Civil, establece el marco regulatorio de la aeronáutica en el país, regula sus atribuciones como ente regulador, su régimen administrativo financiero y en general, toda la actividad aeronáutica civil y a toda persona natural o jurídica nacional o extranjera que las desarrolle, de manera especial, la de la aviación general y comercial. Si bien la ley no posee el carácter de orgánica sino de ordinaria, la misma debido al ámbito de competencia regulatoria específica la convierte en una norma de carácter especial.

En ese contexto, ambas leyes tienen como objetivo principal regular aquellas actividades que las compañías desarrollan dentro del Ecuador, la Codificación de la Ley de Compañías se aplica a todas las empresas en general, mientras que la Codificación de la Ley de Aviación Civil se centra específicamente en las compañías aéreas nacionales o extranjeras que operan en el país.

(...)

IV. CRITERIO JURÍDICO.

Las antinomias se producen entre normas jurídicas; es decir, entre las disposiciones normativas como consecuencia de su interpretación, y por tanto, su identificación y su solución depende de la interpretación y su debida justificación.

En el presente caso, resulta incuestionable para esta Gestión de Asesoría Jurídica que se está en presencia de una antinomia normativa surgida entre dos leyes que pertenecen a la misma jerarquía y cuyas normas en conflicto son válidas, a raíz de la confrontación del artículo 36 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil con los artículos 20 y 23 de la Codificación de la Ley de Compañías.

De modo que, para la solución de esta antinomia normativa, se aplicará como criterio de resolución, el de "especialidad", por ser la Codificación de la Ley de Aviación Civil, relativa a la materia aeronáutica, pudiéndose considerarse como una Ley especial, y por su lado, la Codificación de la Ley de Compañías, en contraposición pudiera catalogarse como una Ley general, tomando en cuenta que el criterio de especialidad es un criterio relacional, en el sentido en que ninguna norma es por sí misma especial, sino que lo es en comparación con otra, creemos que en este caso lo que realmente interesa es la particularidad de los contenidos de ambas leyes, pues ambas normas regulan de manera diferente, de modo que una de las dos no puede ser aplicada.



Por consiguiente, a la luz del análisis realizado, se concluye que el artículo 36 de la Codificación a la Ley de Aviación Civil prevalece sobre los dispuesto en los artículos 20 y 23 de la Codificación a la Ley de Compañías según el criterio de especialidad.

En consecuencia, las compañías de aviación nacionales y extranjeras, están obligadas a presentar ante la DGAC sus balances y estados financieros en el primer trimestre de cada año, conforme a lo determinado en la Ley de Aviación Civil Codificada.

Velando por el cumplimiento irrestricto de la ley, este análisis jurídico permite resolver la antinomia normativa mediante la aplicación del principio de especialidad de la norma, asegurando así una interpretación coherente y efectiva del marco regulatorio aplicable a las compañías de aviación que operan en el país y bajo la supervisión de la entidad (...)” (el resaltado pertenece al texto original).

1.3. De lo expuesto se observa que el criterio jurídico de la consultante considera que existe una antinomia normativa entre el artículo 36 de la LAC y los artículos 20 y 23 de la LC, ya que establecen plazos diferentes para la presentación de los estados financieros para las compañías de aviación. Para resolver la referida antinomia aplica el criterio de especialidad, dado que la LAC se considera una norma especial respecto de la LC que es de carácter general. Así, concluye que las compañías de aviación deben presentar sus balances y estados financieros ante la DGAC en el primer trimestre de cada año.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Entrega de estados financieros de las compañías a la SCVS; y, ii) Entrega de balances de las compañías aéreas a la DGAC.

2.1. Entrega de estados financieros de las compañías a la SCVS.-

El artículo 430 de la LC establece que la SCVS es “(...) el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, **que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías**” (énfasis añadido). El artículo 431 ibídem enlista⁸ las compañías sujetas a la vigilancia y control de la SCVS.

Al efecto, la vigilancia y control que ejerce la SCVS “será ex post al proceso de constitución y del registro en el Registro de Sociedades”, y se enmarca en “(...) los aspectos jurídicos, societarios, **económicos, financieros y contables**” (énfasis añadido), según lo previsto en el primer y segundo inciso del artículo 432 ibídem.

Como parte de la vigilancia y control ex post de las compañías, la letra a) del artículo 20 de la LC, materia de la consulta, establece la obligación que tienen las compañías constituidas

⁸ LC, “Art. 431.- La Superintendencia de Compañías y Valores tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías y Valores.

La Superintendencia de Compañías y Valores ejercerá la vigilancia y control:

- a) De las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general;
- b) De las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;
- c) De las compañías de responsabilidad limitada;
- d) De las sociedades por acciones simplificada; y,
- e) De las bolsas de valores y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores (...)”

en el Ecuador de presentar a la SCVS, “Copias autorizadas del juego completo de los **estados financieros**, preparados con base en la normativa contable y financiera vigente”, esta obligación se cumplirá “**en el primer cuatrimestre de cada año** o según lo establezcan los períodos de presentación aprobados por la máxima autoridad o su delegado” (el énfasis me corresponde).

En esta línea de ideas, la letra a) del artículo 23 de la LC obliga a las compañías extranjeras, que operan en el país y están sujetas a la vigilancia de la SCVS, a presentar “Copias autorizadas del juego completo de los **estados financieros** de su sucursal o establecimiento en el Ecuador”, esta obligación se cumplirá “**en el primer cuatrimestre de cada año**” (énfasis añadido).

Sobre la presentación de los estados financieros a la SCVS y otros organismos del sector público, la LRTI en su artículo 21, establece:

“Art. 21.- Estados financieros.- Los estados financieros servirán de base para la presentación de las declaraciones de impuestos, así como también para su presentación a la Superintendencia de Compañías y a la Superintendencia de Bancos y Seguros, según el caso. Las entidades financieras así como las entidades y organismos del sector público que, para cualquier trámite, requieran conocer sobre la situación financiera de las empresas, exigirán la presentación de los mismos estados financieros que sirvieron para fines tributarios” (énfasis añadido).

Lo anterior guarda concordancia con el antepenúltimo inciso del artículo 20 de la LC que establece:

“Con la presentación anual del documento solicitado por la autoridad tributaria nacional por parte de cualquiera de las sociedades mercantiles y demás entes regulados por esta Ley, se considerará que se ha dado cumplimiento a la obligación prevista en los artículos 20 y 23 de esta Ley, respecto al Estado de Situación Financiera y Estado de Resultado Integral individuales. La presentación de los demás estados financieros y anexos se sujetará a la reglamentación que, para tal efecto, emita la Superintendencia.” (énfasis añadido).

Finalmente, el artículo 433 de la LC establece, para el Superintendente de la SCVS, la atribución de expedir “regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el Art. 431 de esta Ley y resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica”. En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 01.Q.ICI.015⁹ se expidieron las “NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DEL BALANCE ANUAL Y DEL ESTADO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS QUE LAS SUCURSALES DE COMPAÑÍAS EXTRANJERAS DEDICADAS A LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE AÉREO, DEBERÁN PRESENTAR ANUALMENTE A ESTA INSTITUCIÓN”, la cual, en su artículo 1, enlista los documentos que deben presentar las compañías extranjeras dedicadas a la actividad de transporte aéreo, en cumplimiento del literal a) del referido artículo 23 de la LC.

De lo analizado se concluye que: i) los artículos 20 y 23 de la LC establecen la obligación para las compañías nacionales y extranjeras de presentar documentación a la SCVS, dentro

⁹ Resolución No. 01.Q.ICI.015, publicada en el Registro Oficial No. 440 de 25 de octubre de 2001.



del primer cuatrimestre de cada año, lo cual incluye a las compañías de aviación ii) el Superintendente de la SCVS, como parte de sus competencias, puede emitir resoluciones para la vigilancia y control de las compañías; y, iii) las compañías extranjeras dedicadas a la actividad de transporte aéreo deben cumplir la Resolución No. 01.Q.ICI.015 emitida por la SCVS.

2.2. Entrega de balances de las compañías aéreas a la DGAC. -

Las atribuciones de la DGAC previstas en los literales c) y f) del numeral 1 del artículo 6 de la LAC establece como parte de las atribuciones y obligaciones “Generales” del Director General de Aviación Civil: i) “Cumplir y hacer cumplir la ley, reglamentos y regulaciones técnicas”; y, ii) “**Vigilar y controlar las actividades relacionadas con la aeronáutica civil de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que operen en el país**” (énfasis añadido).

En este sentido, el artículo 36 de la LAC, materia de la consulta, obliga a las compañías nacionales de aviación sujetas a la vigilancia y control de la DGAC a enviar “**copias autorizadas por el respectivo representante legal, los comisarios y el contador, del balance general anual y del estado de cuenta de pérdidas y ganancias**” (énfasis añadido); y, a las compañías extranjeras de aviación que operan en el país la obligación de enviar “**los actos, contratos y demás actividades que se hubieren desarrollado o surtido efecto en el territorio nacional**”.

La obligación prevista en el artículo 36 ibídem se debe cumplir “**en el primer trimestre de cada año**” (el énfasis me corresponde), lo cual, a criterio del consultante, representaría una antinomia respecto de la temporalidad prevista en los artículos 20 y 23 de la LC que fueron analizados en el acápite 2.1. del presente pronunciamiento. Al respecto, se infiere que existe identidad en los sujetos obligados (Compañías de Aviación) pero no en cuanto a la temporalidad de entrega de esta información (la LAC: Primer trimestre; y, LC: Primer Cuatrimestre), siendo además distintas las entidades de regulación y control que reciben esta información (DGAC y SCVS).

Respecto del concepto de una antinomia normativa, Pérez Bermejo señala:

“(…) existe una antinomia cuando dos o más normas de un mismo sistema jurídico asocian a un mismo supuesto de hecho dos o más consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, de modo que en todas o en algunas de las alternativas de conducta implicadas en dicho supuesto no será posible obedecer una norma sin desobedecer la otra”.¹⁰

En tal sentido, la obligación que tienen las compañías de aviación de presentar información financiera ante la Dirección General de Aviación Civil, según la LAC, es indistinta de la obligación de presentación de información ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros prevista en la LC; es decir, son obligaciones jurídicas independientes que no se traducen en una incompatibilidad o imposibilidad de cumplimiento una respecto de la otra, de manera que no se evidencia una antinomia normativa.

¹⁰ Pérez Bermejo, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs.206 y 207.

Finalmente, según la letra a) del número 3 del artículo 6 de la LAC, el Director General de la puede *“Dictar, reformar, derogar regulaciones técnicas, órdenes, reglamentos internos y disposiciones complementarias de la aviación civil, de conformidad con la presente Ley”*, lo cual no le permite modificar lo dispuesto en la Ley.

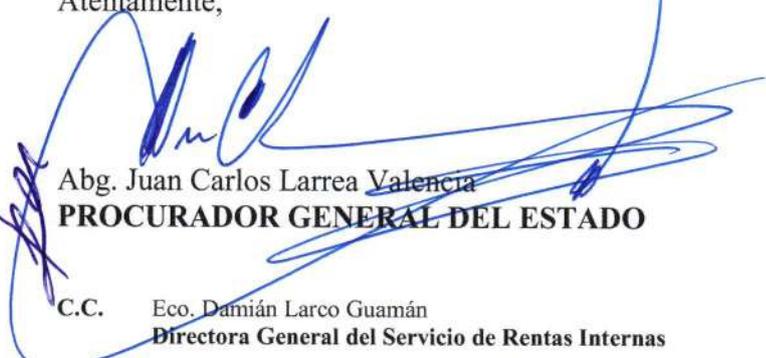
De lo analizado se concluye que: *i) la SCVS y la DGAC cuentan con la atribución de vigilancia y control de las compañías de aviación nacionales y extranjeras; y, ii) el artículo 36 de la LAC, establece la obligación de las compañías nacionales de aviación, sujetas a la vigilancia y control de la DGAC, de entregar copias autorizadas, del balance general anual y del estado de cuenta de pérdidas y ganancias; y, a las compañías extranjeras de aviación que operan en el país la obligación de enviar los actos, contratos y demás actividades que se hubieren desarrollado o surtido efecto en el territorio nacional “en el primer trimestre de cada año”; y, iii) No se encuentra una antinomia normativa en las normas materia de la consulta, porque las obligaciones se aplican por distintos organismos reguladores, tienen diferentes plazos y el cumplimiento de una no impide el cumplimiento de otra.*

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad al artículo 36 de la LAC, las compañías nacionales y extranjeras de aviación que operen en Ecuador deben presentar a la DGAC los documentos exigidos por dicha norma dentro del primer trimestre de cada año. Asimismo, las compañías de aviación están obligadas a cumplir con los plazos establecidos tanto en el mencionado artículo de la LAC, como en los artículos 20 y 23 de la LC, dado que dichas normas coexisten sin generar conflicto, ya que regulan aspectos diferentes y recaen sobre competencias de distintos órganos de regulación y control. Por lo tanto, las compañías de aviación – sin excepción – deben cumplir con ambas regulaciones.

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. Damián Larco Guamán
Directora General del Servicio de Rentas Internas

Ing. Marco López Narváez
Superintendente de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros

Oficio No. 08951

Quito, D.M., 08 OCT 2024

Mgs. Luis Alberto Jaramillo Granja
DIRECTOR GENERAL,
SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR - SENAE
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. SENAE-SENAE-2024-0255-OF, de 15 de mayo de 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el 13 de junio de 2024 y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2024-000279, de 11 de julio de 2024, se formularon las siguientes consultas:

1. *“¿Es legalmente factible que los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera, una vez que cumplan los requisitos que fueren pertinentes y que deseen acogerse a la jubilación, puedan beneficiarse de la compensación monetaria establecida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”*
2. *¿Debe solicitar al Ministerio de Trabajo, incluir a los Servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera, en la planificación anual de Desvinculación Retiro por Jubilación, incluido el beneficio jubilar contemplado en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público – LOSEP?”*

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, mediante oficios Nos. 07872 y 07873, de 17 de julio de 2024, dirigidos al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”) y al Ministerio de Trabajo (en adelante, “MDT”), esta Procuraduría solicitó que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 08077, de 5 de agosto de 2024, se insistió en el mencionado requerimiento al MEF.
- 1.2. El MDT atendió el requerimiento de este organismo con oficio No. MDT-SN-2024-0597-O, de 26 de julio de 2024, suscrito por el Subsecretario de Normativa, subrogante.
- 1.3. El MEF respondió el requerimiento realizado por esta entidad con oficio Nro. MEF-CGAJ-2024-0124-O, de 3 de septiembre de 2024, suscrito por la suscrita por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, encargada, al que se acompañó el informe



técnico de la Subsecretaría de Presupuesto, contenido en el memorando No. MEF-SP-2024-0854-M, de 23 de julio de 2024.

- 1.4. El informe jurídico contenido en el Memorando No. SENAE-DNJ-2024-0206-M, de 14 de mayo de 2024, suscrito por el Director Nacional Jurídico Aduanero del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (en adelante, “SENAE”), citó los artículos 37, 226, 229, 425 y 436 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”), 222 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones² (en adelante, “COPCI”); 3, 47 letra j), 83 letra n), 128 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público³ (en adelante, “LOSEP”), 2, 4, 240, 260 del Código Orgánico de Entidades Complementarias de Seguridad Ciudadana y Orden Público⁴ (en adelante “COESCOP”), 289 del Reglamento General⁵ a la LOSEP (en adelante, “RGLOSEP”), y el Acuerdo MDT-2018-185, que contiene las “Directrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación”⁶ (en adelante, “Directrices MDT”).

Con relación a la materia de la consulta, el mencionado informe jurídico refirió como antecedente la consulta formulada por SENAE al MDT, la misma que fue atendida con “Oficio Nro. MDT-DPTHSP-2023-1244-O, de fecha 18 de diciembre de 2023, suscrito por el Director de Planificación del Talento Humano del Servicio Público, del Ministerio de Trabajo, quien expone su criterio y sugiere que a fin de contar con un criterio vinculante, se realice consulta al Procurador General del Estado”.

Luego, sobre la base normativa previamente citada, concluyó:

“ANÁLISIS Y CRITERIO JURÍDICO:

Los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera, si bien es cierto que a partir de la promulgación en el Suplemento del Registro Oficial No. 19, de fecha 21 de Junio 2017, se rigen por el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (COESCOP) y forma parte de las entidades complementarias de seguridad; sin embargo, continúan siendo una unidad administrativa del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

En virtud de lo cual, si los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, desean acogerse a la Jubilación, dicho requerimiento se encontraría plenamente amparado por lo dispuesto en los artículos 4 y 240 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden

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

² COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

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

⁴ COESCOP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 21 de junio de 2017.

⁵ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

⁶ Directrices MDT, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 322 de 7 de septiembre de 2018 y sus reformas publicadas en el Registro Oficial No. 551 de 4 de octubre de 2021.

Público (COESCOP), en concordancia con los artículos 3, 47 literal j), 128 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no existiendo conflicto normativo; sin perjuicio, del cumplimiento de todas las formalidades que fueren pertinentes para el efecto, entre otras se encuentra el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185 de 30 de agosto de 2018 y sus reformas, que contiene las 'Directrices para Procesos de Desvinculación Retiro por Jubilación'; y, verificación de disponibilidad presupuestaria."

Respecto de la exclusión que efectúa la letra n) del artículo 83 de la LOSEP sobre los servidores que se rigen por el COESCOP, el informe jurídico del SENA E manifestó:

"Esta exclusión obedece a que los servidores de las entidades complementarias tienen una estructura de carrera y evaluación de desempeño diferente a la determinada en la Ley Orgánica del Servicio Público; rigiéndose por lo tanto a lo determinado en el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, por ser su régimen jurídico de aplicación obligatoria.

No obstante, en todos los aspectos no previstos en dicho régimen se aplicará supletoriamente la Ley que regula el servicio público (ver art. 4 COESCOP).

En ese orden de ideas el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, no regula específicamente el proceso de jubilación de los Servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; sin embargo, de manera general en el artículo 240 de la norma Ibidem, determina que para los casos de 'Cesación.- A más de las causales de cesación de funciones previstas en la ley y el reglamento que regula el servicio público, los servidores de las entidades complementarias de seguridad cesarán en funciones por las siguientes causas...'; remitiendo de manera textual a la Ley y Reglamento que regula el servicio público, debiendo por lo tanto, considerarse y aplicarse los artículos 47 literal j), 128 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público" (Énfasis añadido).

1.5. El informe jurídico del MDT, además de las normas citadas por el SENA E, invocó los artículos 82 y 233 de la CRE; 8 y 9 del Mandato Constituyente⁷ No. 2, que estableció la remuneración mensual unificada máxima en el sector público; 4, 23 letra c), 52, 96 y 115 de la LOSEP; 108, 285, 288 y 290 del RGLOSEP; 74, 178 y 179 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁸ (en adelante, "COPLAFIP"); sobre dicha base normativa concluyó:

"2.- PRONUNCIAMIENTO

(...)

2.- El otorgamiento de un beneficio, estímulo o compensación económica para servidores del (CVA) que cesen en sus funciones para acogerse a la jubilación, no se

⁷ Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008.

⁸ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.



12880

encuentra normado en el COESCOP pero si en la LOSEP (Art. 129) y su Reglamento General (Art.288). En este sentido, los servidores del CVA tendrían derecho a este beneficio, estímulo o compensación económica, si cumplen con los presupuestos legales y reglamentarios para su concesión establecidos en la LOSEP y su Reglamento General, por la supletoriedad de estas normas en su régimen legal.

*3.- Ahora bien, es menester señalar sobre el mandato del artículo 115 de la LOSEP y su posible relación con el beneficio del Art. 129 del mismo cuerpo legal. Conforme indicamos anteriormente, por la supletoriedad de la LOSEP aplica lo dispuesto en el Art. 129, siempre que se cumplan con los presupuestos legales establecidos en dicho artículo o en otros de la misma LOSEP y su Reglamento. En este punto, es menester señalar que el Art. 115, al hablar sobre la llamada 'compensación', determina que las servidoras y los servidores públicos de las entidades complementarias de seguridad que no perciban horas extraordinarias o suplementarias, subrogación, encargo u otros **beneficios económicos por los conceptos previstos en esta Ley** para los servidores, percibirán por compensación los valores a que hubiere lugar, en base a la resolución que emita el Ministerio rector del trabajo para tal efecto.*

El Art. 129 de la LOSEP determina un beneficio económico.

4.- Así pues, en estricto sentido, a los servidores del CVA no les correspondería el beneficio económico del Art. 129, si perciben el valor por compensación determinado en el Art. 115; y, viceversa, si no reciben el valor de la compensación, les correspondería el beneficio por cesación de funciones para acogerse a la jubilación. Por consiguiente, no podrían percibir las dos compensaciones juntas.

5.- En la actualidad, no existe una resolución que fije un valor por compensación para el caso del Cuerpo de Vigilancia Aduanera, por cuanto la entidad no ha presentado cual sería la fuente de financiamiento para tal fin, con los debidos respaldos del caso, en aplicación de lo dispuesto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, sobre que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con una fuente de financiamiento respectiva y con el dictamen previo del ente rector de las Finanzas Públicas. Por lo tanto, por la falta de determinación del valor de la compensación, los servidores de la CVA podrían beneficiarse de lo estipulado en el Art. 129. Una vez que se fije el valor de la compensación, ya no se podría otorgar el beneficio del mencionado Art. 129 de la LOSEP.

6.- Lo desarrollado, hasta el numeral anterior, sería el criterio que el Ministerio del Trabajo daría en caso de un pedido de consulta no vinculante, ya que la misma se refiere únicamente a lo determinado expresamente en las normas que regulan la administración del personal; sin embargo, debido a que la Procuraduría General del Estado tiene la competencia de absolver consultas vinculantes y, por lo mismo, puede realizar un análisis más exhaustivo de la naturaleza jurídica de uno y otro beneficio, y estos en relación a todo el sistema jurídico ecuatoriano, más allá de una

interpretación literal de la norma de administración de personal que nos compete, se recomienda se analicen los siguientes aspectos:

6.1.- El beneficio del Art. 129 es el reconocimiento a la terminación de una carrera del servidor en el servicio público para acogerse a los beneficios de la jubilación. El valor de la compensación del Art. 115, como su nombre lo indica, es para suplir la falta o ausencia de pago de otros ingresos complementarios (subrogaciones, encargos, horas extraordinarias o suplementarias).

6.2. La construcción del Art. 115 es de forma abierta [‘(...) u otros beneficios económicos por los conceptos previstos en esta Ley (...)’], en lo que cabría interpretar que se trata de cualquier otro valor económico establecido en la LOSEP, o solo aquellos que correspondan a ingresos complementarios.

6.3. El beneficio del Art. 129 se constituye en un derecho. El Art. 115 es una compensación por falta de pago de otros valores, es decir una forma de extinción de una obligación”.

1.6. El MEF expone un criterio jurídico abstentivo, citando los artículos 71 del COPLAFIP y 28 del Código Orgánico Administrativo⁹, en el que manifestó que:

“3. PRONUNCIAMIENTO

En mérito de lo expuesto, con base en los informes: técnico y jurídico que se apareja, al amparo de lo dispuesto por el artículo 226 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 71 y 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se considera que, por tratarse de un tema fuera del ámbito de atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas, no es competente para absolver la presente consulta, por lo que, se recomienda correr traslado de la presente consulta al Ministerio del Trabajo, por ser el ente rector en materia de remuneraciones del sector público, de conformidad con el literal a) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público – LOSEP”.

1.7. De los criterios jurídicos previamente citados se aprecia que el SENAE y el MDT coinciden en que el COESCOP no prevé el beneficio por jubilación para los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera, sino la LOSEP, cuya aplicación es subsidiaria para los servidores de las entidades complementarias de seguridad ciudadana.

El SENAE manifiesta que los servidores de las entidades complementarias de seguridad ciudadana se rigen por el COESCOP y agrega que, al no contener el COESCOP regulaciones sobre el beneficio por jubilación, son aplicables a los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera las previsiones de la LOSEP.

Por su parte, el MDT concluye que los servidores del Cuerpo de Vigilancia Aduanera tendrían derecho al beneficio por jubilación. Adicionalmente, agrega que dicho beneficio

⁹ Código Orgánico Administrativo, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio de 2017.



es aplicable a los servidores que cumplan con los requisitos previstos en la LOSEP y su reglamento, y que además no perciban la compensación a la que se refiere el artículo 115 de la LOSEP.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas, que se atenderán conjuntamente por tratar sobre la misma materia, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Régimen jurídico aplicable al personal del Cuerpo de Vigilancia Aduanera; y, ii) Beneficio por jubilación del personal de carrera.

2.1. Régimen jurídico aplicable al personal del Cuerpo de Vigilancia Aduanera. -

El artículo 229 de la CRE dispone que *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*, y su segundo inciso agrega que:

“(…) La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores” (énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 3 de la LOSEP precisa que sus disposiciones son, en principio, de aplicación obligatoria en toda la administración pública. Adicionalmente, el artículo 4 ibidem reitera la definición de servidor público contenida en el artículo 229 de la CRE previamente citado.

Respecto de los servidores aduaneros, el artículo 220 del COPCI prevé que *“Las servidoras y los servidores públicos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador se regirán por la Ley Orgánica de Servicio Público”* (énfasis añadido). En tal contexto, el artículo 205 del COPCI dispone que el servicio de aduana es una potestad pública que ejerce el Estado a través del SENA E, cuyo Director General es su máxima autoridad según los artículos 212 y 213 ibidem.

En relación al Cuerpo de Vigilancia Aduanera, el artículo 222 del COPCI prevé que este es una unidad administrativa del SENA E a la que le corresponde *“la ejecución de operaciones relacionadas con la prevención del delito contra la administración aduanera y de su investigación en el territorio nacional, como apoyo al Ministerio Fiscal”*, de conformidad con *“la Ley que Regula el Servicio Público y la reglamentación que dicte la Directora o el Director General, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Laborales”*. El mismo artículo reitera que el Director General del SENA E es la máxima autoridad del Cuerpo de Vigilancia Aduanera y tiene competencia para emitir los reglamentos necesarios para su funcionamiento.

Adicionalmente, el artículo 223 del COPCI establece que la estructura orgánica y administrativa del SENA E *“será establecida por la Directora o el Director General, así como las atribuciones de sus unidades administrativas”*.

Por su parte, el artículo 1 del COESCOP, expedido con posterioridad al COPCI, prevé que su objeto de regulación es la *“organización, funcionamiento institucional, regímenes de carrera profesional y administrativo-disciplinario del personal de las entidades de seguridad ciudadana y orden público”*, entre las que incluye al Cuerpo de Vigilancia Aduanera, como entidad complementaria de seguridad de la Función Ejecutiva, según el numeral 4 letra a del artículo 2 y el artículo 257 ibidem.

El Cuerpo de Vigilancia Aduanera, según el artículo 258 del COESCOP, es un órgano de ejecución operativa del SENAE, y constituye *“una entidad complementaria de seguridad, de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada”*.

Las causas de cesación de los servidores sujetos al COESCOP constan previstas, de manera general, en su artículo 240, que no incluye entre ellas a la jubilación; no obstante, el primer inciso de la misma norma dispone que son aplicables, además, aquellas causas de cesación que establecen *“la ley y el reglamento que regula el servicio público”* (énfasis añadido).

Al respecto, es oportuno considerar que en pronunciamiento contenido en oficio No. 01100, de 28 de febrero de 2023, dirigido al SENAE, esta Procuraduría concluyó que *“la Ley Orgánica del Servicio Público es aplicable subsidiariamente a los servidores de carrera del Cuerpo de Vigilancia Aduanera”* (énfasis añadido).

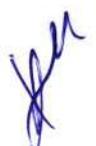
Finalmente, se observa que la letra j) del artículo 47 de la LOSEP incluye entre las causales de cesación de los servidores públicos, la siguiente: *“Por acogerse al retiro por jubilación”*.

De lo expuesto se desprende que: i) el Cuerpo de Vigilancia Aduanera del SENAE es una entidad complementaria de seguridad de la Función Ejecutiva, que tiene a su cargo la ejecución de operaciones relacionadas con la prevención e investigación del delito contra la administración aduanera, siendo su máxima autoridad el Director General del SENAE; ii) La LOSEP contiene las regulaciones generales aplicables a los servidores públicos y su aplicación es subsidiaria para aquellos servidores sujetos a regímenes especiales, como es el caso del personal del SENAE, amparado por el COESCOP, conforme ya ha concluido este organismo; iii) las causas de cesación de los servidores públicos amparados por el COESCOP son las previstas en ese código, así como las que establece la LOSEP y su reglamento; y, iv) el retiro por jubilación de los servidores públicos de carrera está previsto por la LOSEP.

2.2. Beneficio por jubilación del personal de carrera.-

El artículo 23 de la LOSEP reconoce como derechos de los servidores públicos, entre otros, el de *“c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la ley”*; y *“e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley”*.

El beneficio por jubilación consta establecido en el inciso quinto del artículo 81 de la LOSEP como un estímulo para los servidores de carrera. Según esa norma, el beneficio se aplica a los servidores que *“cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social*



para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público” (énfasis añadido), lo que reiteran el artículo 128 de la LOSEP y 288 del RGLOSEP.

Por su parte, el artículo 129 de la LOSEP, ubicado en el Capítulo II denominado “*Régimen de Remuneraciones y de los Ingresos Complementarios*”, respecto del beneficio por jubilación dispone que los servidores que se acojan a la jubilación tendrán derecho a recibir, por una sola vez, “*cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado*”, que, de acuerdo con la reforma introducida a esa norma en 2015, se calcula conforme al salario básico vigente al 1 de enero de 2015 y requiere ser presupuestado, conforme se aprecia de su tenor:

*“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir **por una sola vez** cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total a partir del año 2015, **de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente.** Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.” (énfasis añadido).*

Concordante, el artículo 108 del RGLOSEP prevé que corresponde a la Unidad de Administración del Talento Humano (en adelante, “*UATH*”) de cada entidad, establecer anualmente los planes de retiro voluntario con indemnización, así como los planes de retiro para que los servidores se acojan al beneficio por jubilación, y reitera que dichos planes deberán contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria.

Con respecto del beneficio por jubilación aplicable a los servidores públicos de carrera, esta Procuraduría se ha pronunciado en forma reiterada. Así, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00889, de 15 de marzo de 2011, este organismo manifestó:

*“(…) queda claro de la norma en análisis que, el beneficio por jubilación previsto en el Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, **es un mecanismo establecido como estímulo para motivar al servidor que ha llegado al tope de su carrera**, a los 65 años de edad, a acogerse voluntariamente al retiro antes de cumplir la edad límite de 70 años en que el retiro se torna obligatorio; sin embargo, en los dos casos, el beneficio está supeditado a que el servidor efectivamente cumpla los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social, para acogerse a la jubilación (…)* (énfasis añadido).

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que atento el carácter del beneficio por jubilación establecido en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo monto y límites están determinados en el artículo 129 de la misma Ley, es condición indispensable para su

reconocimiento, que el servidor que perciba dicho estímulo económico, deba haber cumplido 65 años de edad y cumpla los requisitos de jubilación establecidos en la Ley de Seguridad Social (...)”.

Luego, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06679, de 29 de febrero de 2012, esta Procuraduría agregó que:

“Como se aprecia de los artículos transcritos, en cuanto al derecho de los servidores públicos de acogerse a la jubilación, los mismos se remiten al cumplimiento de las leyes de seguridad social.

Del análisis jurídico realizado se desprende que el requisito dispuesto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación, es que el servidor se acoja a la jubilación, para lo cual debe cumplir con los requisitos y presupuestos que disponen la Ley de Seguridad Social (...)

(...) la compensación económica por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, procede previa planificación de cada institución pública. Al efecto, deberá contar previamente con la certificación dispuesta en los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas” (Énfasis añadido).

En el mismo sentido, en pronunciamiento contenido en oficio No. 15146, de 17 de agosto de 2021, esta Procuraduría reiteró que: *“(...) el beneficio por jubilación es un ingreso complementario del personal de servidores de carrera, que cumplan los requisitos para jubilarse, que requiere ser presupuestado y planificado anualmente por las respectivas entidades (...)*”.

Los planes de retiro de los servidores públicos deben atender al procedimiento previsto por los artículos 108 y 285 del RGLOSEP, que reiteran que deben ser planificados y presupuestados, confiriendo al efecto deberes específicos a la UATH de la respectiva entidad a fin de establecer, en la planificación del talento humano, el número de servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas, así como lo previsto por el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185, de 30 de agosto de 2018, y sus reformas, que contiene las directrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación.

Finalmente, se observa que de conformidad con los artículos 115 y 178 del COPLAFIP las entidades del sector público requieren contar con certificación presupuestaria para contraer obligaciones, pues la máxima autoridad de cada entidad y los servidores encargados del manejo presupuestario son responsables *“de observar estrictamente las asignaciones aprobadas, aplicando las disposiciones contenidas en el presente Código y las normas técnicas correspondientes”*.

De lo expuesto se observa que: i) el beneficio por jubilación, previsto por el artículo 129 de la LOSEP, se paga por una sola vez al servidor de carrera que cesa definitivamente en sus



13820

funciones para jubilarse; *ii*) el beneficio por jubilación es un estímulo económico que se paga por una sola vez a los servidores públicos de carrera que cesen para jubilarse y cumplan los requisitos para la jubilación; y, *iii*) dicho beneficio requiere ser planificado y presupuestado por la respectiva entidad, y debe observar las directrices establecidas por el MDT y las disposiciones del COPLAFIP.

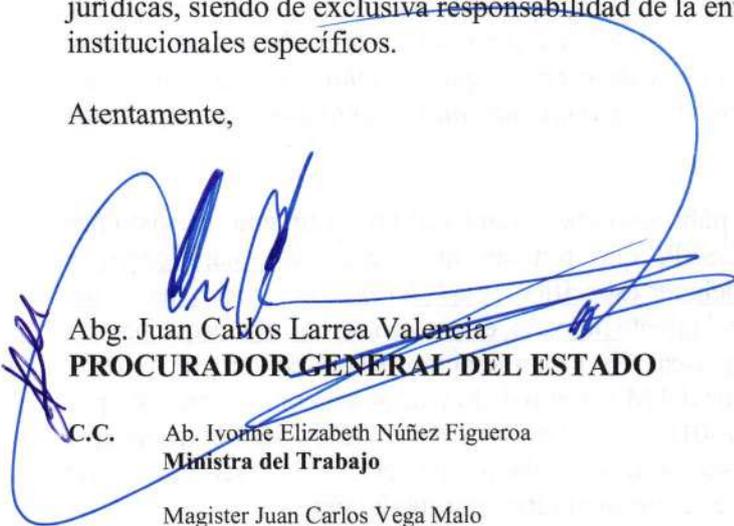
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 240 del COESCOP, 129 de la LOSEP y, 108 y 285 de su Reglamento, el beneficio por jubilación es aplicable a los servidores de carrera del Cuerpo de Vigilancia Aduanera que cesen definitivamente en sus funciones para acogerse al retiro por jubilación y cumplan con los requisitos de ley.

De conformidad con los artículos 129 de la LOSEP, 108 y 285 de su reglamento, y los artículos 115 y 178 del COPLAFIP, el beneficio por jubilación del personal de carrera de las entidades del sector público debe ser planificado y presupuestado por la respectiva entidad, conforme ha concluido en forma reiterada esta Procuraduría. En consecuencia, el SENAE y el Ministerio del Trabajo deben coordinar la planificación anual de cesación por jubilación de los servidores de carrera del Cuerpo de Vigilancia Aduanera.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ab. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa
Ministra del Trabajo

Magister Juan Carlos Vega Malo
Ministro de Economía y Finanzas

Ab. José Neira Rosero
Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado

Oficio No. 08958

Quito, D.M., 09 OCT 2024

Licenciado
Franco Antonio Quezada Montesinos
ALCALCE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN LOJA
Loja

De mi consideración:

Mediante oficio No. 0384-A-GADML-OF, de 8 de mayo de 2024, ingresado en la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja el 15 del mismo mes y año, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRLJ-2024-00062, de 13 de junio de 2024, recibido el 19 del mismo mes y año, se formuló las siguientes consultas:

- a) *“De conformidad con el Art. 527, 531 y, 534 del COOTAD, ¿El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loja, está facultado para cobrar el impuesto de alcabalas en la parte proporcional a los beneficiarios de las providencias de adjudicación otorgadas por la Subsecretaría de Tierras, previo al proceso del catastro?”*
- b) *El Art. 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, establece que los actos de transferencia de dominio emitidos por el ente rector están exentos de tributos; sin embargo esta misma norma también señala que la Autoridad Agraria o el ente rector de hábitat y vivienda remitirá las providencias de adjudicación a los GADS para su catastro y registro, con cargo al adjudicatario; por lo tanto, ¿Es pertinente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loja, cobre tasas por las adjudicaciones otorgadas por la Subsecretaría o a que se refiere la norma cuanto habla de que se remitirá la providencia de adjudicación para su registro y catastro con cargo al adjudicatario?”*

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. PGE-DRLJ-2024-00088, de 22 de mayo de 2024, el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja (en adelante, “GADM LOJA”) la ampliación del informe jurídico contenido en memorando No. ML-PSM-0870-2024, de 23 de abril de 2024. El mencionado requerimiento fue atendido por esa municipalidad con oficio No. ML-A-2024-0535-OF, de 3 de junio de 2024,



08280

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 2

recibido el 6 de los mismos mes y año.

- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 07412, 07413 y 07414, de 24 de junio de 2024, dirigidos al Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante, "MAG"), al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (en adelante, "MIDUVI"), y a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, "AME"), se solicitó que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas.

Con oficios Nos. 07726, 07727 y 07728, de 10 de julio de 2024, dirigidos a la AME, el MIDUVI y el MAG, respectivamente, se insistió en los mencionados requerimientos. Lo anterior fue atendido por el MIDUVI mediante oficio No. MIDUVI-MIDUVI-2024-0921-O, de 8 de agosto de 2024, ingresado a esta Procuraduría el mismo día; y, por la AME mediante oficio No. AME-DNAJ-2024-0025-O, de 15 de agosto de 2024, ingresado el 19 del mismo mes y año. Por su parte, el MAG no atendió los requerimientos de esta Procuraduría.

- 1.3. El informe jurídico inicial citó los artículos 527, 531, 534, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización¹ (en adelante, "COOTAD"), 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales² (en adelante, "LOTRTA"), Reforma a la Ordenanza No. 18-2013 que regula "La estructura Administrativa y Funcionamiento del Registro de la Propiedad del Cantón Loja"; y la Ordenanza No. 0061-2023, que contiene la "Aprobación del plano de zonas homogéneas y de valoración de la tierra rural, así como la determinación, administración y la recaudación de los impuestos a los predios rurales del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja, que regirán en el bienio 2024-2025". Sobre la base normativa previamente citada, el procurador síndico del GAD LOJA concluyó:

"CRITERIO:

*(...) es necesario aclarar que el Art. 70, de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, establece que los actos de transferencia de dominio de predios adjudicados por la Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda al **amparo de esta Ley**, serán considerados de cuantía indeterminada y **estarán exentos del pago de 'tributos'** correspondientes a la transferencia de dominio; en el caso de las adjudicaciones, la municipalidad en base a las atribuciones que le confiere los Arts. 527, 531; y, 534 del COTAD, viene generando el impuesto de '**alcabalas**' en la **parte proporcional** que corresponde al adjudicatario, más no al ESTADO ECUATORIANO; por lo tanto, el valor por alcabala lo vienen cancelando los usuarios beneficiarios de las adjudicaciones únicamente en la parte proporcional en base al avalúo catastral de cada predio.*

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

² LOTRTA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 711 de 14 de marzo de 2016.

08958

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 3

Es necesario considerar, que las adjudicaciones constituyen actos jurídicos de transferencia de dominio conforme lo prescribe el Art. 527 del COOTAD; en este sentido, la Municipalidad debe acatar el tenor literal de esta norma jurídica, la cual rige la administración del GAD Municipal por su carácter de especial, sin que, aquello implique el desconocimiento de lo prescrito en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, ni mucho menos en las disposiciones de los jueces competentes.

Así mismo, es importante analizar que, el mismo Art. 70 ibidem, establece que la Autoridad Agraria Nacional remitirá la providencia de adjudicación a los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales y metropolitanos de los cantones o distritos, donde se encuentre el predio, para su catastro y registro con cargo adjudicatario (...) (El resaltado y subrayado pertenecen al texto original).

1.4. Adicionalmente, el informe jurídico ampliatorio del GADM Loja, que consta en memorando No. ML-PSM-1204-2024, de 3 de junio de 2024, además de las normas señaladas anteriormente, citó los artículos 301 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante, "CRE"), 1, 6, 31, 32 del Código Tributario⁴ (en adelante, "CT"); 185, 186, 491, 528, 566, 567, 568 del COOTAD, con base en lo cual concluyó lo siguiente:

Respecto de la primera consulta:

*"Por lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría Síndica que, los beneficiarios exclusivos de las adjudicaciones al incrementar su patrimonio deben pagar el valor que corresponda por concepto de alcabalas en **la parte proporcional** que corresponde al adjudicatario, encontrando el estado (sic) y los organismos de derecho público, exentos de este pago, tal como lo prescribe lo dispuesto en los Arts. 527, 531; y, 534 del COOTAD; e, inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales.*

Finalmente, la posición institucional sobre el tema, es que la municipalidad del cantón Loja, en aplicación del Art. 534, del COOTAD, debe recaudar el impuesto de alcabalas en la parte proporcional al beneficiario de la adjudicación".

Sobre la segunda consulta:

"(...) ni la ordenanza ni la ley ha previsto su exención, por el contrario, el propio inciso tercero del Art. 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, ha previsto que este proceso se realizará con cargo al adjudicatario.

(...)

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

⁴ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.



Por lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría Síndica que los beneficiarios de las adjudicaciones otorgadas por la Subsecretaría de Tierras y/o Autoridad Agraria Nacional, al momento de proceder al catastro de las providencias de adjudicaciones, deben pagar el 5% del salario básico unificado por el servicio de documento de avalúos o certificado catastral, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 566, 567, 568 del COOTAD, Art. 19 de la Ordenanza 0061-2023; e, inciso tercero del Art. 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales.

Finalmente, la posición institucional sobre el tema, es que, la municipalidad del cantón Loja, en aplicación del inciso tercero del Art. 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, debe exigir al beneficiario de la adjudicación y recaudar el valor de tasa a favor de la municipalidad". (Énfasis corresponde al texto original).

1.5. El criterio jurídico del MIDUVI contenido en el memorando No. MIDUVI-CGJ-2024-0690-M, de 6 de agosto de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de esa cartera de Estado, además de las normas mencionadas por el consultante, citó los artículos 57, 226 y 425 de la CRE; 44, 45, 49 y 50 del Código Orgánico Administrativo⁵; 90 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso Gestión de Suelo⁶ (en adelante, "LOTUGS"); 527, 531 y 532 del COOTAD; 1 y 35 del CT; 7, 9, 32, 54, 58, 60, 79 y la Disposición General Octava de la LOTRTA; 5, 11, 11.1, 14.1, 17 y 20 del Reglamento General para la aplicación de la LOTRTA⁷; 6 y 1732 del Código Civil⁸; las Disposiciones Reformatorias de la Ley Orgánica de Vivienda de Interés Social⁹, que reformó la LOTRTA; 20 del Reglamento de Viviendas de Interés Social e Interés Público¹⁰; y, los artículos 46, 56 y 59 del Acuerdo No. MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A, que contiene la "Metodología para el cálculo del valor de cobro por su adjudicación y las reglas para el otorgamiento del incentivo para regularizaciones del programa 'Creamos Patrimonio'"¹¹, sobre cuya base manifestó y concluyó lo siguiente:

"1.- ANTECEDENTES. -

1.1.- La Subsecretaría de Uso, Gestión de Suelo y Catastro, con memorando Nro. MIDUVI-SUGSC-2024-0549-M de 18 de julio de 2024, emitió el pronunciamiento técnico en relación a la consulta formulada en los siguientes términos:

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

⁶ LOTUGS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 de 5 de julio de 2016.

⁷ Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.920 de 11 de enero de 2017.

⁸ Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁹ Ley Orgánica de Vivienda de Interés Social, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.29, de 25 de marzo de 2022.

¹⁰ Reglamento de Viviendas de Interés Social e Interés Público, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No.57 de 6 de mayo de 2022.

¹¹ Acuerdo No. MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A, publicado en el Registro Oficial No. 218, de 28 de diciembre de 2022.

'(...) En este sentido me permito indicar que el artículo 46 del Acuerdo Ministerial No. MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A de 29 de noviembre de 2022, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 70 de la LOTRTA, establece que los actos de transferencia de dominio de predios adjudicados serán considerados de cuantía indeterminada y que, por lo tanto, estarán exentos del pago de tributos correspondientes a la transferencia de dominio.

Mientras que los artículos (sic) 56 y 59 del Acuerdo Ministerial regulan la entrega de los incentivos destinados a financiar los valores generados por requerimientos técnicos, administrativos, tasas y en general trámites de procesos de titulación de terrenos rurales ocupados o destinados a vivienda.

(...) esta subsecretaría se limita a indicar que en base a lo establecido en la LOTRTA y el Acuerdo Ministerial Nro. MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A, los Gobiernos Autónomos Descentralizados han exento de pago de tributos a los procesos de adjudicaciones de predios estatales rurales ocupados o destinados para vivienda, con el objetivo de garantizar los intereses de los beneficiarios y satisfacer necesidades públicas'.

(...)

3.5.- En relación al pago de impuestos o tributos de los bienes adjudicados al amparo de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales.

(...)

El artículo 6 del Código Civil, establece que, la Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial, y por ende será de cumplimiento obligatorio; por tanto en el análisis, los Gobiernos Autónomos Descentralizados al amparo de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, no se encuentran facultados para el cobro del impuesto de alcabala a los actos de transferencia de dominio de predios adjudicados por el ente rector de hábitat y vivienda, cuyos predios rurales están actualmente ocupados o destinados para vivienda de campesinos o campesinas.

Cabe señalar que el impuesto de alcabala, como lo establece el COOTAD, es un impuesto que se determina a los actos o contratos de transferencia de dominio de inmuebles; y, al establecerse en forma expresa en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, que los actos de transferencia de dominio efectuados por el MIDUVI, son de cuantía indeterminadas y estar exentos del pago de impuestos a transferencias de dominio; no procede legalmente el cobro del impuesto del alcabala a dichos actos.

Además se debe considerar lo dispuesto en el artículo 32 del Código Tributario, que establece que, solo mediante disposición expresa de Ley, se podrán establecer exenciones tributarias, en este caso, la exención del pago de impuesto por la transferencia de dominio de los referidos bienes, se encuentra legalmente





establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales; y, no procede su cobro en los actos de transferencia de dominio de predios rurales de propiedad estatal que sean adjudicados por el ente rector de hábitat y vivienda.

(...)

3.6.- En relación a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, que establece que el ente rector de hábitat y vivienda remitirá a los GADS, las providencias de adjudicación para su catastro y registro con cargo al adjudicatario.

(...)

El artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, únicamente efectúa la excepción del pago de tributos correspondientes a transferencia de dominio; en ese contexto es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 35, del Código Tributario que establece que dentro de los límites que establece la Ley y sin perjuicio de lo que se dispongan en leyes orgánicas o especiales, están exclusivamente exentos del pago de impuesto, pero no de tasas ni de contribuciones especiales.

(...)

De la misma forma, el Reglamento de Vivienda de Interés Social e Interés Público, en el artículo 20, faculta al MIDUVI, a otorgar el incentivo de titulación, el cual, se aplica para financiar los valores 'generados por requerimientos técnicos, administrativos, tasas, y en general trámites de procesos de titulación de terrenos ocupados o destinados a vivienda'.

Por lo cual, se concluye que, al amparo de lo dispuesto en el 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Tributario, únicamente están exentos de pagar los 'tributos', correspondientes a la transferencia de dominio, pero no están exentos de pago, de los tributos que corresponden a tasas y contribuciones, las mismas deben ser canceladas por los beneficiarios de las adjudicaciones que se efectúen, por ejemplo, las tasas por servicios notariales, o pago de aranceles por la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto de transferencia de dominio; u otros costos que demande la transferencia de dominio.

4.- CRITERIO JURÍDICO:

4.1. (...)

En aplicación a las disposiciones legales antes citadas, se determina que la Autoridad Agraria Nacional la ejerce el Ministerio de Agricultura y Ganadería

que tiene la facultad rectora, coordinadora y reguladora en materia de tierras rurales.

(...)

El MIDUVI, al no ser el ente rector en materia de adjudicación de tierra rural agraria, no tiene la facultad para pronunciarse en aspectos que no se encuentran dentro del ámbito de su competencia, en los términos previstos en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Orgánico Administrativo.

4.2. (...)

Conforme consta en la normativa vigente y que ha sido citada a lo largo de este oficio; y, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Tributario, en concordancia con lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, los actos de transferencia de dominio, adjudicaciones de tierra rural destinada a vivienda, que efectúa el ente rector de hábitat y vivienda, están exentas del pago de impuestos que corresponden a transferencia de dominio, como es el impuesto de alcabala, pero no están exentos del pago de tasas, contribuciones o los aranceles por la inscripción en Registro de la Propiedad.

Criterio que se ratifica con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nro. 405, contenido del

Reglamento de Vivienda de Interés Social e Interés Público, que en el artículo 20, en relación a los incentivos para titulación, establece que el incentivo para titulaciones de terrenos, se aplicarán para financiar los 'valores generados por requerimientos técnicos, administrativos, tasas y en general trámites', de procesos de titulación de terrenos ocupados o destinados a vivienda'."

- 1.6. El criterio jurídico de la AME, además de la normativa ya mencionada por el consultante, citó los artículos 1, 82, 226, 238, 264, 265 y 300 de la CRE; 10 y 14 del CT, el Instructivo para Establecer el Valor de la Tierra Adjudicada en Procedimientos de Titulación; el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos¹² (en adelante, "LOSNRDP"); y la sentencia No. 004-11-SIN-CC de la Corte Constitucional, que examinó el principio de equidad tributaria; luego de lo cual expuso y concluyó:

"Aspectos introductorios del impuesto de alcabala

(...)

En la práctica municipal, el impuesto se genera inicialmente con la celebración del acto (minuta), incluso cuando el pago puede realizarse antes de dicha celebración. Esto se debe a que el Art. 537 del COOTAD requiere que el notario

¹² LOSNRDP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 162 de 31 de marzo de 2010.



verifique el pago antes de extender la correspondiente escritura pública, lo cual guarda armonía con el presupuesto jurídico que contiene el Art. 527 del COOTAD “los actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles”, lo cual configura el hecho generador y su cumplimiento da lugar al cobro del tributo.

El impuesto de alcabala grava una variedad de actos jurídicos que implican el traspaso de dominio de bienes inmuebles. Desde los títulos traslaticios de dominio onerosos hasta las donaciones y transferencias realizadas a través de fideicomisos, la normativa busca asegurar la tributación equitativa de estos negocios jurídicos, contribuyendo así al financiamiento de las políticas públicas y el desarrollo socioeconómico del país.

(...)

*En resumen, si bien la analogía es una herramienta válida para interpretar y aplicar la normativa tributaria cuando existen lagunas legales, **esta no puede utilizarse para crear nuevos tributos, exenciones u otros beneficios que solo pueden ser establecidos por la ley tributaria de manera explícita y directa.***

(...)

En concordancia con lo expuesto, el art. 10 del Código Tributario establece que el ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de gestión en materia tributaria constituyen actividades regladas y son susceptibles de impugnación tanto por vía administrativa como jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en la ley.

(...)

Análisis de las consultas.

(...)

Primera Consulta.

(...)

¿Existe traspaso de dominio en la adjudicación a través de las providencias emitidas por la Subsecretaría de Tierras?

(...)

El Instructivo para Establecer el Valor de la Tierra Adjudicada en Procedimientos de Titulación, contiene los elementos constitutivos para la adjudicación de las tierras por parte del Estado y refiere a los trámites de titulación de tierras mediante adjudicación, así también contiene las tablas de valor de la tierra por hectáreas y altitud sobre el nivel del mar; y, el procedimiento de adjudicación.

En conclusión, las providencias de adjudicación emitidas por la Subsecretaría de Tierras satisfacen uno de los elementos esenciales: el beneficio derivado del contrato respectivo.

Esto establece la realización del hecho generador del impuesto de alcabala. Es crucial reconocer que estos actos administrativos no solo formalizan la transferencia de dominio de bienes inmuebles, sino que también generan la obligación tributaria correspondiente, asegurando así la aplicación adecuada de las normativas fiscales pertinentes.

(...)

En conclusión, la exoneración tributaria requiere que exista previamente una obligación tributaria surgida del hecho generador correspondiente. La ley establece claramente qué situaciones están sujetas al impuesto y cuáles no lo están, mediante la delimitación del hecho generador y la especificación de sus elementos constitutivos. No todas las reducciones de impuestos, como las relacionadas con mínimos vitales o deducciones personales, constituyen exoneraciones; estas ajustan la base imponible pero no eximen del cumplimiento tributario. Es crucial distinguir entre exoneración y otros mecanismos de ajuste fiscal para una aplicación adecuada de la normativa tributaria.

(...)

En conclusión, la norma destaca la importancia de la obligación tributaria de los contratantes no exentos frente a los entes públicos y organismos que sí están exentos de impuestos. Este análisis subraya cómo la legislación fiscal busca mantener un equilibrio justo en la distribución de la carga fiscal entre los diversos actores económicos, asegurando el cumplimiento de las obligaciones fiscales conforme al ordenamiento jurídico vigente.

(...)

Criterio Institucional.

De lo expuesto se concluye que la cuestión de si existe traspaso de dominio en las adjudicaciones mediante las providencias emitidas por la Subsecretaría de Tierras, es crucial aplicar criterios jurídicos claros y pertinentes. El artículo 531 del COOTAD establece que los sujetos pasivos de la obligación tributaria son aquellos que reciben beneficio en el respectivo contrato y aquellos favorecidos por actos realizados en su exclusivo beneficio.

Al analizar las providencias de adjudicación emitidas por la Subsecretaría de Tierras bajo estos criterios, se determina que dichas providencias constituyen un hecho generador del impuesto de alcabala. Esto se debe a que la adjudicación de tierras implica un acto administrativo que formaliza la transferencia de dominio de bienes inmuebles. Por lo tanto, quienes son beneficiarios directos de estas adjudicaciones están considerados sujetos pasivos del impuesto, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos por la ley para tal efecto.



Es fundamental reconocer que la exoneración tributaria, según el artículo 534 del COOTAD y la doctrina consultada, requiere la existencia previa de una obligación tributaria surgida del hecho generador correspondiente. En este sentido, las adjudicaciones por parte de entidades públicas pueden estar exentas de impuestos según leyes específicas, pero los contratantes que no gocen de esta exención estarían obligados al pago del impuesto de alcabala, contribuyendo así al financiamiento estatal conforme al marco legal establecido.

En conclusión, las providencias de adjudicación emitidas por la Subsecretaría de Tierras son consideradas como eventos que generan obligaciones tributarias, siempre y cuando los beneficiarios cumplan con los criterios de beneficio directo en el contrato respectivo y sean favorecidos por actos realizados en su exclusivo beneficio. Al no existir exención o dispensa legal expresa o taxativa para los privados o particulares que se benefician de las adjudicaciones, deben contribuir al pago del impuesto en la parte proporcional a los beneficiarios de las providencias de adjudicación otorgadas por la Subsecretaría de Tierras.

2.- Segunda Consulta

(...)

La relevancia jurídica de la consulta radica en el cobro de tasas por los actos de transferencia de dominio emitidos por el ente rector y la pertinencia de que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja cobre tasas por las adjudicaciones otorgadas por la Subsecretaría. Esto se refiere a que el proceso de remisión de la providencia de adjudicación para su registro y catastro.

La consulta refiere a 'tasas' sin embargo si nos circunscribimos al registro de las providencias de adjudicación en el Registro de la Propiedad, deben referirse a 'aranceles' (...).

Debe considerarse que al establecer el art. 1 Constitucional la forma de gobierno descentralizado, se instituyeron niveles de gobierno como aquellos establecidos en el art.

238 de la Constitución de la República, de entre ellos los gobiernos municipales, los cuales la Constitución ha establecido un catálogo competencial o de competencias exclusivas prescrito en el art. 264 Constitucional.

De las competencias exclusivas no se establece como tal el registro de la propiedad, así, el art. 265 de la Constitución señala: 'El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades.'

La competencia concurrente actualmente se comparte con la Dirección Nacional de Registros Públicos (DINARDAP), conforme a lo establecido en la Ley

08958

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 11

Orgánica del Sistema Nacional de Datos Públicos (sic). Según el artículo 19 de esta ley, la administración conjunta del Registro de la Propiedad entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la DINARDAP está claramente definida. Cada municipio en cantones o Distritos Metropolitanos es responsable de la organización administrativa del registro y su coordinación con el catastro. (...).

Criterio Institucional

En virtud de lo anterior, se concluye que, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja debe cobrar los aranceles correspondientes por la transferencia de dominio en el registro de la propiedad, dado que los aranceles no están incluidos en la exención de tributos establecida por la normativa vigente. Esta práctica asegura la correcta administración de los recursos asociados a los servicios de registro y mantiene la conformidad con el marco legal y constitucional establecido” (el resaltado pertenece al texto original).

1.7. De los criterios jurídicos previamente citados se aprecia que respecto de la primera consulta el GADM Loja y la AME difieren del criterio institucional del MIDUVI.

Así, los informes jurídicos del GADM Loja y de la AME consideran que los adjudicatarios de tierras rurales deben pagar la parte proporcional del impuesto de alcabalas en virtud de que el COOTAD contempla dicha exención únicamente en beneficio de las entidades del sector público. En virtud de lo anterior, consideran que se debe efectuar el cobro proporcional del impuesto a la parte beneficiaria del acto jurídico de transferencia de dominio del inmueble.

Por su parte, el MIDUVI concluye que, de conformidad con los artículos 35 del CT y 70 de la LOTRTA, las adjudicaciones de tierra rural destinadas a vivienda están exentas del pago de impuestos provenientes de la transferencia de dominio, como es el impuesto de alcabala.

Respecto de la segunda consulta, los criterios jurídicos del GADM Loja, MIDUVI y AME coinciden en que el catastro de los inmuebles adjudicados se debe realizar a costa del adjudicatario, así como el pago de los aranceles correspondientes a la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto de transferencia de dominio, conforme prevé el tercer inciso del artículo 70 de la LOTRTA, que no establece exención en esa materia. El MIDUVI agrega que tanto el Reglamento de Viviendas de Interés Social e Interés Público como el Acuerdo Ministerial No. MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A establecen incentivos destinados a financiar los valores generados por tasas y, en general, trámites de procesos de titulación de terrenos rurales ocupados o destinados a vivienda.



2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Impuesto de alcabalas; ii) Tasas por servicios; iii) Regulaciones de la LOTRTA sobre adjudicación de tierras rurales, y exención que esa ley establece.

2.1. Impuesto de alcabalas. -

De conformidad con el artículo 527 del COOTAD, son objeto del impuesto de alcabala los actos jurídicos “*que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles*”, entre ellos, según su letra a): “*Los títulos traslaticios de dominio onerosos de bienes raíces (...)*”.

El sujeto activo del impuesto de alcabala, según el artículo 530 ibidem, es el municipio o distrito metropolitano donde estuviere ubicado el inmueble. La determinación del valor del tributo se realiza en la forma prevista por el artículo 532 ibidem, en función del valor del inmueble que conste en el avalúo oficial o contrato.

El artículo 531 del COOTAD establece que son sujetos pasivos del impuesto de alcabala “*los contratantes que reciban beneficio en el respectivo contrato, así como los favorecidos en los actos que se realicen en su exclusivo beneficio*”. Añade la misma norma que se presume que el beneficio es mutuo y proporcional a la cuantía, y, respecto de las exenciones, prevé que:

“(...) Cuando una entidad que esté exonerada del pago del impuesto haya otorgado o sea parte del contrato, la obligación tributaria se causará únicamente en proporción al beneficio que corresponda a la parte o partes que no gozan de esa exención”.

Se prohíbe a las instituciones beneficiarias con la exoneración del pago del impuesto, subrogarse en las obligaciones que para el sujeto pasivo de la obligación se establecen en los artículos anteriores”.

Por su parte, el artículo 534 del COOTAD establece, entre otras, las siguientes exenciones al impuesto de alcabalas:

“a) El Estado, las municipalidades y demás organismos de derecho público, así como el Banco Nacional de Fomento, el Banco Central, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los demás organismos que, por leyes especiales se hallen exentos de todo impuesto, en la parte que les corresponda, estando obligados al pago, por su parte, los contratantes que no gocen de esta exención;

b) (Sustituido por el Art. 52 de la Ley s/n, R.O. 166-S, 21-I-2014).- En la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de

08958

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 13

vivienda de interés social, previamente calificados por el organismo correspondiente, la exoneración será total;” (énfasis añadido).

(...)

Estas exoneraciones no podrán extenderse a favor de las otras partes contratantes o de las personas que, conforme a las disposiciones de este Código, deban pagar el cincuenta por ciento de la contribución total. La estipulación por la cual tales instituciones tomen a su cargo la obligación, no tendrán valor para efectos tributarios.”

Adicionalmente, en armonía con lo dispuesto en el número 4 del artículo 57 de la CRE, el artículo 103 del COOTAD establece una exención específica con relación al pago de impuestos y tasas aplicable a las adjudicaciones de tierras comunitarias a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Dichas normas, en su orden, prevén:

“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...) 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos” (énfasis añadido).

“Art. 103.-Tierras y territorios comunitarios. - Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias que serán inalienables, inembargables e indivisibles y que estarán exentas del pago de tasas e impuestos; así como la posesión de los territorios y tierras ancestrales, que les serán adjudicadas gratuitamente” (énfasis añadido).

De lo expuesto se aprecia que: *i)* las alcabalas son un impuesto cuyo sujeto activo son los municipios y se aplican a los actos jurídicos de transferencia onerosa de dominio de inmuebles; *ii)* el COOTAD establece exenciones al impuesto de alcabalas, parciales o totales, según el caso. La exención es parcial cuando beneficia a una sola de las partes del acto jurídico de transferencia de dominio, y total cuando beneficia a las dos partes, como en el caso previsto por la letra b) del artículo 534 del COOTAD, relacionado con la materia de consulta, pues se refiere a las transferencias de inmuebles para vivienda de interés social; y, *iii)* el artículo 103 del COOTAD reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias y que están exentas del pago de tasas e impuestos; así como la posesión de los territorios y tierras ancestrales, que les serán adjudicadas gratuitamente.



2.2. Tasas por servicios.-

El artículo 567 del COOTAD establece la obligación del Estado y demás entidades del sector público de pagar el valor de las tasas por los servicios públicos que presten las municipalidades, previendo igual deber para los sujetos de derecho privado. Por su parte, el artículo 568 del COOTAD señala los servicios que están sujetos a tasas, entre ellos, los servicios administrativos, según su letra g).

En cuanto a los catastros, los artículos 55 letra i) y 139 del COOTAD confieren a los municipios competencia para elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales de la propiedad inmueble, y la obligación de actualizar los catastros y la valoración de la propiedad inmueble urbana y rural cada dos años.

El catastro es definido como *“el registro público de los bienes inmuebles, que sirve de base para aplicar las contribuciones territoriales y que contiene la ubicación de los inmuebles, límites, extensión, transferencia, etcétera”*¹³.

Respecto del Registro de la Propiedad, el artículo 265 de la CRE prevé que *“será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades”*, lo que reitera el primer inciso del artículo 19 de la LOSNRDP.

En relación con los aranceles por los servicios que prestan las entidades responsables de efectuar el registro de actos, como es el caso del Registro de la Propiedad a cargo de las municipalidades, tienen el carácter de tasas, conforme ha examinado esta Procuraduría en pronunciamiento¹⁴ contenido en oficio No. 06116, de 7 de octubre de 2019.

En tal contexto, el segundo inciso del artículo 33 de la LOSNRDP dispone que *“En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”* (énfasis añadido).

De lo expuesto se aprecia que: *i)* las tasas son tributos retributivos de los servicios públicos que prestan las entidades del sector público; y, *ii)* la creación, modificación y exención de tasas municipales se realiza mediante ordenanza.

2.3. Regulaciones de la LOTRTA sobre adjudicación de tierras rurales y exención que esa ley establece.

Los artículos 1 y 2 de la LOTRTA, que establecen su ámbito y objeto, prevén que esa ley regula la relación del Estado con las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, en materia de tierras rurales, así como el reconocimiento y adjudicación de

¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 2, pág. 828.

¹⁴ “oficio No. 06116 de 7 de octubre de 2019: “1.4. Los criterios jurídicos emitidos, tanto por la entidad consultante como por el Ministerio de Economía y Finanzas, coinciden en señalar que los aranceles que cobran los Registros Mercantiles por la prestación de sus servicios constituyen tasas (...)”.

08958

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 15

territorios ancestrales a las comunas y comunidades, pueblos y nacionalidades, y al efecto confiere competencias al MAG y al MIDUVI.

Con tal antecedente, se observa que según la letra a) del artículo 85 de la LOTRTA, la propiedad estatal es aquella “*Constituida por las tierras de propiedad de las entidades del sector público, incluyendo las tierras rurales que formando parte del territorio nacional, carecen de dueño*”, lo que reitera la letra a) del artículo 87 ibidem.

En tal contexto, el artículo 70 de la LOTRTA, ubicado en el capítulo III, “*Reglas para la titulación de tierras rurales*”, fue reformado en 2022¹⁵ únicamente para incorporar en su texto al ente rector de hábitat y vivienda, como autoridad competente, además del MAG, para efectuar la adjudicación de tierras rurales, manteniéndose en lo demás inalterado el tenor de la norma.

Es decir que, según el artículo 70 de la LOTRTA, la competencia para adjudicar tierras rurales del Estado corresponde a la autoridad agraria nacional (MAG), así como al MIDUVI, según se trate de tierra rural agraria o destinada para vivienda rural, conforme los artículos 54 y 58 ibidem¹⁶.

La adjudicación de tierras rurales “*estatales en posesión agraria o de vivienda, constituye justo título*”, según el artículo 59 de la LOTRTA:

“Art. 59.- Adjudicación.- (Reformado por la Disp. Reformatoria Segunda de la Ley s/n, R.O. 29-2S, 25-III-2022).- La adjudicación es el acto administrativo público de disposición o enajenación de tierras rurales, a través del cual el Estado transfiere y titula el dominio de un predio de su patrimonio, en favor de la persona natural que ha estado en posesión agraria de tierra rural estatal y que ha cumplido los requisitos determinados en esta Ley y su reglamento.

También se transfieren mediante adjudicación las tierras estatales a personas jurídicas como parte de programas de redistribución y aquellas tierras rurales privadas que han sido declaradas de utilidad pública o interés social o expropiadas por no haber cumplido con la función social o la función ambiental, según lo previsto en esta Ley.

Para efectos de esta Ley, la adjudicación de tierras rurales estatales en posesión agraria o de vivienda, constituye justo título”.

¹⁵ Artículo reformado por la Disposición Reformatoria Séptima de la Ley Orgánica de Vivienda de Interés Social.

¹⁶ LOTRTA.- “Art. 54.- Definición.- (Reformado por la Disp. Reformatoria Primera y Séptima de la Ley s/n, R.O. 29-2S, 25-III-2022).- La Regularización de la posesión sea agraria o de vivienda es el conjunto de acciones determinadas en esta Ley, para legalizar, titular, redistribuir o reconocer el derecho a la propiedad sobre la tierra rural estatal.

La regularización agraria es competencia exclusiva de la Autoridad Agraria Nacional y o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda y la regularización de vivienda es competencia exclusiva del ente rector de hábitat y vivienda”.

“Art. 58.- Vivienda rural.- La regularización de predios rurales que actualmente están ocupados o destinados para vivienda de campesinas y campesinos que se encuentran en posesión de tierras estatales, es competencia de la autoridad rectora del desarrollo urbano y vivienda, en coordinación con los Gobiernos Autónomos Descentralizados.”



822880

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 16

En tal contexto, el artículo 70 de la LOTRTA, sobre cuya aplicación tratan las consultas, en el segundo inciso establece la siguiente exención:

“Los actos de transferencia de dominio de predios adjudicados por la Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda al amparo de esta Ley, serán considerados de cuantía indeterminada y **estarán exentos del pago de tributos correspondientes a la transferencia de dominio.**” (énfasis añadido).

Conforme el tenor de la norma previamente transcrita, la exención que expresamente establece el segundo inciso del artículo 70 de la LOTRTA se refiere a los tributos “*correspondientes a la transferencia de dominio*”, es decir que la exención se aplica a las adjudicaciones que instrumentan la transferencia de dominio de dichos inmuebles. Adicionalmente, se observa que la norma no distingue si la exención es a favor de la autoridad o el adjudicatario.

Por otra parte, lo relacionado con el catastro y registro de los predios rurales adjudicados se regula en el inciso tercero del artículo 70 de la LOTRTA, que prevé en forma expresa que se realizarán “*con cargo al adjudicatario*”, según se aprecia de su tenor, que establece:

“La Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda, según corresponda remitirá la providencia de adjudicación a los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales y metropolitanos de los cantones o distritos, donde se encuentra el predio, **para su catastro y registro, con cargo al adjudicatario**” (énfasis añadido).

Al respecto, es oportuno considerar que el artículo 20 del Reglamento de Viviendas de Interés Social e Interés Público prevé la entrega de un incentivo por parte del ente rector de la materia, destinado a financiar los valores correspondientes a tasas:

“Art. 20.- Del incentivo para titulaciones de terrenos. - Es el incentivo de carácter excepcional y de necesidad, **destinado a financiar los valores generados por requerimientos técnicos, administrativos, tasas, y en general trámites de procesos de titulación de terrenos ocupados o destinados a vivienda.** (...). El valor máximo de este incentivo será de hasta 2 SBU” (énfasis añadido).

Concordante, el artículo 56 del Acuerdo MIDUVI-MIDUVI-2022-0021-A reitera que el incentivo está destinado a financiar valores generados por “*tasas y en general trámites de procesos de titulación de terrenos rurales ocupados o destinados a vivienda*”, mientras que el artículo 59 ibidem agrega que el incentivo no se entrega a los poseedores de los predios, sino que el ente rector de hábitat y vivienda tendrá la responsabilidad de levantar “*la información para proceder con los actos de adjudicación. Esto lo realizará de manera colaborativa con los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y/o*

08958

MUNICIPIO DE LOJA
005710-2024
Página. 17

Metropolitanos, y/o mediante la contratación o acuerdo de cooperación con el gestor técnico”.

De lo expuesto se aprecia que: *i)* la adjudicación de tierras rurales es un acto administrativo de transferencia de dominio; *ii)* el segundo inciso del artículo 70 de la LOTRTA exonera expresamente del pago de tributos a los actos de “*transferencia de dominio*” provenientes de las adjudicaciones de tierras rurales que realice la Autoridad Agraria Nacional o el ente rector de hábitat y vivienda. De acuerdo con su tenor, dicho inciso establece una exención total, pues se refiere en forma general a la transferencia de dominio como tal, sin limitar la exención a una u otra de las partes que intervienen en el acto jurídico de adjudicación; *iii)* la transferencia de dominio de inmuebles destinados a vivienda de interés social está exenta del impuesto de alcabala, de conformidad con la letra b) del artículo 534 del COOTAD; *iv)* el artículo 103 del COOTAD establece una exención del pago de impuestos y tasas, aplicable a las adjudicaciones de tierras comunitarias a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y, *v)* respecto del catastro y registro de los predios rurales adjudicados, el tercer inciso del artículo 70 de la LOTRTA expresamente prevé que se realicen “*con cargo al adjudicatario*”, en armonía con lo previsto por el artículo 568 del COOTAD, salvo que mediante ordenanza se hubiere establecido exención, y sin perjuicio del incentivo que para el pago de tasas prevé el artículo 20 del Reglamento de Viviendas de Interés Social e Interés Público.

Finalmente, se observa que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁷, cuyo número 1 contiene las reglas de solución de antinomias, prevé que “*Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior*”; y sus numerales 4 y 5 se refieren a las interpretaciones evolutiva y sistemática previendo, en su orden, que “*Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales*”, y que “*deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que el segundo inciso del artículo 70 de la LOTRTA establece una exención, expresa y total, específicamente referida al pago de tributos fiscales y municipales respecto de las transferencias de dominio resultantes de la adjudicación de tierras rurales por las autoridades nacionales competentes. Adicionalmente, la letra b) del artículo 534 del COOTAD exonera del impuesto de alcabala a la transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social previamente calificados por el organismo correspondiente, y dispone expresamente que “*la exoneración será total*”. En tal virtud, los municipios no están facultados para cobrar el impuesto de alcabalas a los beneficiarios

¹⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, de 22 de octubre de 2009.

de las adjudicaciones de tierras rurales del Estado, destinadas a agricultura o viviendas de interés social.

Respecto de la segunda consulta se concluye que, según el tenor del tercer inciso del artículo 70 de la LOTRTA, el catastro y registro de predios rurales, adjudicados por las autoridades competentes, se realiza “con cargo al adjudicatario” que, en consecuencia, está obligado al pago de las respectivas tasas o aranceles, salvo que, mediante ordenanza, la municipalidad hubiere establecido exención, conforme los artículos 55 letra e), 566 y 568 del COOTAD.

Las municipalidades deberán considerar adicionalmente que el artículo 103 del COOTAD establece una exención del pago de impuestos y tasas, aplicable a las adjudicaciones de tierras comunitarias, en beneficio de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

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. Lcdo. Franklin Danilo Palacios Márquez
Ministro de Agricultura y Ganadería

Arq. Humberto Plaza Arguello
Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda

Ing. Patricio Maldonado Jiménez
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas

Abg. Pedro Gabriel Fernández Andrade
Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 09053

Quito, D.M., 15 OCT 2024

Abogada

Ivonne Coloma Peralta

PRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. TCE-PRE-2024-0017-OF, de 07 de agosto de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“Al amparo de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 27 de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano, 240 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, corresponde otorgar el pago monetario por concepto del beneficio de guardería en aquellas instituciones públicas que cuentan con menos de 20 servidores con beneficiarios, según lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo Nro. MDT-2023-085 (NORMA QUE REGULA EL BENEFICIO DE GUARDERÍA PARA EL CUIDADO DIARIO INFANTIL A FAVOR DE LAS HIJAS Y LOS HIJOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, O NIÑAS Y NIÑOS QUE SE ENCUENTREN BAJO CUIDADO O PATRIA POTESTAD DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, HASTA EL DÍA QUE CUMPLAN LOS 5 AÑOS DE EDAD)?”.

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, mediante oficio No. 08137, de 12 de agosto de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. El requerimiento antes indicado fue atendido por la Subsecretaría de Normativa del MDT, a través del oficio No. MDT-SN-2024-0663-O, de 22 de agosto de 2024.
- 1.2. El informe jurídico No. TCE-DAJ-INF-2024-031, de 05 de agosto de 2024, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral (en adelante, “TCE”) citó, en lo principal, los artículos 11 números 2 y 8, 44, 45, 82, 217, 226, 227, 229, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 50 letra a) y b), 51 letra a), 52 letras a) y k) de la Ley Orgánica

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

del Servicio Público² (en adelante, “LOSEP”); I, 4, 11, 12 y 27 de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano³ (en adelante, “LODCH”); 23 del Reglamento General a la LOSEP⁴ (en adelante, “RGLOSEP”); y, 3, 4, 5 y 6 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-085⁵ que contiene la “Norma que Regula el Beneficio de Guardería para el Cuidado Diario Infantil a favor de las Hijas y los Hijos de las y los Servidores Públicos, o Niñas y Niños que se Encuentren Bajo Cuidado o Patria Potestad de las y los Servidores Públicos, Hasta el Día que Cumplan los 5 Años de Edad” (en adelante, “Norma que Regula el Beneficio de Guardería”), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“VI CRITERIO

6.1.- *Por lo expuesto, es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica que, resulta improcedente que para el otorgamiento del beneficio de guardería, al amparo de la Ley Orgánica del Derecho a (sic) Cuidado Humano y de la ‘NORMA QUE REGULA EL BENEFICIO DE GUARDERÍA PARA EL CUIDADO DIARIO INFANTIL A FAVOR DE LAS HIJAS Y LOS HIJOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, O NIÑAS Y NIÑOS QUE SE ENCUENTREN BAJO CUIDADO O PATRIA POTESTAD DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, HASTA EL DÍA QUE CUMPLAN LOS 5 AÑOS DE EDAD’ – Acuerdo Nro. MDT-2023-085, la calidad de beneficiario se supedita a la cantidad de solicitudes que se reciban en el Tribunal Contencioso electoral (sic), como lo ha manifestado el Ministerio del Trabajo. (Lo subrayado me corresponde).*

6.2.- *Así mismo, esta Dirección considera lo regulado por el Ministerio de Trabajo en el acuerdo (sic) ministerial, es discriminatorio y por lo mismo atenta a los derechos de los niños que se encuentran bajo el cuidado de los servidores públicos en general; en tal sentido, al contraponerse este acuerdo (sic) ministerial a una norma jerárquicamente superior como lo es la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano, al amparo del artículo 425 de la Constitución de la República, no es aplicable el número mínimo de solicitudes para acceder al beneficio de guardería determinado en el artículo 4 de la norma expedida por el Ministerio de Trabajo, y en tal sentido, para viabilizar el otorgamiento del beneficio de guardería se debe entender de manera global que la imposibilidad de otorgamiento de este beneficio en la forma que prescribe el artículo 4 de la referida norma técnica, ha sido suplida por el artículo 6 de dicha normativa, el cual señala de manera general que en los casos manifiestos en que no se pueda otorgar este beneficio (lo que incluiría el número mínimo de solicitudes requeridas), el mismo podría ser cancelado a los servidores públicos, previo informe justificativo, puesto que no se puede (sic) dejar de cumplir con lo dispuesto por la Ley Orgánica ya referida, teniéndose como antecedente que el mecanismo de pago por este beneficio habría sido la forma seleccionada por la Unidad de Talento Humano del TCE, para el otorgamiento del mismo”. (Lo subrayado me corresponde).*

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

³ LODCH, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 12 de mayo de 2023.

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

⁵ Norma que Regula el Beneficio de Guardería, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 344 de 3 de julio de 2023.

- 1.3. El criterio jurídico del MDT, además de las normas señaladas anteriormente citó los artículos 225 de la CRE; 3 y la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP; 112, 236 y 240 de su Reglamento General; 2 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería; la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, de 05 de agosto de 2022, a través de la cual la Corte Constitucional analizó el alcance de los derechos de las mujeres en estado de embarazo y en periodo de lactancia en el contexto laboral público (régimen LOSEP) y desarrolló el derecho al cuidado y los indicadores de política pública para garantizarlo; y, los oficios No. MDT-SN-2024-0114-O y No. MDT-SN-2024-0316-O, de 21 de febrero y 30 de abril de 2024, respectivamente, dirigidos al TCE, relacionados con el tema de consulta, luego de lo cual manifestó y concluyó:

“4. PRONUNCIAMIENTO:

El Ministerio del Trabajo, en cumplimiento de lo determinado en la Sentencia 3-19-JP/20 y Acumulados, emitió el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2023-085 que permite viabilizar la ejecución de las disposiciones establecidas en la referida Sentencia, en la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano y en el artículo 236 del Reglamento General a la LOSEP (el subrayado me corresponde).

Por lo expuesto, y en consonancia con los pronunciamientos emitidos por esta cartera de Estado al Tribunal Contencioso Electoral, en relación al mismo tema de su consulta, según Oficios Nro. MDT-SN-2024-0114-O de 21 de febrero de 2024 y Nro. MDT-SN-2024-0316-O de 30 de abril de 2024, el beneficio de guardería se otorgará en las instituciones del Estado que laboren **más de veinte servidores que tengan beneficiarios**, conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en su sentencia 3-19-JP/20 y Acumulados” (lo resaltado corresponde al texto original y lo subrayado me corresponde).

- 1.4. De lo expuesto se desprende que el informe jurídico de la entidad consultante difiere del criterio jurídico del MDT. Para el TCE resulta improcedente, discriminatorio y atentatorio a los derechos de los niños que, para acceder al beneficio de guardería, se deba considerar el número mínimo de solicitudes recibidas. El TCE señala que se debe aplicar directamente lo establecido en la LODCH, al amparo del artículo 425 de la CRE, sin perjuicio de que el artículo 6 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería faculta a que, en los casos manifiestos en los que no se pueda otorgar el beneficio, incluyendo el número mínimo de solicitudes requeridas, el mismo podría ser cancelado a los servidores públicos previo informe justificativo.

Por su parte, el MDT considera que, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, la Norma que Regula el Beneficio de Guardería ha previsto que ese beneficio se otorgue únicamente en las instituciones del Estado en las que laboren más de veinte servidores que tengan beneficiarios.



2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) El beneficio de guardería; ii) Competencia del MDT para regular el beneficio de guardería; iii) Norma que Regula el Beneficio de Guardería; y, iv) Reglas para la solución de antinomias.*

2.1. El beneficio de guardería.-

De conformidad con lo previsto en la letra p) del artículo 23 de la LOSEP, entre los “derechos irrenunciables” de los servidores públicos, consta el “Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cinco (5) años, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública” (el subrayado me corresponde).

Por su parte, en la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, citada por el MDT en su criterio jurídico institucional, la Corte Constitucional resolvió en el número 5 del acápite **“V. Decisión”** lo siguiente:

“5. Disponer que todas las instituciones públicas, donde trabajen mujeres en edad fértil, implementen lactarios y, donde existan más de veinte (20) personas que ejercen el cuidado, hombres o mujeres, implementen centros de cuidado infantil, guarderías o garanticen la disponibilidad del servicio de cuidado infantil cercano al lugar de trabajo, en el plazo de un año a partir de la emisión de esta sentencia. Para lo cual, contarán con la orientación del ministerio encargado de la salud, el de inclusión, de relaciones laborales y el Consejo Nacional para la Igualdad de Género. En el plazo de 6 meses se informará a esta Corte el plan para la ejecución de esta medida”. (El subrayado me corresponde).

Con posterioridad a la referida sentencia, se expidió la LODCH que en su penúltimo considerando señala que la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, “desarrolla el contenido de derechos, establece parámetros y directrices generales a tomar en cuenta en cuanto al adecuado ejercicio y garantía de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia” (el subrayado me corresponde).

En este contexto, el inciso primero del artículo 27 de la LODCH prevé, de forma general, que: “Las instituciones públicas y privadas deben ofrecer servicios de cuidado infantil propios para los hijos de los trabajadores hasta los cinco (5) años de edad”, agregando que: “Si no fuere posible, la entidad podrá realizar acuerdos con centros de cuidado infantil privado que se encuentren cerca del lugar de trabajo” (el subrayado me corresponde).

El inciso segundo del citado artículo establece además que, en caso de las instituciones públicas que no cuenten con los servicios necesarios descritos en esa norma, “se deberán priorizar en sus planes operativos y presupuestarios anuales la entrega de compensaciones económicas o la celebración de convenios interinstitucionales que

viabilicen este derecho”, sin contemplar condiciones, excepciones o limitaciones respecto al número de servidores que tienen beneficiarios (el subrayado me corresponde).

Precisa el tercer inciso del artículo 27 de la LODCH que el empleador, tanto del sector público como del privado, recibirá las solicitudes de las personas trabajadoras para acceder a este beneficio, “pudiendo optar la dotación de dichos servicios a través de: a) Centros de cuidado diario infantil financiados con recursos públicos; b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público o sector privado; o, c) Centros de cuidado infantil privado” (el subrayado me corresponde).

Concordante con lo mencionado, el inciso primero del artículo 240 del RGLOSEP determina que las instituciones comprendidas en el ámbito de la LOSEP deberán conceder únicamente a los hijos de sus servidores o niños de los servidores públicos que se encuentren bajo su cuidado o patria potestad “el servicio de cuidado diario infantil, hasta el día que cumplan los 5 años de edad”. El antes mencionado servicio podrá ser brindado “de acuerdo al siguiente orden de prioridad: a) Centros de cuidado diario infantil financiados por el Instituto de la Niñez y la Familia - INFA; b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público; o, c) Centros de cuidado infantil privado” (el subrayado me corresponde).

Al efecto, el inciso que le sigue a la letra c) del artículo 240 del RGLOSEP añade, de forma general, que las instituciones recibirán las solicitudes de los servidores para acceder a este beneficio y “lo concederán de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria y organización interna y planes pedagógicos del centro de cuidado infantil” (el subrayado me corresponde). Adicionalmente, el citado artículo menciona que: “Podrán realizarse convenios entre dos o más instituciones para que se utilicen las instalaciones de una institución por parte de las o los hijos de las o los servidores que laboren en otra institución” (el subrayado me corresponde).

Por otra parte, el último inciso del artículo 240 ibidem prevé que solamente en caso de que la institución no cuente con los servicios necesarios “podrá pagarse en dinero por cada hijo que tengan cumplido hasta el día que cumpla los 5 años de edad”, al servidor hasta los montos máximos establecidos por el MDT, y previo el respectivo dictamen favorable del MEF (el subrayado me corresponde).

Finalmente, el artículo 241 del RGLOSEP establece los requisitos para acceder al beneficio de cuidado infantil, siendo estos los siguientes: “a) Partida de nacimiento que acredite la filiación y edad de la niña o niño o, la providencia emitida por autoridad competente que acredite que se encuentra bajo su cuidado o patria potestad; y, b) Certificado laboral, de ser el caso del cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, de no percibir este beneficio en la institución que labora”



De lo manifestado se desprende que: *i)* constituye un derecho irrenunciable de los servidores públicos mantener a sus hijos, hasta los cinco años, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública; *ii)* de acuerdo con la LODCH, el empleador puede optar por la dotación del servicio a través de centros de cuidado diario infantil financiados con recursos públicos; centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público o sector privado; o, centros de cuidado infantil privado; y, *iii)* según el inciso final del artículo 240 del RGLOSEP, la institución puede pagar en dinero al servidor hasta los montos máximos establecidos por el MDT, previo el respectivo dictamen favorable del MEF.

2.2. Competencia del MDT para regular el beneficio de guardería.-

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

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

El primer inciso del artículo 3 de la LOSEP establece que sus disposiciones son de *“aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”*, por lo tanto, el artículo es categórico al señalar que las disposiciones de la ley tienen *“aplicación obligatoria”* en lo que se refiere a recursos humanos y remuneraciones dentro de la administración pública. Esto implica que todos los órganos, entidades y dependencias del Estado, cualquiera que sea su estructura u origen, deben someterse, en principio, a las reglas y principios que establece la LOSEP.

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

Concordante, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP señala como una competencia del MDT el *“Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y expedir*

las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley” (el subrayado me corresponde).

Por su parte, la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP prohíbe expresamente “el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley”, en lo relacionado a gastos de personal de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, “a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio del Trabajo emita para el efecto” (el subrayado me corresponde).

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 112 del RGLOSEP agrega que el MDT “constituye el organismo rector en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones e ingresos complementarios”, de los servidores del sector público (el subrayado me corresponde). Así, el inciso segundo del artículo 236 ibídem contempla que: “Los beneficios de transporte, alimentación, uniformes y guarderías, que deberán ser regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales”, los cuales deberán contar “con la respectiva disponibilidad presupuestaria” (el subrayado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* de acuerdo con la LOSEP, compete al MDT ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos; y, *ii)* de conformidad con el RGLOSEP, corresponde al MDT determinar, entre otros, el techo de gasto por guardería, fijando los montos máximos dentro de los cuales las instituciones pueden pagar en dinero a sus servidores, previo el respectivo dictamen favorable del MEF.

2.3. Norma que Regula el Beneficio de Guardería.-

El penúltimo considerando de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería prevé que es necesario establecer las directrices mediante las cuales se regulará el beneficio de guardería para los hijos y para los niños bajo el cuidado o patria potestad de los servidores públicos de las instituciones del Estado, de hasta 5 años de edad, “a fin de dar cumplimiento a las disposiciones otorgadas en la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General y la sentencia Nro. 3-19- JP/20 y acumulados, emitida por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador” (el subrayado me corresponde).

De conformidad con el artículo 1 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería, el objeto de la misma es “regular el otorgamiento del beneficio de guardería a favor de los beneficiarios del mismo y establecer el monto al que deberán sujetarse las instituciones del Estado para el caso de que se pague en dinero” (el subrayado me corresponde). En cuanto al ámbito de la referida norma, el artículo 2 ibídem señala que sus disposiciones “son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado establecidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.



El artículo 3 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería reitera que se considerará beneficiarios del beneficio de guardería a los hijos de los servidores públicos o niños que se encuentren bajo el cuidado o patria potestad de los servidores públicos; en ambos casos, *“hasta el día que cumplan los 5 años de edad”*. El artículo 4 ibídem, materia de la consulta, establece que: *“Las instituciones del Estado en las que laboren más de veinte servidoras o servidores que tengan beneficiarios deberán otorgar a estos últimos, el beneficio de guardería”* y, en armonía con lo dispuesto en los artículos 27 tercer inciso de la LODCH y 240 inciso primero del RGLOSEP, contempla el siguiente orden de prioridad: *“a) Centros de cuidado diario infantil financiados por el Ministerio de Inclusión Económica y Social – MIES; b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público; o, c) Centros de cuidado infantil privado”* (el subrayado me corresponde).

Al efecto, el artículo 5 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería agrega que cuando la institución pública a cargo de los centros de cuidado diario infantil propios o en convenio con terceros no pueda otorgar el servicio de cuidado diario infantil a favor de los beneficiarios, o *“cuando una institución del Estado no cuente con centros de cuidado infantil para brindar el beneficio de guardería determinado en la presente norma; o, no pueda crear un centro de cuidado infantil o no pueda suscribir convenios con otras instituciones del Estado para la utilización de centros de cuidado infantil ya creados”*; deberá *“cancelar, mensualmente, a sus servidores un valor económico como beneficio monetario por cada beneficiario”* (el subrayado me corresponde).

Finalmente, el artículo 6 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería determina que: *“En el caso que las instituciones del Estado no puedan proveer el beneficio de guardería, conforme a lo indicado en el artículo 4 del presente Acuerdo”*, es responsabilidad de cada una de ellas, a través de las UATH o quien haga sus veces, *“elaborar el respectivo informe técnico que justifique de manera documentada las razones por las cuales no pueden otorgar el beneficio de guardería a los beneficiarios, de conformidad al orden de prioridad establecido en la presente norma”*; y, remitirlo a la máxima autoridad institucional, o su delegado, *“a fin de que autorice el pago del beneficio monetario”* (el subrayado me corresponde).

De lo manifestado se concluye que: *i)* la Norma que Regula el Beneficio de Guardería establece las directrices para dar cumplimiento a las disposiciones previstas en la LODCH, LOSEP, su Reglamento General y la Sentencia No. 3-19- JP/20 y acumulados de la Corte Constitucional; *ii)* el artículo 4 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 27 de la LODCH y 240 del RGLOSEP, contempla un orden de prioridad para reconocer el derecho. El artículo de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería antes mencionado añade el requisito (no previsto en la Ley) de que la institución debe tener más de veinte personas que ejerzan el cuidado infantil para poder ser beneficiario; y, *iii)* en el caso que las instituciones del Estado no puedan proveer el beneficio de guardería, conforme al orden de prioridad establecido en el artículo 4 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería, es

responsabilidad de cada una de ellas elaborar el respectivo informe técnico y remitirlo a la máxima autoridad institucional o su delegado, a fin de que autorice el pago del beneficio monetario.

2.4. Reglas para la solución de antinomias.-

El artículo 82 de la CRE prevé que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (el subrayado me corresponde).

De acuerdo con el inciso primero del 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 (el subrayado me corresponde).

El inciso segundo del referido artículo 425 de la CRE establece 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 subrayado me corresponde). El inciso final del artículo ibídem agrega que la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, “el principio de competencia” (el subrayado me corresponde).

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

El inciso segundo del artículo 27 de la LODCH contempla que en el caso de las instituciones públicas que no cuenten con los servicios necesarios descritos en ese artículo, se deberán priorizar en sus planes operativos y presupuestarios anuales “la entrega de compensaciones económicas o la celebración de convenios interinstitucionales que viabilicen este derecho” (el subrayado me corresponde).

En el mismo sentido, el inciso final del artículo 240 del RGLOSEP señala que en caso de que una institución no cuente con los servicios necesarios, “podrá pagarse en dinero por cada hija o hijo que tengan cumplido hasta el día que cumpla los 5 años de edad, a la

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



servidora o servidor”, hasta los montos máximos establecidos por el MDT y previo dictamen favorable del MEF.

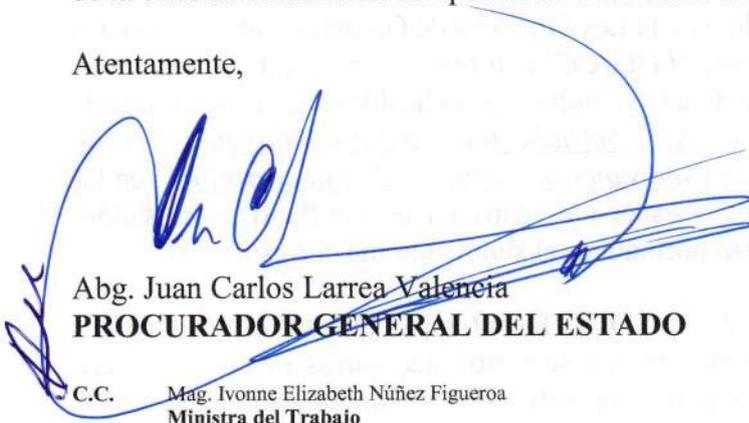
Tanto la LODCH como el RGLOSEP no condicionan el pago monetario por guardería al hecho de que en las instituciones del Estado deban laborar más de veinte servidores que tengan beneficiarios; esto, porque el mismo constituye un derecho irrenunciable al amparo de lo establecido en el artículo 23 letra p) de la LOSEP, citado en el acápite 2.1 del presente.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3, número 1, de la LOGJCC; el artículo 23, letra p), de la LOSEP; el artículo 240 de su Reglamento General; y el artículo 27 de la LODCH, las instituciones públicas están obligadas a ofrecer servicios de cuidado infantil para los hijos de sus servidores hasta los cinco (5) años de edad. En caso de no contar con dichos servicios, las instituciones deberán priorizar en sus planes operativos y presupuestarios anuales la entrega de compensaciones económicas, hasta los montos máximos establecidos por el MDT, sin que sea requisito o necesario acreditar un número determinado de servidores beneficiarios para su reconocimiento.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mag. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa
Ministra del Trabajo

Oficio No. 09076

Quito, D.M., 16 OCT 2024

Magíster
Javier Geovanny Guevara Carrillo
DIRECTOR EJECUTIVO
OPERADOR NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CENACE
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CENACE-CENACE-2024-0725-O, de 28 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se formuló la siguiente consulta:

“¿Los servidores públicos de la Institución (Operador Nacional de Electricidad – CENACE), por retiro voluntario u obligatorio, tienen derecho a percibir la compensación económica correspondiente por beneficio de jubilación, contabilizando el tiempo de servicios prestados por el empleador privado Corporación Centro Nacional de Control de Energía CENACE, sumado al tiempo de servicio en la institución pública Operador Nacional de Electricidad CENACE?”

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 para atender la consulta, mediante oficios No. 07633 y 07634 de 3 de julio de 2024, se solicitó el criterio jurídico institucional del Ministerio del Trabajo (en adelante, “MT”) y del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”), respectivamente. Con oficio No. 07907 de 19 de julio de 2024, se insistió en el requerimiento al MEM sin que hasta la presente se haya atendido el mismo.
- 1.2. Adjunto al oficio de consulta se remitió el informe jurídico No. IJ-24-2024, de 21 de junio de 2024, suscrito por la Subgerente de Asesoría Jurídica del Operador Nacional de Electricidad - CENACE (en adelante, “CENACE”). Dicho informe citó como fundamentos jurídicos los artículos 11 número 8, 82, 225 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 20 y Disposición Transitoria Décima de la LOSPEE², 23, 47 letra j), 129 y Disposición General Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público³

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

² LOSPEE, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero 2015; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 475 de 11 de enero de 2024.

³ LOSEP, publicada en el Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre 2010, última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 588, 27-VI-2024.



(en adelante, “LOSEP”) 108, 288 y 289 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público⁴ (en adelante, “RGLOSEP”) y efectuó el siguiente análisis, con base en el cual emitió el siguiente criterio jurídico:

“ 3. ANÁLISIS:

(...)

En primer lugar, es menester indicar que la Corporación Centro Nacional de Control de Energía CENACE, se constituyó como una Corporación Civil de derecho privado a través de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (1996); y, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica (2015), se creó el Operador Nacional de Electricidad – CENACE, como una institución pública y adscrita al Ministerio rector de energía y electricidad, Ley Orgánica que en su Disposición Transitoria Décima, en lo pertinente, reconoció que en caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, sumados al tiempo de servicio en la institución que se crea.

(...)

3.1. Sobre el beneficio de jubilación y el derecho a percibir la compensación económica:

(...)

En virtud de lo señalado, se colige del artículo 129 de la LOSEP y del criterio de la Corte Constitucional del Ecuador, que una vez que el servidor público se acoja a la jubilación y que la entidad efectúe los trámites pertinentes, nace el derecho del servidor a obtener la respectiva compensación o beneficio económico, como consecuencia de los derechos adquiridos por la jubilación, se podrá constatar como una obligación para la entidad pública.

Adicionalmente, se debe comprender que para que una persona se jubile tanto en el sector privado como el público, debe cumplir con varios requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para el efecto; es decir, si una persona cumple con todos los requisitos legales para la jubilación, se deduce que los beneficios adicionales, que son reconocidos con esta figura, automáticamente son ejecutables para sus acreedores. Por lo tanto, para el caso del sector público se entiende que son indivisibles tanto la figura de la jubilación (Art. 128 LOSEP) con la del beneficio por jubilación (Art. 129 de la LOSEP), considerando que la Ley Orgánica del Servicio Público ya establece como un derecho irrenunciable de los servidores públicos el recibir una indemnización por acogerse a la jubilación, ya sea por retiro voluntario u obligatorio.

⁴ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 16 de mayo de 2024.

3.2. Sobre la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica - LOSPEE:

(...)

Por lo expuesto, esta Subgerencia de Asesoría Jurídica, en virtud de los principios de progresividad y no regresividad, considera que para los servidores públicos que accedan al beneficio por jubilación por retiro voluntario u obligatorio, para el cálculo de la compensación económica, se deben tomar en cuenta los años trabajados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía (privada), sumados a los años prestados en el Operador Nacional de Electricidad (pública), en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica.

4. CONCLUSIONES:

De los antecedentes y el análisis expuesto, se concluye que:

4.1. *El trabajo es un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución de la República del Ecuador, constituyéndose en un derecho humano, por lo que son aplicables los principios de progresividad y no regresividad.*

4.2. *El pago de la compensación económica al servidor público, por haberse acogido al beneficio de la jubilación, por retiro voluntario u obligatorio, es una obligación que nace del cumplimiento de requisitos normativos y principios legales.*

4.3. *Ningún servidor ha recibido indemnización, bonificación y/o liquidación en virtud del cambio de régimen laboral establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica.*

4.4. *La jubilación y el beneficio por jubilación al que pueden acogerse los servidores públicos, conforme los Arts. 128 y 129 de la LOSEP, se consideran indivisibles, toda vez que se apalancan en el derecho irrenunciable que consiste en que los servidores públicos recibirán una indemnización por retiro voluntario u obligatorio por acogerse a la jubilación.*

4.5. *El Art. 289 del RGLOSEP establece que se considerarán los años laborados en el sector público para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago; no obstante, el caso de CENACE es sui generis ya que la Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica, normativa jerárquicamente superior al RGLOSEP, prescribe en la disposición transitoria décima que: "En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, sumados al tiempo de servicio en la institución que se crea, con los límites previstos en los mandatos constituyentes y en la ley."*



4.6. Se colige que el espíritu de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Pública de Energía Eléctrica, es garantizar los derechos adquiridos por el personal que laboraba en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, toda vez que en ningún momento recibieron alguna bonificación y/o liquidación en virtud del cambio de régimen laboral establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, al Operador Nacional de Electricidad – CENACE.

4.7. La Subgerencia de Asesoría Jurídica del Operador Nacional de Electricidad - CENACE, en virtud de los principios de progresividad y no regresividad, considera que para los servidores públicos que accedan al beneficio por jubilación por retiro voluntario u obligatorio, para el cálculo de la compensación económica, se deben tomar en cuenta los años trabajados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía (privada), sumados a los años prestados en el Operador Nacional de Electricidad (pública).”.

- 1.3. El MT, a través de la Subsecretaria de Normativa, mediante oficio No. MDT-SN-2024-0539-O, de 9 de julio de 2024, ingresado en el correo único institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, atendió el requerimiento de este organismo. El criterio jurídico institucional del MT, además de las normas señaladas por la empresa consultante, citó los artículos 8 del Mandato Constituyente No. 2; 3, 81, 82 y 128 de la LOSEP; 101, 102, 285 y 286 del RGLOSEP; 1, 2, 3, 6, 7 y 10 del Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158, que contiene las “Regulaciones y montos que percibirán las y los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada”⁵, 1 y 2 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0185, que contiene las “Directrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación”⁶, con base en los cuales expuso el siguiente criterio jurídico institucional:

2.- ANÁLISIS NORMATIVO Y PRONUNCIAMIENTO:

(...)

De los documentos anexados a la petición de consulta del Operador Nacional de Electricidad – CENACE se desprende que, la consulta se trataría sobre la renuncia por acogerse al retiro por jubilación de las y los servidores públicos sujetos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, motivo por el cual el presente análisis y absolución de consulta se referirá exclusivamente a dicha figura. Sin embargo, se deja citado en la base legal de este oficio, lo correspondiente a la renuncia voluntaria formalmente presentada, a fin de un mejor inteligenciamiento.

⁵ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 476 de 10 de junio de 2011.

⁶ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 322 de 7 de septiembre de 2018; última reforma publicada en el Registro Oficial No. 551 de 4 de octubre de 2021.

Ahora bien, conforme a lo determinado en la Ley Orgánica del Servicio Público, así como en su Reglamento General, se establece como un derecho de las y los servidores públicos, el acogerse al retiro por jubilación, una vez que hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en las Leyes de Seguridad Social y de conformidad con los procedimientos debidamente establecidos en la normativa legal vigente.

En este sentido, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dentro del Capítulo 1, Título VI que refiere a la carrera del servicio público, establece en su quinto inciso que el beneficio por jubilación es un estímulo otorgado taxativamente para las y los servidores de carrera que cumplen los requisitos determinados en las leyes de la seguridad social y que se retiren del servicio público, por haber alcanzado los límites de edad previsto en la citada Ley, llegando así al tope máximo de su carrera en el servicio público.

La fórmula de cálculo del citado estímulo económico por jubilación, se encuentra determinada en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con lo que determinan los artículos 285 y 287 de su Reglamento General, debiéndose tomar en cuenta los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar y, de ser el caso, que el servidor público tenga menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada en bonos del Estado si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará en efectivo.

Al ser este estímulo una compensación económica dirigida a las y los servidores de carrera, se debe tomar en cuenta todos los años laborados en el sector público.

Para el caso puesto en consulta, la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, en el primer párrafo determina expresamente que: 'El personal que actualmente labora en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, mediante proceso de selección continuará prestando sus servicios en el OPERADOR NACIONAL DE ELECTRICIDAD; se respetará y reconocerá su estabilidad, derechos individuales y condiciones laborales vigentes a la promulgación de esta ley. La clasificación de servidores y obreros se realizará conforme a la Ley, el cambio de régimen legal aplicable al personal no constituye despido intempestivo ni estará sujeto a indemnización ni bonificación alguna por parte del Operador Nacional de Electricidad, ni del Estado ecuatoriano. En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, sumados al tiempo de servicio en la institución que se crea, con los límites previstos en los mandatos constituyentes y en la ley.'. Es decir que, existiendo personal que laboraba en la extinta Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE y que, por efecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, pasó a prestar sus servicios en el Operador Nacional de Electricidad y que en la actualidad requieren acogerse al retiro por jubilación, por lo tanto, para el cálculo del estímulo económico por jubilación de las y los

pel

servidores públicos de carrera, sujetos al ámbito de la Ley Orgánica del Servicio Público, del Operador Nacional de Electricidad – CENACE, es nuestra opinión que se debe tomar en cuenta todos los años laborados en el sector público, incluidos los años laborados en la extinta Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, conforme lo determina la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Se reafirma lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, para efectos del derecho al estímulo económico por jubilación, por lo dispuesto en el artículo 3, inciso penúltimo de la LOSEP, al incluir a entidades bajo la denominación de Corporaciones en el ámbito de la LOSEP, a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuera aplicable.

- 1.4. El criterio jurídico de la CNEL EP concuerda con el del MT, ya que ambos señalan que al existir personal que laboraba en la extinta Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE y que, por efecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Décima de la LOSPEE, pasó a prestar sus servicios en el Operador Nacional de Electricidad - CENACE y que se acojan al retiro por jubilación, para el cálculo del estímulo económico por jubilación de los servidores públicos de carrera, sujetos al ámbito de la LOSEP, se debe tomar en cuenta todos los años laborados en el sector público, incluidos los años laborados en la extinta Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, sumados a los años prestados en el Operador Nacional de Electricidad - CENACE (pública).

2.- Análisis. –

Para el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Normas del beneficio por jubilación y cuantía del mismo y, *ii)* Disposiciones sobre el régimen de personal del Operador Nacional de Electricidad - CENACE previstas en la LOSPEE.

2.1. Normas del beneficio por jubilación y cuantía del mismo. -

El inciso primero del artículo 229 de la CRE define como servidores públicos a “*todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público*”. Similar previsión consta en el artículo 4 de la LOSEP.

La consulta hace referencia al beneficio por jubilación de los servidores públicos sujetos a la LOSEP, tema sobre el cual la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado de manera uniforme y reiterada, tal como consta en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 01287, de 25 de mayo de 2015, cuyas normas conservan vigencia y en el cual este organismo analizó:

De las normas citadas se desprende que, según los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el beneficio por jubilación se aplica por una sola vez, respecto de los servidores públicos de carrera que se retiren para acogerse a la jubilación y cumplan los requisitos para ello previsto en la Ley de Seguridad Social; y, su cuantía es la determinada por el primer inciso reformado del citado artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, y a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero de 2015.

(...) es necesario considerar que, la letra h) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público excluye en forma expresa del sistema de carrera del servicio público, a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción y de nombramiento provisional (énfasis añadido).

En este orden de ideas, el artículo 285⁷ del RGLOSEP prevé que las Unidades de Administración del Talento Humano (en adelante, "UATH"), dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidores que podrán acogerse, durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a efectos de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria, exceptuándose de la planificación "los casos no previstos", siempre que se cuente con el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas. Añade el mismo artículo que "Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar"; y, para el caso de los servidores que hayan recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renuncias y hubieren devuelto la misma, se contabilizarán todos los años de servicios en el sector público, caso contrario, solo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso.

El artículo 188⁸ del RGLOSEP señala que el servidor que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria, por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se le reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Adicionalmente, el mismo artículo prescribe que, en el caso de servidores públicos de menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada en bonos del Estado, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente; caso contrario, se pagará en efectivo.

⁷ Artículo reformado por el Art. 15 del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011.

⁸ Artículo sustituido por el Art. 17 del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011 y posteriormente reformado por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 99, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial NO. 079 de 12 de septiembre de 2013.



De lo manifestado, se desprende que: *i)* el beneficio por jubilación se aplica por una sola vez a los servidores públicos de carrera que se retiren para acogerse a la jubilación, cumpliendo al efecto con los requisitos de la Ley de Seguridad Social (en adelante, “LSS”); y, según lo dispuesto en la letra *h)* del artículo 83 de la LOSEP están excluidos del sistema de carrera del servicio público, los servidores públicos de libre nombramiento y remoción y de nombramiento provisional, entre otros; *ii)* su cuantía es la determinada por el primer inciso reformado del citado artículo 129 de la LOSEP, esto es, cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, y a partir del año 2015 se aplica para el cálculo el salario básico unificado vigente al 1 de enero de 2015 y para el cálculo de las compensaciones se consideraran los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar; *iii)* las UATH dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a efectos de contar con la respectiva disponibilidad; *iv)* los servidores que hayan recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renunciaciones y hubieren devuelto la misma, se contabilizarán todos los años de servicios en el sector público; caso contrario, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso; y, *v)* para el caso de los servidores públicos de menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada en bonos del Estado, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente; caso contrario, se pagará en efectivo.

2.2. Disposiciones sobre el régimen de personal del Operador Nacional de Electricidad - CENACE previstas en la LOSPEE. -

El artículo 82 de la CRE establece el derecho a la seguridad jurídica que “*fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”, a la vez que el artículo 226 *ibidem* consagra el principio de legalidad, en virtud del cual los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal “*ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley*”.

De su parte, la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica (en adelante “LOSPEE”), cuyo objeto según su artículo 1 es garantizar que el servicio público de energía eléctrica cumpla los principios constitucionales y regular “*la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica (...)*”, según lo previsto en el artículo 9 establece la estructura institucional del sector eléctrico, la cual en su número 3 incluye al Operador Nacional de Electricidad - CENACE.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20⁹ de la LOSPEE, el CENACE constituye un órgano técnico estratégico adscrito al Ministerio rector de energía y

⁹ Artículo sustituido por el Art. 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 452 de 14 de mayo de 2021; y, reformado por el Art. 7 de la Ley Orgánica de Competitividad Energética, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 475 de 11 de enero de 2024.

electricidad, con personalidad jurídica, de carácter eminentemente técnico, con patrimonio propio, autonomía operativa, administrativa, económica y técnica, se financiará a través del Presupuesto General del Estado y de los aportes de las empresas participantes del sector eléctrico.

En este contexto, la Disposición Transitoria Décima de la LOSPEE, con relación al personal del CENACE ha previsto una serie de directrices y en su inciso primero prescribe que el personal que actualmente labora en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, mediante proceso de selección continuará prestando sus servicios en el Operador Nacional de Electricidad; que se respetará y reconocerá su estabilidad, derechos individuales y condiciones laborales vigentes a la promulgación de esta ley. Añade que la clasificación de servidores y obreros se efectuará conforme a la Ley y que el cambio de régimen legal aplicable al personal no constituye despido intempestivo ni estará sujeto a indemnización ni bonificación alguna.

Añade el inciso primero de la Disposición Transitoria de la LOSPEE que *“En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, sumados al tiempo de servicio en la institución que se crea, con los límites previstos en los mandatos constituyentes y en la ley”* (énfasis añadido).

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOGJCC”) determina los métodos y reglas de interpretación constitucional y ordinaria, entre ellas su numeral 7 prescribe que *“Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal (...)”*, lo cual concuerda con la regla primera del artículo 18 del Código Civil y hace claramente aplicable la norma que determina que los años de servicio en el CENACE cuando era una entidad de derecho privado, se suman a los laborados en el Operador Nacional de Electricidad - CENACE, que constituye una entidad de derecho público, para los casos de jubilación, desahucio o despido intempestivo.

De las normas señaladas, se desprende lo siguiente: *i)* la LOSPEE tiene por objeto garantizar que el servicio público de energía eléctrica cumpla los principios constitucionales y regular la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica a la vez que establece la estructura institucional del sector eléctrico, que incluye al Operador Nacional de Electricidad - CENACE; *ii)* el Operador Nacional de Electricidad - CENACE es un órgano técnico estratégico adscrito al Ministerio rector de energía y electricidad, con personalidad jurídica, de carácter eminentemente técnico, con patrimonio propio, autonomía operativa, administrativa, económica y técnica; *iii)* el personal que laboraba en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, CENACE (entidad de derecho privado), mediante proceso de selección continuaría prestando sus servicios en el Operador Nacional de Electricidad - CENACE y en tal caso, se respetaría y reconocería su estabilidad, derechos individuales y condiciones laborales vigentes a la promulgación de la LOSPEE; *iv)* en caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo del personal del Operador Nacional de Electricidad,



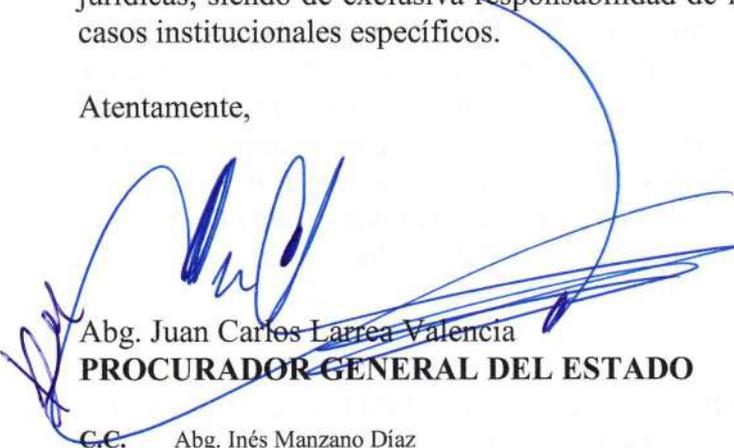
se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía, sumados al tiempo de servicio en el Operador, con los límites previstos en los mandatos constituyentes y en la ley.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con el número 7 del artículo 3 de la LOGJCC y la regla primera del artículo 18 del Código Civil, en aplicación del mandato expreso contenido en la Disposición Transitoria Décima de la LOSPEE, los servidores públicos del Operador Nacional de Electricidad - CENACE, por retiro voluntario u obligatorio, para acogerse a la jubilación, tienen derecho a que se contabilice el tiempo de servicios prestados en la Corporación Centro Nacional de Control de Energía CENACE, sumado al tiempo de servicio en la institución pública Operador Nacional de Electricidad - CENACE y a percibir la compensación económica correspondiente por beneficio de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81 y 129 de la LOSEP, beneficio que se aplica por una sola vez, respecto de los servidores públicos de carrera que cumplan los requisitos para ello previsto en la LSS.

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. Abg. Inés Manzano Díaz
Ministra de Energía y Minas, Encargada

Abg. Ivonne Nuñez Figueroa
Ministra de Trabajo



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. - 09077

Quito, D.M., 16 OCT 2024

Abogada
Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa
MINISTRA
MINISTERIO DEL TRABAJO
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. MDT-MDT-2024-0719-O, de 24 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se formuló la siguiente consulta:

“El artículo 38 de la LOSEP define al cambio administrativo como el movimiento de la servidora o servidor público de una unidad a otra distinta, sin realizar distinción alguna de la forma de contratación laboral, por lo tanto, se podría colegir que el cambio administrativo sería procedente en los casos señalados en los literales b.1) al b.3) del artículo 17 de la LOSEP, en concordancia con el artículo 18 letras a), c), d), e) y f) de su reglamento general, por ello, considerando que su criterio es vinculante, se consulta si es procedente ejecutar cambios administrativos en las instituciones públicas a servidores que laboran bajo la modalidad de nombramientos provisionales en los casos señalados previamente?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. En el Informe Jurídico No. MDT-CGAJ-2024-0016-I, sin fecha, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”), se citaron los artículos 61 número 7, 82, 226, 227 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”), 14, 17, 18, 22, 67, 101, 164, 165 y 229 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante, “COA”), 311 del Código Orgánico General de Procesos³ (en adelante, “COGEP”), 16, 17, 38, 52 letras f) y h) de la Ley Orgánica del Servicio Público⁴ (en adelante, “LOSEP”), 16, 17, 18, 71, 105, 141 y 142 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público⁵ (en adelante, “RGLOSEP”), 41 del Acuerdo Ministerial MDT-2022-180, de 4 de octubre de 2022 que se refiere a la “Norma Técnica del Subsistema de Selección de Personal”, 16 del Acuerdo Ministerial MDT-2015-0086 de 23 de abril de 2015 que se refiere a la “Norma

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

² COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

³ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo 2015; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 554 de 9 de mayo de 2024.

⁴ LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.294 de 6 de octubre 2010; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 646 de 18 de septiembre de 2024.

⁵ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril 2011; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 16 de mayo de 2024.

fel

Técnica del Subsistema de Planificación del Talento Humano”, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“3.2. Análisis

(...)

De la revisión a la normativa citada, se puede inferir en términos generales, que tanto la LOSEP, su Reglamento General; así como, la Norma Técnica del Subsistema de Planificación del Talento Humano del Ministerio de Trabajo, discriminan de manera expresa si procede o no, la aplicación de ciertos movimientos de personal, tales como traslado, traspaso y cambio administrativo, a servidores que se encuentran vinculados bajo la modalidad de nombramiento provisional o contrato ocasional. Las normas citadas en sus disposiciones respectivas se refieren a los servidores públicos sin diferenciar si deben o no pertenecer a la ‘carrera del sector público’.

*Por otro lado, con relación al nombramiento normado en la LOSEP y su Reglamento General, se puede advertir, que el mismo, en palabras del profesor Serrano Guirado (parafraseando a Garrido Falla, Baldi y Jeze), **‘es un acto administrativo unilateral, perfecto, emanado de la autoridad, para aplicar a un individuo determinado un estatuto legal o reglamentario; la aceptación por el destinatario le otorga sólo eficacia. El acto del particular obra aquí como presupuesto de eficacia del acto de nombramiento perfecto por la sola voluntad administrativa. [...] El acto de nombramiento es un acto-condición [...], no es necesaria la voluntad del individuo nombrado para producir la investidura; el nombramiento no es un «contrato», ni un acuerdo de voluntades tipo «unión», ni siquiera un acuerdo de voluntades del tipo «acto colectivo». Las reglas sobre nombramientos son normas generales o impersonales, leyes o reglamentos. La función pública es una situación jurídica general, unipersonal y objetiva, creada y organizada por las leyes y reglamentos, **modificable en cualquier momento, y únicamente, por dichos medios legales [...]**’.***

*Analizado este primer punto, cabe revisar si el movimiento in examine se corresponde a la misma figura administrativa o difiere entre sí en su contenido, naturaleza y requisitos. Finalmente, el cambio administrativo **es el movimiento de un servidor de una unidad a otra distinta**, dentro de la misma institución, sujeta a una temporalidad máxima, **sin que implique modificación de la partida presupuestaria**, la partida se mantiene en su unidad origen. (El resultado pertenece al texto original).*

Es menester enfocarse en la tipología administrativa de los nombramientos provisionales. Así tenemos, que los literales del b.1) al b.3) del artículo 17 de la LOSEP, se trata de puestos que cuentan con un servidor o ‘exservidor’ titular del mismo que pertenece o ‘perteneció’ a la carrera del servicio público, salvo el puesto vacante previsto también en el literal b.3). En los tres casos, la permanencia de la persona o las personas que ocupen en diferentes momentos, puestos en los cuales se ha otorgado nombramiento provisional, están sujetos a

09077

MINISTERIO DEL TRABAJO
0006119-2024
Página. 3

una condición resolutoria para que sean cesados en sus funciones y por tanto en el ejercicio del cargo.

Por otro lado, el literal b.5), cuenta con un titular de puesto, que, en un caso, ingresa a la administración pública, o, ya formando parte de la carrera pública, busca ascender. En ambas circunstancias, su permanencia en el puesto está sujeta a una condición suspensiva, y en el primer caso, de facto su estabilidad en el sector público.

En tal virtud, la procedencia o no del cambio administrativo respecto de nombramientos provisionales, no se encuentra asociado de manera directa a que los servidores vinculados bajo este acto administrativo formen o no parte de la carrera del servicio público o que exista delimitación expresa en el ordenamiento jurídico aplicable. Si no, más bien, a las condiciones de cada tipo de nombramiento, la naturaleza de cada movimiento; y, sobre todo, con respecto al derecho del titular del puesto, que, por las circunstancias previstas en la Ley, se encuentra legalmente ausente; y, que, por tanto, no se encuentra en ejercicio del cargo o puesto objeto de un potencial movimiento.

En consecuencia, por un lado, la posibilidad o no de aplicar el cambio administrativo respecto de nombramientos provisionales, tiene como limitante consecuencias y efectos de orden práctico y fáctico, vinculadas tanto a la emisión de un acto administrativo desfavorable para el titular del puesto y a la imposibilidad de notificar dicho acto a un servidor o "exservidor" que no se encuentra en ejercicio del puesto.

4. CONCLUSIÓN:

Respecto del cambio administrativo, al tratarse del mero movimiento de un servidor de una unidad a otra distinta, dentro de la misma institución, sujeta a una temporalidad máxima, sin que implique modificación de la partida presupuestaria, y al mantenerse la partida en su unidad origen, procede con respecto a los servidores que cuenten con nombramiento provisional otorgado conforme los literales del b.1) al b.3) del artículo 17 de la LOSEP, y letras a), c), d), e) y f) del artículo 18 de su reglamento general, respetando la temporalidad prevista conforme la condición resolutoria en los tipos de nombramientos mencionados o el tiempo máximo de diez meses establecido en el citado movimiento. Lo que suceda primero, siempre y cuando cumplan con los requisitos y los justificativos exigidos en la norma y no se afecten los derechos de los servidores.

Con relación al literal b.5) del artículo 17 de la LOSEP, el cambio administrativo en este tipo de nombramiento provisional no procede, por cuanto se afectaría los derechos de los servidores que se encuentra a prueba o evaluación ya sea para el ingreso definitivo a la carrera del servicio público o que buscan un ascenso" (El resaltado pertenece al texto original y el subrayado me pertenece).



2.- Análisis. –

Para atender la consulta, es necesario considerar que el artículo 82 de la CRE establece el derecho a la seguridad jurídica que se *“fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*. Así, el artículo 226 ibidem consagra el principio de legalidad, en virtud del cual los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal *“ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”*.

En cuanto al ingreso al servicio público, el artículo 228 de la CRE prescribe que *“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción (...)”*; y, el artículo 229⁶ ibidem define que *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*; definición que se replica en el artículo 4 de la LOSEP.

El inciso primero del artículo 16 de la LOSEP dispone que *“Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora”*. El artículo 16 de su reglamento desarrolla: *“Entiéndase por nombramiento el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público”*.

En este contexto, el artículo 17 de la misma LOSEP determina las clases de nombramientos para el ejercicio de la función pública y, entre otros, distingue el nombramiento permanente que es el que se expide *“para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley”*, y los nombramientos provisionales y su casuística:

“b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

⁶ Artículo reformado por el Art. 8 de la Enmienda s/n, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015, que la Sentencia No. 018-18-SIN-CC, R.O. E.C. 79, 30-IV-2019, de la Corte Constitucional declaró inconstitucional por la forma; por lo que el presente artículo retorna a su texto original

b.4) *Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,*

b.5) *De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior (...)*

Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución, o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos”.

De su parte, sobre los nombramientos provisionales, el artículo 18 del RGLOSEP señala:

“Art. 18.- Excepciones de nombramiento provisional. - *Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos:*

a.- *Para ocupar el puesto de la o el servidor a quien se haya concedido comisión de servicios sin remuneración, el cual se puede otorgar a favor de la o el servidor de la misma institución que ocupa un puesto dentro de los grupos ocupacionales derivados de las escalas de remuneraciones mensuales unificadas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, siempre y cuando exista necesidad del servicio y cumpla con los requisitos establecidos para el puesto;*

b.- *Para ocupar puestos comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior, se podrá otorgar nombramientos provisionales a servidoras o servidores de carrera que cumplan con los requisitos establecidos en el manual institucional de clasificación de puestos. Mientras dure el nombramiento provisional de la o el servidor público de carrera, su partida no podrá ser ocupada con nombramiento permanente. Una vez concluido el nombramiento provisional, el servidor o servidora regresará a su puesto de origen en las mismas condiciones anteriores y derechos que les asiste; en caso de que el nombramiento provisional implique el cambio de domicilio civil, se deberá contar con la aceptación por escrito de la o el servidor;*

c.- *Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto;*

d.- *El expedido para llenar el puesto de la o el servidor de carrera que fuere ascendido, y que está sujeto al periodo de prueba de seis meses. En el evento de que*

la o el servidor de carrera no superare el período de prueba referido, la o el servidor con nombramiento provisional cesará en sus funciones a fin de que el titular del puesto se reintegre al puesto anterior y con su remuneración anterior; y,

e.- Para ocupar un puesto vacante ubicado como apoyo administrativo de las máximas autoridades institucionales, nombramiento provisional que se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona externa a la institución siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto.

f) (Agregado por el Art. 1 del D.E. 449, R.O. 343-S 29-IX-2014).- Para ocupar un puesto vacante cuyo titular se encuentre subrogando o encargado de otro puesto, o a quien se le haya emitido otro nombramiento provisional, previo informe debidamente motivado de la unidad administrativa de talento humano, para lo cual el servidor deberá cumplir con los requisitos establecidos para el puesto objeto del nombramiento provisional

Necesariamente tiene que existir la partida correspondiente y no se les puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales”.

En armonía con lo señalado, en el caso de los nombramientos provisionales, determinados en la letra b) del artículo 17 de la LOSEP, los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados; cuando se produzca el evento que ocasionare el retorno del titular del puesto; o, tratándose de período de prueba, en caso de que no se hubiere superado la evaluación respectiva.

La LOSEP en su artículo 38, que integra el “Título III del Régimen Interno de Administración del Talento Humano, Capítulo III del Traslado, Traspaso y Cambio Administrativo” dispone lo siguiente:

“Art. 38.- Del cambio administrativo. - *Se entiende por cambio administrativo el movimiento de la servidora o servidor público de una unidad a otra distinta. La autoridad nominadora podrá autorizar el cambio administrativo, entre distintas unidades de la entidad, sin que implique modificación presupuestaria y siempre que se realice por necesidades institucionales, por un período máximo de diez meses en un año calendario, observándose que no se atente contra la estabilidad, funciones y remuneraciones de la servidora o servidor.”.*

Sobre el cambio administrativo, el RGLOSEP, en su artículo 71 del Título II Del Régimen Interno de Administración del Talento Humano, Capítulo IV de los Traslados, Traspasos, Cambios e Intercambios, establece los casos en que procede el cambio administrativo; y, en su inciso primero señala el límite de tiempo del mismo, en los siguientes términos: “*El cambio administrativo consiste en el movimiento administrativo de la o el servidor de una unidad a otra distinta a la de su nombramiento. El cambio administrativo será por un período máximo de diez meses en un año calendario, previo informe favorable de la UATH (...)*” y señala la obligación de reintegrar al servidor a su puesto una vez concluido el mismo.

La LOSEP ha previsto el Sistema Integrado de Desarrollo del Talento Humano que, según su artículo 53, es un conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a validar

09077

MINISTERIO DEL TRABAJO
0006119-2024
Página. 7

e impulsar las habilidades, conocimientos, garantías y derechos de las y los servidores públicos con el fin de desarrollar su potencial, el cual por mandato del artículo 54 de la LOSEP se conforma *“por los subsistemas de planificación del talento humano; clasificación de puestos; reclutamiento y selección de personal; formación, capacitación, desarrollo profesional y evaluación del desempeño”*. En este orden de ideas, el subsistema de planificación del talento humano, según lo determina el artículo 55 de la LOSEP, *“Es el conjunto de normas, técnicas y procedimientos orientados a determinar la situación histórica, actual y futura del talento humano, a fin de garantizar la cantidad y calidad de este recurso, en función de la estructura administrativa correspondiente”*.

En lo que respecta a la planificación institucional del talento humano, el inciso primero del artículo 56⁷ de la LOSEP dispone que *“Las Unidades de Administración del Talento Humano estructurarán, elaborarán y presentarán la planificación del talento humano, en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados”*; y, su inciso segundo señala que dichas unidades remitirán al MT su planificación para el año siguiente para la aprobación correspondiente. Similar previsión consta en el artículo 141 del RGLOSEP, que además determina que *“La planificación del talento humano se constituirá en un referente para los procesos de creación de puestos, la contratación de servicios ocasionales, contratos civiles de servicios profesionales, los convenios o contratos de pasantías o prácticas laborales, la supresión de puestos y demás movimientos de personal, y se registrarán en el sistema de información que el Ministerio de Relaciones Laborales determine”*.

Adicionalmente, el artículo 142 del RGLOSEP prevé que, con base en dicha planificación, las UATH *“pondrán en consideración de la autoridad nominadora anualmente, las recomendaciones sobre traslados, trasposos, cambios administrativos, intercambio voluntario de puestos, creación y/o supresión de puestos, contratos de servicios ocasionales, contratos civiles de servicios profesionales, convenios o contratos de pasantías o prácticas (...)”*.

En este punto es pertinente considerar que las normas tienen que analizarse tomando en consideración los números 5 y 6 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁸ (en adelante, *“LOGJCC”*), que establece los métodos y reglas de interpretación constitucional y ordinaria, mismos que en su orden señalan:

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

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

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

⁷ Artículo reformado por el Art. 13 de la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que Rigen el Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 19 de mayo de 2017.

⁸ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52 de 22 de octubre 2009; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.554 de 9 de mayo de 2024.

55080 -

Como se puede observar, la procedencia del cambio administrativo no se encuentra asociado de manera directa a que los servidores formen o no parte de la carrera del servicio público, como sí lo dispone la LOSEP en otros casos, como el de las comisiones de servicios reguladas por los artículos 30 y 31 de dicha leyes, sino que se relaciona con las condiciones del tipo de nombramiento, la naturaleza de cada movimiento; y, sobre todo, respecto del derecho del titular del puesto que, por las circunstancias previstas en la Ley, se encuentra legalmente ausente; y, que, por tanto, no está en ejercicio del cargo o puesto objeto de un potencial movimiento. Además, el cambio administrativo se sustenta en la planificación del talento humano, en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados que constituyen el referente para la creación de puestos, contrataciones, los convenios o contratos de pasantías o prácticas laborales, la supresión de puestos y demás movimientos de personal, tales como los cambios administrativos.

De lo manifestado, se desprende que: *i)* para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora, siendo el nombramiento el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora; *ii)* entre los tipos de nombramiento, se distingue el nombramiento permanente que es el que se expide para llenar vacantes mediante el sistema de selección y también los nombramientos provisionales; *iii)* los nombramientos provisionales se expiden: para ocupar el puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo correspondiente; el puesto de un servidor que se hallare en goce de licencia o comisión de servicios sin remuneración; para ocupar un puesto vacante; para puestos comprendidos dentro del nivel jerárquico superior; y, de prueba para el servidor que ingresa a la administración pública o si fuere ascendido, durante el periodo de prueba; *iv)* los nombramientos provisionales, determinados en la letra b) del artículo 17 de la LOSEP, terminan una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados, de existir, o cuando se produzca el evento que ocasionare el retorno del titular del puesto; o, tratándose de período de prueba, en caso de que no se hubiere superado la evaluación respectiva; *v)* el cambio administrativo es el movimiento del servidor público de una unidad a otra distinta, sin que implique modificación presupuestaria y siempre que se efectúe por necesidades institucionales, por un período máximo de diez meses en un año calendario, observándose que no se atente contra la estabilidad, funciones y remuneraciones del servidor; y, *vi)* las Unidades de Administración del Talento Humano estructurarán, elaborarán y presentarán la planificación del talento humano, en función de los planes, programas, proyectos y procesos a ser ejecutados, que son el referente para los procesos de creación de puestos, la contratación de servicios ocasionales, contratos civiles de servicios profesionales, los convenios o contratos de pasantías o prácticas laborales, la supresión de puestos y demás movimientos de personal, y se registrarán en el sistema del MDT.

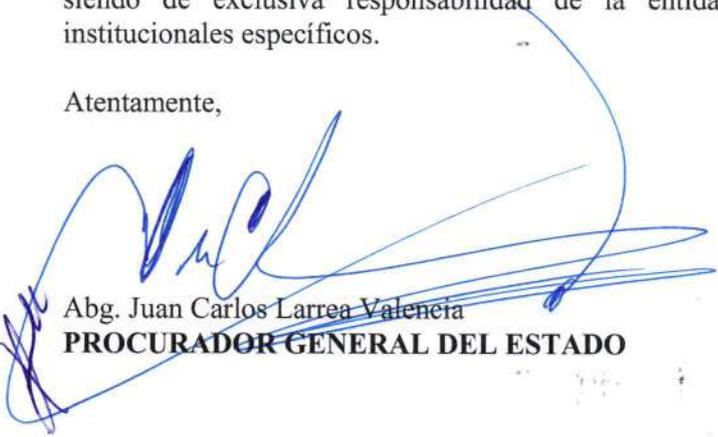
3. Pronunciamiento. -

De conformidad con el análisis jurídico precedente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la LOSEP, se concluye que el cambio administrativo de un servidor de una unidad a otra dentro de la misma institución, sujeto a una temporalidad máxima y sin que implique modificación de la partida presupuestaria, es procedente. Dicho cambio administrativo aplica también para los servidores que cuenten con un nombramiento provisional otorgado en virtud de las letras b.1) al b.3) del artículo 17 de la LOSEP, y las letras a), c), d), e) y f) del artículo 18 de su Reglamento General, respetando la temporalidad establecida. Todo lo anterior deberá

observar el cumplimiento estricto de los requisitos y justificativos exigidos por la normativa aplicable, garantizando que no se vulneren los derechos de los servidores públicos.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 09086

Quito, D.M., 17 de octubre de 2024

Abogada
Inés Manzano Díaz
MINISTRA DE ENERGÍA Y MINAS (E)
Presente.

De mi consideración:

Mediante memorando No. MEM-MEM-2024-0577-ME, de 26 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 27 de septiembre de 2024, se formuló la siguiente consulta:

“¿El Estado a través del Ministerio de Energía y Minas, puede adjudicar campos en producción mediante licitación o adjudicación directa a empresas estatales o subsidiarias de la comunidad internacional de conformidad con lo previsto en los artículos 2 y 19 de la Ley de Hidrocarburos y artículo 23 de su Reglamento?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. El informe jurídico No. MEM-COGEJ-2024-0771-ME, de 25 de septiembre de 2024, suscrito por el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”) citó, entre otras normas, los artículos 313, 315, 316, 408 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 1, 2 y 19 de la Ley de Hidrocarburos² (en adelante, “LH”); 17, 23, 26, 28, 29, 30, 31 y 314 del Reglamento Codificado de Aplicación a la LH³ (en adelante, “RCALH”); y, Sentencias No. 001-12-SIC-CC⁴ y No. 110-21-IN/22 y acumulados⁵, de 5 de enero de 2012 y 28 de octubre de 2022, respectivamente, emitidas por la Corte Constitucional (en adelante, “CC”); con fundamento en lo que analizó y concluyó:

“3. ANÁLISIS

Conforme lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República del Ecuador en armonía con los artículos 2 y 19 de la Ley de Hidrocarburos, y con el artículo 23 del Reglamento Codificado a la Ley de Hidrocarburos, el Estado se encuentra facultado para delegar a empresas estatales o subsidiarias de la comunidad internacional, la exploración y explotación de campos en producción, mediante contratos de participación, asociación, servicios y otras formas contractuales que establece la ley, otorgados a través de procesos licitatorios, o en su defecto, adjudicaciones directas.

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

² LH, publicado en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.

³ RCALH, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 446 de 28 de noviembre de 2023.

⁴ <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/30308061-c10f-44ca-b2c3-ef542a4aa978/0008-10-I-C-SCC-sent.pdf>

⁵ http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RvYW1pdGUnLCB1dWlkOic5NzZjOWYxNyIjN2M4LTOzODctOTBhZiIn2FjNGUzYmExZWlucGRmJ30

(...)

Tal como se ha mencionado, la Ley de Hidrocarburos faculta al Estado – cuando la empresa pública de hidrocarburos no cuente con la capacidad técnica o económica para el desarrollo de actividades hidrocarburíferas – la delegación a empresas nacionales o extranjeras de probada experiencia y capacidad técnica y económica mediante contratos de participación, asociación o de prestación de servicios; o, mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana.

Asimismo, la norma en cuestión admite la posibilidad de delegación a empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, ya sea para exploración o explotación de yacimientos.

Lo mencionado se encuentra reconocido tanto en el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, como en el artículo 23 del Reglamento de Hidrocarburos: (...).

Cabe mencionar que para la adjudicación directa o licitación a través de cualquier modalidad contractual que permita la Ley, la empresa estatal deberá cumplir con uno de los tres presupuestos que establece el Reglamento para ser considerada como tal (...).

Finalmente, a manera de corolario, además del reconocimiento constitucional expreso, el tenor literal del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos abarca la exploración y explotación de yacimientos y permite la delegación de estas actividades a la iniciativa privada mediante licitación y a empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos mediante licitación o adjudicación directa- siempre que se cumplan los presupuestos establecidos por la Ley y Reglamento, sin que en ninguna de las modalidades se limite la modalidad contractual, estableciéndose como forma contractual contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios y otras formas contractuales vigentes (sic).”.

2. Análisis. -

Para atender la consulta se considera en primer lugar 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; y que, por el principio de legalidad que rige en derecho público, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y servidores públicos 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*”.

El numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre “*Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales*”. El inciso primero del artículo 313 *ibidem* determina que el Estado se reserva el derecho de “*administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y*

eficiencia”. El inciso tercero del citado artículo incluye a los recursos naturales no renovables y al transporte y la refinación de hidrocarburos como sectores estratégicos.

El inciso primero del artículo 2 de la LH dispone que el Estado “*explorará y/o explotará*” los yacimientos de hidrocarburos: *i)* en forma directa, a través de las empresas públicas de hidrocarburos; y, *ii)* excepcionalmente, mediante delegación del ejercicio de esas actividades “*a empresas nacionales o extranjeras, o consorcios integrados de ellas, de probada experiencia y capacidad técnica y económica*”, para lo cual establece que “*la Secretaría de Hidrocarburos*”⁶ (actual MEM) podrá celebrar contratos a través de las modalidades contractuales para la exploración y explotación hidrocarburífera o “*mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También se podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País*”.

El inciso segundo del citado artículo 2 de la LH, respecto de los “*contratos de exploración y explotación de campos marginales*”, señala que mediante estos se delega a la contratista “*la facultad de exploración y explotación adicional en los campos de producción marginal actualmente explotados por PETROPRODUCCIÓN, realizando todas las inversiones requeridas para la exploración y explotación adicional*”.

El inciso tercero *ibídem* señala, con relación a los campos marginales, que estos serán calificados así por la ex Secretaría de Hidrocarburos y que la adjudicación de sus contratos “*será realizada por el Comité de Licitaciones previsto en el artículo 19 y mediante concursos abiertos dando prioridad a la participación de empresas nacionales del sector hidrocarburífero, por sí solas o asociadas*”.

Al respecto, en el inciso cuarto refiere que las adjudicaciones “*procurarán tomar en consideración*” tres aspectos descritos en sus letras a, b y c⁷.

El inciso final del artículo 2 de la LH prevé:

“Las empresas nacionales o extranjeras o de economía mixta que celebren o mantengan contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana, establecerán su domicilio tributario en el cantón, en la región donde se encuentre el campo, la mayor superficie de la suma de ellos en el caso de empresas con contratos en distintas provincias o el principal proyecto de exploración o explotación. Esta obligación deberá incluirse en los contratos y no podrá modificarse sin una autorización expresa de la autoridad nacional que regula y controla la exploración y explotación hidrocarburífera”.

Es necesario advertir que el artículo 2 de la LH fue modificado por el artículo 131 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19⁸ (en adelante, “*LODESF*”), expedida en el año 2021, y por efectos de la Sentencia No. 110-21-IN y

⁶ Mediante Decreto Ejecutivo 399 publicado en el Suplemento del Registro Oficial 255 de 05 de junio de 2018, el Presidente de la República ordena la fusión por absorción de la Secretaría de Hidrocarburos al entonces Ministerio de Hidrocarburos, actual MEM.

⁷ LH, Art. 2.- (...)

Las adjudicaciones procurarán tomar en consideración:

a) Mayor monto de inversión a realizarse en el área;

b) Garantía de producción mínima, o;

c) Costos de producción”.

⁸ LODESF, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

acumulados⁹ de 28 de octubre de 2022, emitida por la Corte Constitucional, ese artículo fue declarado inconstitucional por la forma “*con efectos a futuro desde su publicación el Registro Oficial*”¹⁰.

Por otra parte, la CC en sentencia No. 42-10-IN/21 y acumulado, de 9 de junio de 2021¹¹, al analizar la constitucionalidad del artículo 2 de la LH, se refirió a los artículos 314, 315 y 316 de la CRE y a la sentencia No. 001-12-SIC-CC y señaló:

“**79.** En la referida sentencia, este Organismo enfatizó que la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde ‘*prioritariamente al Estado*’, y que dicha prioridad incluye la potestad del Estado para ‘*delegar*’ a otras empresas -que no sean las empresas públicas- la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos, claro está, que **dicha facultad de delegación tendrá el carácter de excepcional, y como categóricamente se indica ‘en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente’, reiterándose que en lo atinente a los casos de excepción ‘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’.** (El resaltado me corresponde)

80. Como se observa, el constituyente por un lado, permite la delegación en la participación de los sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos a otras empresas, que no sean públicas, es decir, **a la iniciativa privada; facultad que tendrá el Estado pero de forma excepcional y en los casos que establezca la ley para cada sector estratégico, como se lo ha hecho en este caso, a través de la Ley de Hidrocarburos y sus reformas**, en la que se ha establecido que para hacer efectiva dicha delegación, **se podrán celebrar contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana, o se podrán constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el país, lo que se hará de acuerdo a las regulaciones que, para cada modalidad contractual, se encuentren previstas legal y reglamentariamente**; de ahí que, el mismo constituyente **ha delegado de forma expresa al legislador, lo atinente a las regulaciones que deban efectuarse – de acuerdo a la ley- para los casos de excepción en este tipo de delegación** (el resaltado me corresponde).

81. Incluso la actual conformación de este Organismo se ha pronunciado señalando que ‘*El Estado al ser el encargado de la gestión de sectores estratégicos es quien tiene la facultad para autorizar a empresas públicas que presten un servicio público o delegar a empresas privadas la participación en dichos sectores*’; por todo lo dicho, no se observa

⁹ Sentencia No. 110-21-IN y acumulados, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 160 de 11 de enero de 2023.

¹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (en adelante, “LOGJCC”) Art. 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo. - Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.

Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

¹¹ Sentencia No. 42-10-IN/21 y acumulado de 9 de junio de 2021, dictada por la Corte Constitucional, en los casos No. 42-10-IN y 45-10-IN.

que los artículos 1 y 2 de la *‘ley impugnada’* sean inconstitucionales al establecer que se podrá delegar la exploración y explotación de hidrocarburos, su transporte, refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización a la iniciativa privada; **debiendo aclararse además que tampoco esta delegación – por excepción- involucra de manera alguna transferencia de la propiedad del Estado sobre estos recursos, ni de las competencias exclusivas que tiene el Estado Central respecto de los hidrocarburos. Más allá de lo expuesto, se enfatiza nuevamente que el carácter de la delegación a la iniciativa privada será excepcional, deberá autorizarse observando los parámetros o criterios que se exijan en la ley para determinar dicha excepcionalidad, considerando además las particularidades de cada sector estratégico**”. (El resaltado me corresponde)

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

Asimismo, el artículo 11 ibídem señala a *“la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero”*, como el organismo técnico administrativo *“encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera”*.

La LH, en el Capítulo III denominado *“Formas Contractuales”*, establece en el inciso primero de su artículo 19¹²:

“Art. 19.- La adjudicación de los contratos a los que se refieren los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley la efectuará el Ministerio Sectorial mediante licitación, con excepción de los que se realicen con empresas estatales o subsidiarias de estas, con países que integran la comunidad internacional, con empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y los de obras o servicios específicos. Para las adjudicaciones, el Ministerio Sectorial conformará un Comité de Licitaciones que se integrará y funcionará de conformidad con el Reglamento.” (El resaltado me corresponde)

Del precitado artículo se desprende que la adjudicación de contratos bajo la figura de delegación le corresponde al Ministerio Sectorial, es decir el MEM, en concordancia con lo señalado en el literal a. del artículo 6-A ibídem, mediante el cual se establece como atribución de la ex Secretaría de Hidrocarburos (actual MEM) suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, ***“previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial”***. (El resaltado me corresponde)

Por su parte, el RCALH¹³, en el Título IV *“EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS”*, en el Capítulo I *“EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN”*, en su artículo 16

¹² Artículo sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, contenida en el Decreto Ley publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de agosto de 2010.

¹³ CRE, **“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: (...) 3. Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva. (...) 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”**.

prevé que, además de que el Estado puede explorar y explotar los yacimientos hidrocarburíferos de manera directa, el Ministro del ramo “*en representación del Estado, de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades a empresas nacionales o extranjeras, o consorcios integrados por ellas, de probada experiencia y capacidad técnica, económica y financiera*”. (El resaltado me corresponde)

El artículo 17 del RCALH, con relación a la delegación a la iniciativa privada, señala que la misma podrá realizarse en el caso que “*las empresas públicas de hidrocarburos ecuatorianas no cuenten con la capacidad técnica o económica para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, que pueda afectar la sostenibilidad de su producción y consecuentemente de las finanzas públicas*”. Para el efecto, el artículo 18 ibídem determina:

“**Art. 18.- Procesos de licitación:** Toda adjudicación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos y sustancias asociadas estará a cargo del Ministro del Ramo y será realizada mediante procesos de licitación según la normativa que expida el COLH para cada proceso, la que en todo caso deberá ajustarse a las disposiciones de este Reglamento”.

En cuanto a la determinación y asignación de las áreas de operación directa a las empresas públicas de hidrocarburos ecuatorianas, el artículo 19 ibídem prevé que el MEM la realizará “*a través de una resolución motivada, en la que se establecerá la delimitación del área y demás condiciones de exploración y explotación*”, la misma que podrá ser temporal o definitiva.

El artículo 20 ibídem permite a las empresas públicas de hidrocarburos ecuatorianas “*constituir Consorcios con empresas nacionales o extranjeras, públicas o privadas de reconocido prestigio, para ejecutar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y sustancias asociadas*”. Al efecto, los artículos 21 y 22 ibídem prevén que corresponde al MEM normar la participación de las empresas públicas de hidrocarburos ecuatorianas en dichos consorcios, y que esos consorcios “*podrán participar en los procesos de licitación que convoque el Ministerio del Ramo, para ejecutar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y sustancias asociadas*”. Concluye, además, que “*En todos los casos de delegación a los Consorcios, el socio estratégico de la empresa pública de hidrocarburos ecuatoriana realizará las inversiones de exploración y explotación a su cuenta y riesgo y se encargará de la operación del campo o bloque adjudicado*”. (El resaltado me corresponde)

En el mismo Título del RCALH, el Capítulo III “**EMPRESAS ESTATALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**”, en su artículo 23 establece que, en los casos en que el MEM determine que “*las empresas públicas de hidrocarburos ecuatorianas carecen de capacidad técnica o económica para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación en una determinada área o bloque*” o “*establezca motivadamente la conveniencia de delegación a las empresas estatales o subsidiarias de estas, de los países que integran la comunidad internacional*”, podrá determinar las áreas o bloques y actividades a ser delegadas “*sea en forma directa o en procedimientos de licitación, las que podrán intervenir solas o asociadas entre empresas estatales, o asociadas con empresas privadas de reconocida solvencia y capacidad operativa, siempre y cuando la empresa estatal sea titular de al menos el 51 % de la asociación o consorcio*” (el resaltado me corresponde).

El artículo 24 ibídem determina que son consideradas “*empresas estatales o subsidiarias de estas, de los países que integran la comunidad internacional*”, las de propiedad total, las que

cuenten con un capital mayoritario de propiedad y las que se encuentren bajo el control y/o administración de un Estado que integre la comunidad internacional.

Adicionalmente, el artículo 25 *ibidem* prevé que “*Para la suscripción de los contratos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Hidrocarburos con empresas estatales o subsidiarias de estas, de los países que integran la comunidad internacional*”, el MEM “*verificará y calificará la calidad jurídica de tales empresas estatales o de sus subsidiarias*” conforme lo previsto en el artículo 24 del RACLH. Adicionalmente, considerará “*aspectos tales como experiencia en hidrocarburos, capacidad legal, económica financiera, de seguridad, salud y cuidado del medio ambiente, principios éticos, de gobierno corporativo, y todos aquellos aspectos también requeridos para las empresas privadas nacionales o internacionales*”.

En este contexto, es importante considerar que el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴, en armonía con la regla primera del artículo 18 del Código Civil¹⁵, prevén que: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal*”. De igual forma, el numeral 5 del artículo 3 de la LOGJCC añade que las normas jurídicas deben ser entendidas “*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)* el Estado tiene competencia exclusiva sobre los recursos naturales no renovables y se reserva el derecho de administrar aquellos considerados como sectores estratégicos; *ii)* la delegación del desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos a la iniciativa privada es una facultad excepcional que tendrá el Estado, y deberá sujetarse previamente a un procedimiento licitatorio; *iii)* el Estado puede delegar excepcionalmente dicho desarrollo a empresas estatales o sus subsidiarias, de los países que integran la comunidad internacional, en forma directa o a través del respectivo procedimiento de licitación y previa adjudicación por parte del MEM; *iv)* conforme lo previsto en la LH, la industria petrolera es altamente especializada y comprende, entre otros aspectos, la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos; su rectoría la ejerce el MEM y es normada, regulada y controlada por la “*Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero*”; *y, v)* el RCLH, expedido en el ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, en el Título IV “*EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS*”, en el Capítulo III “*EMPRESAS ESTATALES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL*”, en sus artículos 23, 24 y 25, regula la “*delegación a las empresas estatales o subsidiarias de estas, de los países que integran la comunidad internacional*”.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, conforme lo dispuesto en los numerales 5 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la regla primera del artículo 18 del Código Civil, y en concordancia con los artículos 2 y 19 de la Ley de Hidrocarburos, la delegación excepcional para la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos a empresas estatales o sus subsidiarias de países miembros de la comunidad internacional es procedente, siempre y cuando se cumpla estrictamente con las disposiciones establecidas en los artículos 23, 24 y 25 del Capítulo III

¹⁴ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹⁵ Código Civil codificado, codificación No. 2005-010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

“Empresas Estatales de la Comunidad Internacional” del Título IV “Exploración y Explotación de Hidrocarburos” del Reglamento Codificado de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos.

En este sentido, el proceso de adjudicación mediante delegación para el ejercicio de las actividades de exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos a empresas estatales o sus subsidiarias, que cuenten con probada experiencia, capacidad técnica y solvencia económica, debe ser llevado a cabo bajo la responsabilidad exclusiva del Ministerio de Energía y Minas quién, en su calidad de autoridad rectora de la industria petrolera, garantizará que el proceso cumpla con los altos estándares de especialización requeridos por el sector y los intereses nacionales.

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

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
**JUAN CARLOS
LARREA
VALENCIA**

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 09151

Quito, D.M., 22 OCT 2024

Abogado
Iván Fernando Rosero Rodríguez
DIRECTOR GENERAL (E)
SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR (SENAE)
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. SENAE-SENAE-2024-0385-OF, de 22 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 6 de septiembre del presente año, se formuló la siguiente consulta:

- *“Considerando la problemática expuesta, ¿El impedimento para ejercer la actividad de Agente de Aduana al que hace referencia el literal f) del Art. 260 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, aplica única y exclusivamente a la persona natural o jurídica operador de comercio exterior; o se extiende además el impedimento antes referido, a los representantes legales o socios y accionistas de la persona natural o jurídica operador de comercio exterior.?”*

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, mediante oficios No. 08595 y No. 08596, de 09 de septiembre de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (en adelante, “MPCEIP”), y a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, “SCVS”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 08790, de 26 de septiembre de 2024, se insistió al MPCEIP en dicho requerimiento.
- 1.2. El requerimiento de esta Procuraduría fue atendido por el Director Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo (S) de la SCVS, mediante oficios No. SCVS-INC-DNCDN-2024-00109474-O y No. SCVS-INC-DNCDN-2024-00110816-O, de 17 y 20 de septiembre de 2024, respectivamente, ingresados en el correo institucional único de este organismo los mismos días. El MPCEIP no ha emitido respuesta hasta la presente fecha.
- 1.3. El Informe Jurídico contenido en el memorando No. SENAE-DNJ-2024-0221-M, de 2 de julio de 2024, suscrito por el Director Nacional Jurídico Aduanero del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante, “SENAE”), citó los artículos 82, 225, 226 y 425 de la



Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 216, 227 y 228 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones² (en adelante, “COPCI”); 259 y 260 letra f) del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPSI³ (en adelante, “Reglamento de Facilitación Aduanera para el Comercio”); 3, 8 y 13 del Reglamento que Regula el Ejercicio de la Actividad de los Agentes de Aduana y de sus Auxiliares⁴ (en adelante, “RREAAAA”); y, artículo 8 del Código Civil⁵ (en adelante, “CC”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“III ANÁLISIS

(...) En tal sentido, se evidencia que conforme se ha expuesto en líneas superiores, se ha considerado para emitir el criterio en cuestión principios contenidos en el Código Civil, mismos que no son aplicables a esta materia, debiendo además enfatizarse que los impedimentos detallados en la norma, deberán ser verificados sea al momento de postulación o renovación de la Licencia de Agente de aduana.

Consecuentemente, en virtud de lo que establece la norma, quien ejerza la actividad de agente de aduana como persona natural o que sea representante legal o socio de persona jurídica dedicada al agenciamiento de aduana y, que además sea persona natural o jurídica considerada operador de comercio exterior (o tenga calidad de concesionarios de servicios aduaneros de aforo, valoración, control y vigilancia), incurrirían en el impedimento macro del artículo 260 literal f), mencionado anteriormente. En otras palabras, las personas naturales o jurídicas que sean operadores de comercio exterior NO podrían ser agentes de aduana a título personal ni tampoco socios ni representantes legales de personas jurídicas agentes de aduana.

3.3 En cuanto a lo consultado, respecto a si los tramites y resoluciones generados producto de tal criterio tienen validez jurídica, es menester enfatizar que una vez emitido un acto administrativo, el mismo se entiende válido hasta que no se declare lo contrario por las vías legales correspondientes.

“IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

*Por lo antes expuesto, se concluye que el criterio contenido en el **Oficio SENAE-SGN-2022-0673-OF**, se contrapone a lo expresamente establecido en el **Art. 260, literal f) del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones**; y que, tal criterio por ser jerárquicamente inferior a lo dispuesto en el Reglamento prenombrado, no tiene prevalencia sobre el mismo; en tal virtud, se recomienda lo siguiente:*

RECOMENDACIONES:

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

² COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de diciembre de 2010.

³ Reglamento de Facilitación Aduanera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 452 de 19 de mayo de 2011.

⁴ RREAAAA, emitido mediante Resolución No. SENAE-SENAE-2019-0077-RE, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 74 de 20 de septiembre de 2019.

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

1. Que la Subdirección General de Normativa, deje sin efecto el criterio contenido en el Oficio **SENAE-SGN-2022-0673-OF**, por contraponerse a la norma establecida en el **Art. 260, literal f) del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones**.
 2. Que la Dirección de Autorizaciones y Expedientes OCES, analice y verifique la validez y vigencia de los actos administrativos que se hubieren emitido en virtud del pronunciamiento contenido en el Oficio **SENAE-SGN-2022-0673-OF**, por ser dichos actos emanados en virtud de las atribuciones contenidas en el Estatuto Orgánico por Procesos del SENA.
 3. Que en cuanto a lo peticionado por la señora Zinnia Yadira Mora Ordoñez, mediante escrito ingresado con documento Nro. **SENAE-DSG-2024-6093-E**, la Dirección de Autorizaciones y Expedientes OCES, oficie a la peticionaria a fin de que regularice su situación, en cuanto a encontrarse inmersa en el impedimento antedicho; y que a consecuencia de la regularización respectiva, pueda habilitarse en el Sistema Ecuapass con su código como Agente de Aduana.
 4. Que la Dirección Nacional de Intervención y la Dirección de Autorizaciones y Expedientes OCES, analicen y verifiquen la viabilidad de iniciar el correspondiente expediente administrativo sancionatorio, a aquellos Agentes de Aduana que se encuentren inmersos en el impedimento establecido en el **literal f) del Art. 260 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones**, conforme a lo establecido en el Boletín Informativo Nro. 3-2020, publicado el 27 de enero de 2020, mismo que se encuentra vigente a la fecha". (Énfasis corresponde al texto original).
- 1.4. Por su parte, la SCVS emite un criterio jurídico abstentivo, basado en los artículos 213 y 226 de la CRE, y, 430, 431 y 432 de la Ley de Compañías⁶ (en adelante, "LC"). Dicho informe manifestó lo siguiente:

"En tal contexto constitucional y legal, una vez revisada la consulta por Usted expuesta, se concluye, que no es competencia de este ente de control el pronunciarse sobre la misma; pues, al hacerlo, estaríamos extralimitándonos en nuestras atribuciones y facultades legales, determinando si es o no procedente la aplicación de una norma de carácter general, en este caso el literal f) del Art. 260 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, relacionado con los impedimentos de personas, que no podrán ser agentes de aduana, descritos taxativamente en la norma ibidem".

2. Análisis. –

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

⁶ LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.



El artículo 212 del COPCI define al SENA como *“una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con competencia en todo el territorio nacional”*. Se le atribuye, en virtud de ese Código, las competencias técnico-administrativas necesarias para llevar adelante la *“planificación y ejecución de la política aduanera del país y para ejercer, en forma reglada, las facultades tributarias de determinación, de resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, de conformidad con este Código y sus reglamentos”*.

La administración del SENA corresponde al Director General, quien será su *“máxima autoridad y representante legal, judicial y extrajudicial, en razón de lo cual ejercerá los controles administrativos, operativos y de vigilancia señalados en este Código, a través de las autoridades referidas en el artículo anterior en el territorio aduanero”*, según lo prevé el artículo 213 ibídem.

Concordante, el artículo 215 del COPCI dispone que el Director General del SENA *“será funcionario de libre nombramiento y remoción, designado directamente por la Presidenta o el Presidente de la República (...)”*, tendiendo entre sus atribuciones y competencias de acuerdo con el artículo 216 ibídem, entre otras, las siguientes:

“g. Otorgar, suspender, cancelar o declarar la caducidad de las licencias para el ejercicio de agentes de aduanas;

(...)

k. Ejercer las funciones de autoridad nominadora en el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.”

En este sentido, es necesario mencionar que la resolución No. SENA-SENAE-2023-0006-RE que contiene el Procedimiento para Autorización de Operadores de Comercio Exterior, reúne, en su artículo 1, a los tipos de Operadores de Comercio Exterior en 5 grupos de la siguiente manera: *“Grupo: 1 - Depósito Aduanero Privado - Depósito Aduanero Público - Depósito Temporal - Depósito Temporal Courier - Depósito Temporal Paletizadora - Instalación Industrial; Grupo 2: - Agentes de Carga de Exportación - Almacén Especial - Almacén Libre - Consolidadora/Desconsolidadora de Carga - Courier; Grupo 3: Agente de Aduana; Grupo 4: - Depósito de Unidades de Carga; Grupo 5 - Ferias Internacionales”* (énfasis añadido).

En concordancia con lo anterior, el artículo 2 ibídem define al Agente de Aduana como *“la persona natural o jurídica cuya licencia, le faculta a gestionar de manera habitual y por cuenta ajena, el despacho de las mercancías”*; y, al Operador de Comercio Exterior como la *“Persona natural o jurídica, nacional o extranjera para intervenir en el tráfico internacional de mercancías. En ciertos casos, para ser considerado un Operador de Comercio Exterior, debería tener autorización o calificación de la autoridad competente.”*

De su parte, el COPCI dentro del Título V *“AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA”*, Capítulo I *“DE LOS AGENTES DE ADUANA”*, en su artículo 227 define al Agente de Aduana como:

***“Es la persona natural o jurídica cuya licencia, otorgada por la Directora o el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, le faculta a gestionar de manera habitual y por cuenta ajena, el despacho de las mercancías, debiendo para el efecto firmar la declaración aduanera en los casos que establezca el reglamento, estando obligado a facturar por sus servicios de acuerdo a la tabla de honorarios mínimos que serán fijados por la Directora o el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. Dicha licencia tendrá un plazo de duración de 5 años, la cual puede ser renovada por el mismo plazo.*”**

El Agente de Aduana podrá contratar con cualquier operador que intervenga en el comercio internacional y quedará obligado a responder ante el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por la información consignada en los documentos.

El agente de aduana tendrá el carácter de fedatario y auxiliar de la función pública en cuanto que la aduana tendrá por cierto que los datos que consignan en las declaraciones aduaneras que formulan, guardan conformidad con la información y documentos que legalmente le deben servir de base para la declaración aduanera, sin perjuicio de la verificación que puede practicar el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Además de sus autores, los agentes de aduana, que en el ejercicio de su actividad, hubieren participado como autores, cómplices o encubridores, estarán sometidos a las responsabilidades penales establecidas para los delitos contra la fe pública respecto de los delitos de la falsificación de documentos en general, en cuyo caso no requerirá declaratoria judicial previa en materia civil para el ejercicio de la acción penal, prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, para efectos de responsabilidad los agentes de aduana serán considerados como notarios públicos.

En los despachos de mercancía en que intervenga el agente de aduana es responsable solidario de la obligación tributaria aduanera, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda. Sin perjuicio de lo expuesto, el agente de aduanas no será responsable por la valoración de las mercancías” (énfasis añadido).

En ese orden de ideas, el artículo 228 del COPCI dispone que los agentes de aduana *“tienen derecho a que se les reconozca su calidad de tal a nivel nacional”*. El principal deber del agente de aduanas es cumplir ese Código, sus reglamentos y las disposiciones dictadas por el SENAE y asesorar en el cumplimiento de éstas a quienes contraten sus servicios. El *“otorgamiento de la licencia de los agentes de aduana, sus derechos, obligaciones y las regulaciones de su actividad, se determinarán en el Reglamento de este Código”*, y las disposiciones que dicte para el efecto el SENAE.

En tal contexto, el artículo 229 ibídem se refiere a las sanciones para los agentes de aduana por el incumplimiento de sus funciones; así, siempre que el hecho no constituya delito o contravención, están sujetos a las siguientes sanciones:



“1. Suspensión de la licencia.- Los agentes de aduana serán sancionados con una suspensión de su licencia hasta por sesenta (60) días calendario cuando incurran en una de la las siguientes causales:

a. Haber sido sancionado en tres ocasiones por falta reglamentaria, por el incumplimiento del Reglamento de este Título o a los Reglamentos que expida la Directora o el Director del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, dentro de un período de 12 meses;

b. Haber sido sancionado en tres ocasiones dentro de un período de 12 meses con contravención indistintamente por: 1. Obstaculizar o impedir acciones de control aduanero, ya sea por actos tendientes a entorpecer la actividad del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador o por negarse a colaborar con las investigaciones que se realicen; 2. No presentar los documentos de compañía miento conjuntamente con la declaración aduanera, si corresponde conforme a la modalidad de despacho asignada a la declaración, por parte del propietario, consignante o consignatario; o,

c. El incumplimiento de las obligaciones previstas para los Agentes de Aduana en el Reglamento al presente Código y en el reglamento que regule la actividad de los agentes de aduana dictado por la Directora o el Director General.

2. Cancelación de la licencia.- Los agentes de aduana serán sancionados con la cancelación de su licencia cuando incurra en una de la las siguientes causales:

a. Por reincidencia en la suspensión de la licencia dentro de un período de 12 meses;

b. (Reformado por la Disposición Reformatoria Cuarta del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, R.O. 19-S, 21-VI-2017).- En caso de haber sido sentenciado por delitos contra la administración aduanera;

c. No conservar el archivo de los despachos en que ha intervenido por el plazo establecido en el reglamento al presente Código; o,

d. Por fallecimiento del titular o disolución de la persona jurídica”.

De igual manera, el artículo 230 del COPCI prevé que los agentes de aduana “podrán contar con auxiliares para el ejercicio de su actividad, los cuales serán calificados por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador de conformidad con las disposiciones que para el efecto dicte la Directora o el Director General”. La credencial del auxiliar tendrá vigencia mientras esté vigente la credencial del agente de aduana y preste sus servicios a éste.

Los auxiliares de los agentes de aduana “podrán actuar en representación del agente de aduanas en los actos que correspondan a éste ante la administración aduanera, excepto en la firma de la declaración”, y su deber principal es cumplir el COPCI, sus reglamentos y las disposiciones dictadas por el SENA.

Agrega la citada norma que: *“La credencial del auxiliar del agente de aduana será cancelada en los siguientes casos: a. En caso de haber sido sentenciado por delitos contra la administración aduanera; b. Por fallecimiento del titular; o c. Las demás que establezca este Código”*.

Concordante con lo expuesto, el artículo 256 del Reglamento de Facilitación Aduanera para el Comercio reitera que el agente de aduana es la persona natural o jurídica cuya licencia le faculta a gestionar, de manera habitual y por cuenta ajena, el despacho de las mercancías; tiene el carácter de fedatario y auxiliar de la función pública, por lo que están sujetos al control de la Autoridad Aduanera, al igual que sus auxiliares.

Para el efecto, la Dirección General del SENA establece los *“requisitos y procedimientos para la obtención, renovación, suspensión, cancelación y caducidad de las licencias de agentes de aduana para personas naturales y jurídicas”*, así como otras actividades relacionadas con su actividad, según lo prevé el artículo 259 del Reglamento de Facilitación Aduanera para el Comercio. (Énfasis añadido).

La misma norma dispone que: *“Tanto para las personas naturales como para los representantes legales de las personas jurídicas será obligatorio contar con un título profesional universitario o de nivel tecnológico conferido por una universidad o escuela superior politécnica u otras instituciones reconocidas legalmente”*; y, para la calificación de Agente de Aduana, el SENA establece como requisito, *“que el postulante rinda un examen de suficiencia o acredite mínimo cien horas de capacitación anual u obtenga una certificación internacional”*.

Respecto de los impedimentos para ser agentes de aduana, la letra f) del artículo 260 del Reglamento de Facilitación Aduanera para el Comercio, al que hace referencia la consulta, prevé que no podrán ser agentes de Aduana a título personal, ni socios de personas jurídicas, ni sus representantes legales, dedicados dicha actividad, entre otras, las siguientes personas:

“Aquellas personas naturales o jurídicas que sean operadores de comercio exterior o tengan calidad de concesionarios de servicios aduaneros de aforo, valoración, control y vigilancia” (énfasis añadido).

El inciso final del citado artículo 260 dispone que *“Además de estos impedimentos, no podrá ejercer la actividad individual de agente de aduana, la persona que ostente el cargo de representante legal de una persona jurídica que opere como agente de aduana. En estos casos, la licencia de Agente de Aduana a título personal quedará suspendida por el tiempo que dure el nombramiento, la misma que no constituirá causal de sanción administrativa”*.

Con relación a los auxiliares de los agentes de aduana, será la Dirección General del SENA quien establezca los requisitos y procedimientos para su autorización. Cuando estos auxiliares, ya sean personas naturales o jurídicas, cometan una infracción administrativa aduanera por acción u omisión, la responsabilidad recaerá sobre el Agente de Aduana.

Adicionalmente, debemos considerar que, según el artículo 40 del CC, “*las personas son naturales o jurídicas*”. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros, según lo prevé el artículo 41 *ibídem*.

En ese sentido, el artículo 564 del CC define a la persona jurídica como “*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*”. Las personas jurídicas son de dos especies: “*corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública*”, pudiendo participar de uno y otro carácter.

De su parte, el artículo 1957 del CC señala que la Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan, agregando que “*La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados*” (énfasis añadido). Concordante, el artículo 17 de la Ley de Compañías señala que “*La compañía, creada por acto unilateral o por contrato, goza de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto de sus socios, accionistas y administradores*”.

De lo manifestado se observa que: *i)* corresponde al Director General del SENA otorgar, suspender, cancelar o declarar la caducidad de las licencias para el ejercicio de agentes de aduanas. Dicha licencia dura 5 años, pudiendo renovarse por el mismo plazo; *ii)* el Operador de Comercio Exterior es una persona natural o jurídica, nacional o extranjera para intervenir en el tráfico internacional de mercancías; y, el agente de aduana – tipo de Operador de Comercio Exterior – es una persona natural o jurídica cuya licencia, otorgada por el Director General del SENA, le faculta a gestionar de manera habitual y por cuenta ajena, el despacho de las mercancías, debiendo para el efecto firmar la declaración aduanera en los casos que establezca el reglamento; *iii)* los agentes de aduana pueden contar con auxiliares para el ejercicio de su actividad, los cuales serán calificados por el SENA y su credencial tiene vigencia mientras esté vigente la credencial del agente de aduana y preste sus servicios a éste; *iv)* no podrán ser agentes de aduana a título personal, ni socios de personas jurídicas, ni sus representantes legales, dedicados a esta actividad, aquellas personas naturales o jurídicas que sean operadores de comercio exterior o tengan calidad de concesionarios de servicios aduaneros de aforo, valoración, control y vigilancia; tampoco podrá ejercer la actividad individual de agente de aduana, la persona que ostente el cargo de representante legal de una persona jurídica que opere como agente de aduana; y, *v)* la persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, además, la sociedad que forma una persona jurídica, es distinta de los socios individualmente considerados.

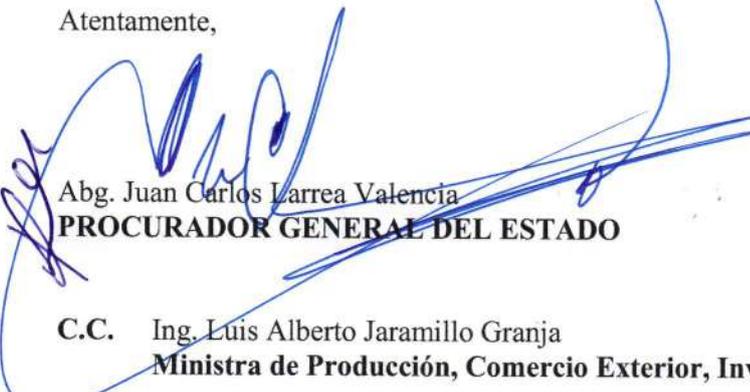
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con letra f) e inciso final del artículo 260 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en concordancia con los artículos 564 y 1957 del Código Civil y 17 de la Ley de Compañías, no podrán ser Agentes de Aduana, ni socios de personas jurídicas, ni representantes legales de sociedades que se

dediquen a la agencia aduanera las personas naturales o jurídicas que sean operadores de comercio exterior o tengan calidad de concesionarios de servicios aduaneros de aforo, valoración, control y vigilancia. Esta prohibición indicada no se extiende a los representantes legales o socios de la persona jurídica operadora de comercio exterior.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Luis Alberto Jaramillo Granja
Ministra de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca.

Abg. Luis Alberto Cabezas-Klaere
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

Oficio No. **09165**

Quito, D.M., **23 OCT 2024**

Doctor
Xavier Mauricio Torres Maldonado
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. 361-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 16 de los mismos mes y año, se formuló la siguiente consulta:

“Considerando que según lo prescrito en los artículo 49 y 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las resoluciones de responsabilidad administrativa culposa son definitivas en sede administrativa pero susceptibles de impugnación en la vía contencioso administrativa, y que este recurso de revisión cabe solo para las resoluciones de responsabilidad civil culposa ¿procede que la Contraloría General del Estado conozca y resuelva los recursos de revisión respecto de resoluciones que establezcan responsabilidades administrativas culposas, con fundamento en los artículos 43 y 44 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. El informe jurídico contenido en memorando No. 000498-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, suscrito por el Director Nacional Jurídico, Encargado, de la Contraloría General del Estado, citó los artículos 76, 82, 212, 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 31, 39, 45, 49, 60, 61 y 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado² (en adelante, “LOCGE”); 56 del Reglamento General a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante, “RGLOCGE”); 43 y 44 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado⁴ (en adelante, “RDR”).

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

² LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595, de 12 de junio de 2002.

³ RGLOCGE, publicado en el Registro Oficial No. 119, de 7 de julio de 2003.

⁴ RDR, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 323, de 10 de septiembre de 2018.



Sobre la base normativa previamente citada, el informe jurídico de la Contraloría General del Estado manifiesta que existe antinomia entre los artículos 60 de la LOCGE que prevé que “*el recurso de revisión procede únicamente respecto de las resoluciones originales que establezcan responsabilidades civiles culposas (...)*”, y los artículos 43 y 44 del RDR que establecen el recurso de revisión como mecanismo de impugnación en sede administrativa respecto de las resoluciones que establezcan responsabilidades civiles y administrativas culposas, y concluye lo siguiente:

“3. Análisis

*3.1. Del análisis que antecede se desprende que la Contraloría General del Estado ejerce sus facultades de control de la correcta utilización de los recursos públicos con fundamento en expresas disposiciones constitucionales y legales; y, que sobre la base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, tiene potestad privativa para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, siguiendo el procedimiento administrativo establecido en su Ley Orgánica y **bajo estricta observancia de las garantías básicas del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador**, entre ellas la del derecho a la defensa por parte de los peticionarios y el de la motivación para la validez de los actos administrativos. (Énfasis añadido)*

(...)

3.5. No obstante lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento, el vigente Reglamento de Determinación de Responsabilidades, en franca contradicción con normas de rango superior, en los artículos 43 y 44 establece que ‘Las resoluciones que confirmen o desvanezcan responsabilidades administrativas y/o civiles culposas, serán susceptibles de impugnación en sede administrativa a través de la presentación del recurso de revisión’ (...).

4. Criterio institucional

4.1 La facultad de conocer y resolver el recurso de revisión, según el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se restringe única y exclusivamente a las resoluciones que establecen responsabilidades civiles culposas tramitadas vía glosa, con excepción de las órdenes de reintegro, y de manera alguna, la referida disposición normativa extiende esa facultad para resolver, vía recurso de revisión, las resoluciones que impongan responsabilidades administrativas culposas, las cuales, de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, son definitivas en sede administrativa, pero son susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, en sede contencioso administrativa, garantizándose su derecho a la defensa.

4.2 Adicionalmente, el artículo 61 de la LOCGE contempla una remisión normativa para que el Contralor General del Estado reglamente la calificación del recurso de revisión y su procedencia (...).

4.3. Por lo expuesto, se colige que existe una antinomia o contradicción normativa entre lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (artículos 49 y 60), que con claridad meridiana establecen que las resoluciones de responsabilidad administrativa culposa son definitivas en sede administrativa pero son susceptibles de impugnación en la vía contencioso administrativa, y que el recurso de revisión procede exclusivamente sobre las resoluciones de determinación de responsabilidad civil culposa tramitadas vía glosa; y, lo previsto en el Reglamento de Determinación de Responsabilidades (Artículos 43 y 44), que señalan que las resoluciones que confirmen o desvanezcan responsabilidades administrativas, serán susceptibles de impugnación en sede administrativa a través de la presentación del recurso de revisión”.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Régimen jurídico aplicable a los procedimientos de determinación de responsabilidades; y, ii) Regulaciones sobre el recurso de revisión en los procedimientos de competencia de la Contraloría General del Estado.

2.1. Régimen jurídico aplicable a los procedimientos de determinación de responsabilidades. -

El artículo 211 de CRE determina que la Contraloría General del Estado es el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos del Estado; y, el numeral 2 del artículo 212 ibidem le asigna atribución para: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control”.

La sujeción de los procedimientos de determinación de responsabilidades a la LOCGE fue materia del Pronunciamiento⁵ contenido en el oficio No. 15197, de 20 de agosto de 2021, de la Procuraduría General del Estado en el que se concluyó que:

“Respecto a los procedimientos de competencia de la CGE, la parte final del primer inciso del citado artículo 134 del COA determina que las reglas de procedimiento común que ese código establece ‘No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos’ y, en el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 261 del COA reitera que: ‘La determinación de responsabilidades derivadas del control de recursos públicos que realiza la Contraloría General del Estado se sujetará a lo previsto en la Ley

⁵ Procuraduría General del Estado, pronunciamiento contenido en oficio No. 15197 de 20 de agosto de 2021.



Orgánica de la Contraloría General del Estado' (el resaltado corresponde al texto citado).

(...)

3. Pronunciamiento. –

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en forma expresa por los artículos 134 y 261, segundo inciso del Código Orgánico Administrativo, los procedimientos derivados del control de recursos públicos están sujetos a lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (...)."

Con relación a los procedimientos de competencia de la Contraloría General del Estado para la determinación de responsabilidades y su sujeción a las garantías del debido proceso, la Corte Constitucional⁶ ha expuesto que:

*"44. Los informes que emite la Contraloría como resultado de sus competencias constitucionales deben entenderse como una más de las formas de tener la noticia criminis. No es cualquier forma, sin duda alguna, porque la Contraloría cuenta con personal especializado, con procedimientos de investigación, con plazos para ejercer su tarea y **con garantías del debido proceso.** (...)"* (énfasis añadido).

Al respecto, el artículo 76 numeral 7, literal m) de la CRE incluye la garantía de recurrir en los siguientes términos:

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

(...)

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

(...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".

Concordante, el artículo 173 de la CRE dispone que: *"Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial".*

Por su parte, sobre la aplicación del derecho al debido proceso y sus garantías, específicamente la de recurrir a los procedimientos administrativos⁷, la Corte

⁶Corte Constitucional, sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados

⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 10-20-CN/20.

Constitucional en su sentencia No. 10-20-CN/20, de 19 de agosto de 2020, ha examinado que:

“24. Si bien este Organismo ha definido el contenido y alcance de la garantía a recurrir, en particular, en el marco de un proceso jurisdiccional, es necesario señalar que conforme al artículo 76 de la Constitución, todo procedimiento o decisión de autoridad pública, sea administrativa o judicial, que pueda tener una afectación en los derechos de una persona debe sujetarse a las reglas del debido proceso legal. Por lo que el contenido y alcance de las garantías del debido proceso desarrollado por la jurisprudencia constitucional es también aplicable a los procedimientos administrativos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden.

(...)

27. Esta Corte Constitucional reconoce que el derecho a la defensa en la garantía a recurrir no es de carácter absoluto y, como tal, su ejercicio podría estar sujeto a ciertas limitaciones previamente establecidas tanto en la Constitución como en la ley, que vienen dadas por la naturaleza de los diferentes procedimientos y del medio de impugnación que se pretende ejercer. Así, el legislador goza de libertad de configuración respecto de los recursos y mecanismos de defensa disponibles en el ordenamiento jurídico. De tal forma que,

... es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos - positivos y negativos - que deben darse para su ejercicio⁸.

28. Ahora bien, la libertad de configuración legislativa respecto del derecho a recurrir tampoco es absoluta. Al respecto, esta Corte Constitucional ha señalado que, ‘siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado’⁹” (énfasis añadido).

De lo expuesto se desprende que: i) los procedimientos para la determinación de responsabilidades, que realiza la Contraloría General del Estado, se sujetan a la LOCGE; y, ii) las garantías constitucionales del debido proceso son aplicables a los procedimientos administrativos en los que se determinan derechos y obligaciones, como aquellos en los cuales se determinan responsabilidades.

⁸ “Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia 017-10-SCN-CC, causa No. 0016-10-CN, p. 7, citando a: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-742/99”.

⁹ “Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1741-14-EP/21 de 27 de mayo de 2020, párr. 36”.



2.2. Regulaciones sobre el recurso de revisión en los procedimientos de competencia de la Contraloría General del Estado. -

De acuerdo con lo previsto en los artículos 212 de la CRE y 39 de la LOCGE, la Contraloría General del Estado tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas con base en los resultados de la auditoría gubernamental contenidos en actas o informes.

El Capítulo V de la LOCGE, “*Determinación de Responsabilidades*”, se estructura en cinco secciones. Las secciones segunda y tercera tratan, en su orden, sobre las responsabilidades administrativas culposas y las responsabilidades civiles culposas; y, la sección quinta se refiere a la acción contencioso-administrativa que permite la impugnación judicial de dichas responsabilidades.

Respecto de la responsabilidad administrativa culposa, el artículo 45 de la LOCGE, ubicado en la sección segunda del mencionado Capítulo V, prevé que se establecerá sobre la base del “*grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales*”, que, según el artículo 46 ibidem, se sancionan con multa o destitución.

De acuerdo con el artículo 49 de la LOCGE, las decisiones de la CGE que impusieren dichas sanciones son definitivas en la vía administrativa, pero podrán ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 53 de la LOCGE, ubicado en la sección tercera del Capítulo V, trata sobre la responsabilidad civil culposa y señala que se determinará por la Contraloría General del Estado cuando de los resultados de la auditoría gubernamental se establezca “*perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado*”.

Respecto del recurso administrativo de revisión, el artículo 60 de la LOCGE, también ubicado en la sección tercera, establece que la Contraloría General del Estado “*revisará las resoluciones originales que expida, en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad civil culposa (...)*”, y señala los casos en los que ese recurso procede. El artículo 61 ibidem regula lo relacionado con la calificación del recurso de revisión y los artículos siguientes, del 62 al 64 de la LOCGE, contienen las normas de procedimiento aplicables.

Concordante, el artículo 56 del RGLOCGE reitera lo regulado por la LOCGE respecto del procedimiento para determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas y el recurso de revisión en sede administrativa, estableciendo para ambos tipos de responsabilidades la posibilidad de impugnarlas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, el artículo 43 del RDR, actualmente vigente, prevé el recurso de revisión tanto para las responsabilidades civiles culposas como para las responsabilidades administrativas.

Al respecto, se observa que el RDR fue expedido por la Contraloría General del Estado, en ejercicio de las atribuciones que le confieren expresamente los artículos 31 numeral 22 y 95 de la LOCGE que, en su orden, disponen:

“Art. 31.- Funciones y Atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

22. Dictar regulaciones de carácter general para la práctica de la auditoría gubernamental; la determinación de las responsabilidades de que trata esta Ley; el control de la administración de bienes del sector público; y, las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones;” (Énfasis añadido)

“Art. 95.- Emisión de regulaciones.- La Contraloría General del Estado expedirá las regulaciones de carácter general, los reglamentos y las normas internas necesarias para el cumplimiento de sus funciones”.

Adicionalmente, se observa que tanto el considerando tercero del RDR, como el texto del artículo 43 de ese reglamento, se refieren en forma expresa al artículo 76, letra m) de la CRE, que incluye el derecho a recurrir. El tenor de la norma reglamentaria es el siguiente:

“Art. 43.- Recurso de revisión.- Las resoluciones que confirmen o desvanezcan responsabilidades administrativas y/o civiles culposas, serán susceptibles de impugnación en sede administrativa a través de la presentación del recurso de revisión, de conformidad con lo establecido en la letra m) del artículo 76 de la Constitución de la República” (énfasis añadido).

También es pertinente recordar que, conforme se examinó en el acápite anterior, el artículo 173 de la CRE prevé que “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, y que la letra m) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE incluye la garantía de “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

En tal contexto, es oportuno considerar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰, en su numeral 1 establece las reglas de solución de antinomias, previendo que “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”. Los numerales 4 y 5 ibidem se refieren a las interpretaciones evolutiva y sistemática, señalando, en su orden, que “Las normas se entenderán a partir de las

¹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, de 22 de octubre de 2009.



cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”, y que “deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.

Es necesario considerar que, respecto del tema materia de análisis, la CRE prevalece respecto de la LOCGE por su supremacía jerárquica y posterioridad.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que: *i) los procedimientos para la determinación de responsabilidades se sujetan a la LOCGE; ii) la Contraloría General del Estado tiene atribución para expedir normas generales en las materias de su competencia; iii) la LOCGE y su reglamento son preconstitucionales, mientras que el RDR, fue expedido por la CGE después de la promulgación de la CRE; y, iv) la garantía constitucional de recurrir es aplicable a las resoluciones adoptadas en los procedimientos de determinación de responsabilidades.*

3. Pronunciamiento. -

En virtud de que los procedimientos de determinación de responsabilidades deben respetar las garantías del debido proceso, y en atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 43 y 44 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, este organismo de control tiene la competencia para conocer y resolver los recursos administrativos de revisión que impugnen las resoluciones adoptadas en materia de determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 09169

Quito, D.M., 24 OCT 2024

Economista
Damián Larco Guamán
DIRECTOR GENERAL
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS (SRI)
Presente.-

De mi consideración:

Mediante oficio No. NAC-DNJOGEC24-00000076, sin fecha, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 08 de octubre de 2024, se formuló la siguiente consulta:

“¿Los contribuyentes que requieren se analicen en un proceso de mediación (sic) tributaria concesiones mutuas respecto a aspectos fácticos de valoración incierta o conceptos jurídicos indeterminados relacionados al crédito tributario por el IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes conforme lo establecido en el Art. 66 de la Ley de Régimen Tributario Interno, pueden ser materia de mediación?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. El informe jurídico contenido en oficio No. NAC-DNJOGEC24-00000076, sin fecha, suscrito por el Director Nacional Jurídico del Servicio de Rentas Internas (en adelante, “SRJ”), citó los artículos 66 numerales 23 y 25 y 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 30.1 numeral 13, 56.2, 67, 68, 69, 71 e innumerado posterior a este del Código Tributario² (en adelante, “CT”), agregados a ese cuerpo normativo por el artículo 79 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19³ (en adelante, “LODE”); 66 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno⁴ (en adelante, “LRTI”); y, 153 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI⁵ (en adelante, “RLRTI”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“2.2. Análisis y criterio jurídico:

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

² Código Tributario, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

³ LODE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

⁴ LRTI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 487 de 17 de noviembre de 2004.

⁵ RLRTI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 8 de junio de 2010.



(...) en atención a las normas invocadas el sustento del crédito tributario que el contribuyente debe exponer ante la Administración Tributaria puede ser susceptible de equivocaciones en la conformación del cálculo respectivo, las que dentro del proceso de transacción es posible aplicar una solicitud de mediación ya sea respecto a aspectos fácticos de valoración incierta o conceptos jurídicos indeterminados respecto del cálculo del (sic) crédito a devolver, siendo factible en este caso aplicar transacción sobre un acto administrativo que en ejercicio de las facultades correspondientes sea emitido por la Administración Tributaria. (Lo subrayado me corresponde).

2.3. Respuesta al problema jurídico formulado:

(...) la Administración Tributaria considera que no existe imposibilidad jurídica para transigir acerca de hechos controvertidos de valoración incierta o de conceptos jurídicos indeterminados en disputa, relativos al crédito tributario de IVA, dado que esto tiene (sic) relación con el impuesto pagado, lo cual no implica transigir sobre impuestos retenidos o percibidos”. (Lo subrayado me corresponde).

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* La obligación tributaria y el crédito tributario por el IVA pagado; y, *ii)* La transacción tributaria y solución de antinomias.

2.2. La obligación tributaria y el crédito tributario por el IVA pagado.-

El primer inciso del artículo 300 de la CRE dispone que el régimen tributario se regirá por los principios de “*generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria*”, también previstos por el artículo 5 del CT.

Respecto de la reserva de ley en materia tributaria, el artículo 301 de la CRE prevé que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y “*mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos*” (lo subrayado me corresponde).

El principio de reserva de ley en materia tributaria, definido por el citado artículo 301 de la CRE, se encuentra también en el artículo 4 del CT, el cual señala que: “*Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones*”, así como “*los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código*” (lo subrayado me corresponde).

Con relación a la interpretación de la ley tributaria, el artículo 13 del CT establece que: “*Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en*

Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica", y las palabras empleadas en la ley tributaria "se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente" (lo subrayado me corresponde). Agrega el citado artículo que: "Cuando una misma ley tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación".

De su parte, el artículo 15 del CT define a la obligación tributaria como el "vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos", en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero "al verificarse el hecho generador previsto por la ley" (lo subrayado me corresponde).

En relación al concepto de obligación tributaria, la doctrina ha contemplado que:

"La obligación tributaria ha sido definida de diferentes maneras por los juristas; Emilio Margáin la define como el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado, denominado sujeto activo, exige a un deudor, denominado sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación pecuniaria excepcionalmente en especie."⁶

De acuerdo con el artículo 16 del CT "Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo". El artículo 18 ibídem agrega que dicha obligación nace "cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo" (lo subrayado me corresponde).

Conforme los artículos 23 y 24 del CT, el sujeto activo de la obligación tributaria es "el ente público acreedor del tributo", en tanto que el sujeto pasivo es la "persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable" (lo subrayado me corresponde). En este contexto, el artículo 25 ibídem se refiere al contribuyente como "la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador" (lo subrayado me corresponde).

En cuanto a la responsabilidad de los agentes de retención o de percepción, el inciso primero del artículo 30 del CT señala que esta es directa en relación al sujeto activo y por consiguiente "son los únicos obligados ante éste en la medida en que se haya verificado la retención o percepción de los tributos" (lo subrayado me corresponde).

Al efecto, el artículo 68 del CT contempla que la facultad determinadora de la obligación tributaria es "el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho"

⁶ Zapata, Moisés (2009). *El crédito fiscal*. México: Editorial El Cid, pg. 18



generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo” (lo subrayado me corresponde).

Concordante, el primer inciso del artículo 87 del CT conceptualiza a la determinación como “el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo”, la cual puede ser efectuada por declaración del sujeto pasivo, por actuación de la administración, o de modo mixto, según el artículo 88 ibídem (lo subrayado me corresponde).

De otro lado, el inciso primero del artículo 66 de la LRTI, materia de la consulta, prevé que se tendrá **derecho** a crédito tributario por el IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes que pasen a formar parte del activo fijo; o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios gravados con este impuesto, siempre que tales bienes y servicios se destinen únicamente a la producción y comercialización de otros bienes y servicios gravados con este impuesto, que podrá ser usado hasta en cinco (5) años contados desde la fecha de exigibilidad de la declaración, en concordancia con lo establecido en el inciso primero del artículo 153 de su Reglamento.

Así entonces, es preciso señalar que el crédito tributario consiste en un derecho del sujeto pasivo *“que se hará efectivo en la declaración del mes siguiente”*, y en caso de verificarse que *“(…) no podrá ser compensado con el IVA causado dentro de los seis meses inmediatos siguientes, el sujeto pasivo podrá solicitar al Director Regional o Provincial del Servicio de Rentas Internas la devolución o la compensación del crédito tributario originado por retenciones que le hayan sido practicadas”*⁷. El crédito tributario genera un derecho a favor del sujeto pasivo, mismo que puede ser reclamado o no por el contribuyente, y el cual debe ser devuelto monetariamente o compensado por el Servicio de Rentas Internas, con lo cual, se infiere que la obligación no recae sobre el sujeto pasivo, sino sobre la administración pública referida.

De lo expuesto se observa que: *i)* la obligación tributaria constituye un vínculo jurídico personal entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de su pago; *ii)* el contribuyente es la persona natural o jurídica a quien la ley asigna la obligación de cumplir con la prestación tributaria, derivada de la verificación del hecho generador; *iii)* la facultad determinadora de la obligación tributaria corresponde al acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa; y, *iv)* existe el derecho a crédito tributario por el IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, siendo el Servicio de Rentas Internas el responsable de gestionar y dar cumplimiento a este derecho ante los requerimientos del contribuyente.

⁷ LRTI, Art. 69

2.2. La transacción tributaria y solución de antinomias.-

La transacción es un modo de extinguir las obligaciones, según el numeral 4 del artículo 1583 del Código Civil⁸. El artículo 2348 ibídem la define como un contrato en el que *“las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*.

Por su parte, el artículo 79 de la LODE incorporó al CT la Sección 6a. *“De la Transacción”*, que la clasifica en *“extraprocesal”* o *“intraprocesal”*, según existan o no impugnaciones judiciales pendientes, estableciendo para cada una de ellas regulaciones específicas.

Adicionalmente, la mencionada sección contiene el Parágrafo 1ro., que contempla *“Disposiciones Comunes”* a la transacción tributaria, entre ellas, la materia que puede ser objeto de la misma, prevista por el primer inciso del artículo 56.2 del CT. Al respecto, la materia no susceptible de transacción es la descrita por los incisos segundo y tercero de la misma norma⁹.

Según el primer inciso del artículo 56.2 del CT: *“La transacción podrá versar sobre la determinación y recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación”* (lo subrayado me corresponde). Agrega el citado artículo que la transacción podrá implicar que la administración tributaria o el sujeto pasivo *“realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos”* (lo subrayado me corresponde).

En este contexto, el inciso tercero del artículo 56.7 del CT, dispone que la transacción extraprocesal *“procederá también en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial”* (lo subrayado me corresponde).

Así mismo, el artículo innumerado a continuación del artículo 71 del CT precisa que la Administración Tributaria, como sujeto activo de la determinación del tributo, de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en la Sección 6a, podrá utilizar la transacción como medio de prevención oportuna de controversias *“en aras de alcanzar el principio de suficiencia recaudatoria, equidad, igualdad y proporcionalidad antes, durante, y hasta la emisión de actos administrativos derivados de la facultad determinadora, sancionadora, resolutive y recaudadora”* (lo subrayado me corresponde).

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

⁹ Código Tributario, Art. 56.2 incisos segundo y tercero:

“No se podrá transigir sobre el entendimiento o alcance general de conceptos jurídicos indeterminados en disputa, más sí respecto a su aplicación al caso concreto en el que tal concepto debe ser aplicado.

No serán objeto de transacción las pretensiones que persigan la anulación total o parcial de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares de carácter general emitidas por la Administración Tributaria”.



Sobre la materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 19668, de 2 de agosto de 2022, esta Procuraduría atendió una consulta a la entidad a su cargo en la que examinó que:

“(...) ii) la transacción tributaria podrá versar sobre la determinación y recaudación de las obligaciones, sus intereses, recargos y multas; iii) la transacción extraprocésal adicionalmente procede en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial (...).” (lo subrayado me corresponde).

De otro lado, el inciso final del artículo 26 del Reglamento a la LODE (en adelante, “RLODE”) determina que: *“No se podrá mediar sobre obligaciones referentes a impuestos retenidos o percibidos”*. En concordancia con lo mencionado, el artículo 1 de la Resolución No. NAC-DGERCGC22-00000036¹⁰, de 25 de julio de 2022, expedida por el Director General del SRI, aprobó el “INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA TRANSACCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (Versión 1.0)” (en adelante, “Instructivo para transacción”), el mismo que en su acápite 2.6 dispone que, pese a existir controversia, no es aplicable la transacción en materia tributaria sobre *“Obligaciones referentes a impuestos efectivamente retenidos o percibidos por el contribuyente, cuando no los haya entregado oportunamente a la Administración Tributaria”*, de conformidad con las condiciones y términos previstos en el ordenamiento jurídico (lo subrayado me corresponde).

De lo referido, se observa que la limitación o imposibilidad de los contribuyentes para acudir a mediación se prevé expresamente en relación a obligaciones de impuestos retenidos o percibidos, cuando estos no los hayan entregado oportunamente a la Administración Tributaria, mas no respecto de sus derechos derivados de la liquidación y determinación de tales impuestos, cuyo resultado a favor se constituye en la potestad del contribuyente de requerir la devolución del exceso pagado al SRI.

Finalmente, los numerales 5 y 6 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹¹ (en adelante, “LOGJCC”), al referirse a los *“métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria”*, incluyen la interpretación sistemática y teleológica que consisten en que las normas jurídicas se deben interpretar *“a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”*; y se entiendan, *“a partir de los fines que persigue el texto normativo”* (lo subrayado me corresponde).

Del análisis efectuado se desprende que: i) la transacción puede referirse tanto a la determinación como a la recaudación de la obligación tributaria, incluidos sus intereses, recargos y multas; ii) la transacción puede conllevar que tanto la administración tributaria

¹⁰ INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA TRANSACCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 114 de 27 de julio de 2022.

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

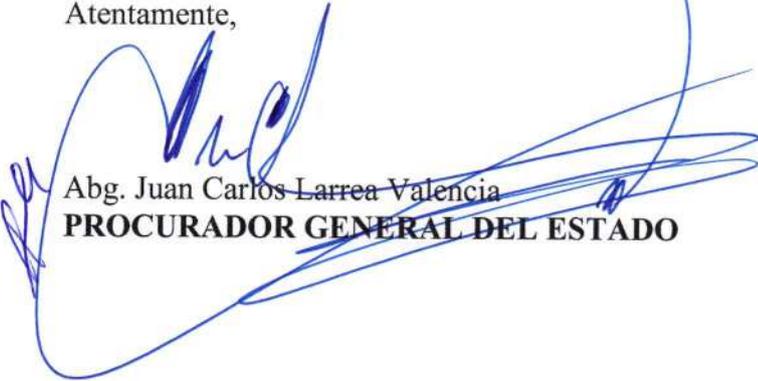
como el sujeto pasivo realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta, que hayan sido objeto de controversia durante la fase de determinación o en procesos contenciosos; *iii*) no es posible mediar respecto de las obligaciones relacionadas con impuestos retenidos o percibidos, aunque esta limitación no se extiende al derecho a crédito tributario del contribuyente, derivado de la determinación del impuesto causado; y, *iv*) las normas jurídicas deben interpretarse desde una perspectiva integral del texto normativo, buscando la coexistencia, coherencia y armonía entre todas sus disposiciones, para que estas se comprendan conforme a los fines que persigue el marco legal.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y los artículos 56.2 e innumerado a continuación del artículo 71 del Código Tributario, es procedente la mediación respecto de concesiones mutuas que versen sobre aspectos fácticos de valoración incierta o conceptos jurídicos indeterminados que se encuentren relacionados con el crédito tributario derivado del IVA pagado en adquisiciones locales o importaciones de bienes, conforme lo establecido en el artículo 66 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

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

Oficio No. 09179

Quito, DM, 24 de octubre de 2024

Ingeniero

Alejandro José Lascano Parra

DIRECTOR EJECUTIVO

**AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL DE TRANSPORTE
TERRESTRE, TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL**

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. ANT-ANT-2024-0493-OF, de 6 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿El valor del 1% establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, debe ser calculado sobre la base del valor de la tasa por matriculación de los vehículos particulares de motor de combustión interna normada para este año 2024, por el Directorio de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, mediante Resolución Nro. 025-DIR-2023-ANT o sobre el valor total que cancela el usuario en el que se incluyen los valores asociados a la matriculación, conforme lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial?”

2. ¿La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es competente, para conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética realizar la recaudación y administración del 1% del valor de la matrícula a los propietarios de vehículos particulares de motor de combustión interna, considerando que en cumplimiento del artículo 30.3 concordante con el artículo 30.5 literal c) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitano y Municipales asumieron las competencias relacionadas con la planificación operativa del control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; por lo tanto, los procesos de matriculación vehicular en su respectiva jurisdicción, siendo estos entes los encargados del recaudo de los recursos derivados de la matriculación?”

3. Si de la absolución por parte de su Autoridad a la consulta No. 2 planteada en este instrumento, se desprende que la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial es competente, para conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética realizar la recaudación y administración del 1% del valor de la matrícula a los propietarios de vehículos particulares de motor de combustión interna ¿Es procedente que en aplicación a lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética se incluya como parte de la instrumentación del procedimiento para la aplicación de esta contribución, las instrucciones correspondientes para que estos valores sean recaudados por los entes que intervienen en el proceso de

matriculación vehicular GADS o SRI, aplicando para el efecto la emisión de una Resolución de Directorio?”.

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 para atender su requerimiento, se solicitó el criterio de los siguientes organismos y entidades: a) Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME (en adelante “AME”), mediante oficio No. 08134, de 12 de agosto de 2024, e insistencia contenida en oficio No. 08428, de 28 de agosto de 2024; b) Consejo Nacional de Competencias (en adelante “CNC”) con oficio No. 08135, de 12 de agosto de 2024, el cual fue remitido por dicho organismo a la Secretaría Nacional de Planificación con oficio No. CNC-CNC-2024-1221-OF, de 12 de agosto de 2024; c) Ministerio de Energía y Minas (en adelante “MEM”), mediante oficio No. 08136, de 12 de agosto de 2024 e insistencia constante en oficio No. 08429, de 28 de agosto de 2024; y, d) Servicio de Rentas Internas (en adelante “SRI”), mediante oficio No. 08139, de 12 de agosto de 2024.
- 1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos en su orden: a) Por la Secretaria Ejecutiva encargada del CNC mediante oficio No. CNC-CNC-2024-1251-OF, de 26 de agosto de 2024, ingresado en esta institución el mismo día; b) Por el Director General del SRI, con oficio No. 917012024OJUR0003993, sin fecha, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 26 de agosto de 2024; c) Por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la AME, a través del oficio sin número ni fecha ingresado en el correo institucional de la Procuraduría el 10 de septiembre de 2024; y, d) El MEM hasta la presente fecha no ha atendido los requerimientos de la Procuraduría.
- 1.3. El informe jurídico adjunto al oficio de consulta consta en el memorando No. ANT-DAJ-2024-2048-M, de 12 de julio de 2024, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (en adelante “ANT”), quien citó los artículos 11 numeral 9 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante “CRE”), 22 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante “COA”), 130 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización³ (en adelante “COOTAD”), 16, 30, 30.5, 102 y 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial⁴ (en adelante “LOTTTSV”), 47 letras f) y j), 26 de la Ley Orgánica de Competitividad Energética⁵ (en

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

² COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio de 2017; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

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

⁴ LOTTTSV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto de 2008; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

⁵ LOCE, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.475 de, 11 de enero 2024.

adelante “LOCE”) que sustituyó el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética⁶ (en adelante “LOEE”), 73 del Reglamento General a la Ley Orgánica De Competitividad Energética⁷ (en adelante “RGLOCE”) que sustituyó el artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Eficiencia Energética⁸ (en adelante “RGLOEE”), con base en los cuales analizó y concluyó:

“3. FUNDAMENTACIÓN:

(...)

3.5. Respecto a la norma que prevé ‘la contribución del 1% del valor de la matrícula a ser cumplida por los propietarios de los vehículos particulares de motor de combustión

Interna’, se debe señalar lo siguiente:

(...)

El artículo 25 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética refiere respecto a la contribución por los vehículos particulares de motor de combustión interna, al Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética, que para el cálculo de la misma se considerará el 1% del total del rubro de matrícula vehicular **exceptuando multas y recargos**, lo cual guarda relación con el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que establece: ‘(...) El pago de los valores por concepto de la revisión técnica vehicular anual y matriculación, será obligatoria y exclusiva de acuerdo con el último dígito de la placa de identificación vehicular en el mes que señale el reglamento: en caso de que no lo haya hecho, podrá matricular el vehículo con la multa respectiva.’; sin embargo de lo expuesto ninguna de las dos normas es decir la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial o el Reglamento General de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, en los artículos citados, hacen relación a los valores asociados referidos en el primer inciso del ya referido Artículo 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

(...)

5. CRITERIO INSTITUCIONAL y CONCLUSIONES RESPECTO A LAS CONSULTAS PLANTEADAS:

5.1. Con respecto a la consulta 1, como se explica en el desarrollo del presente informe, los valores de las tasas constantes en la Resolución Nro. 025-DIR-2023-ANT de 28 de diciembre de 2023, refieren al pago que deben realizar los propietarios de vehículos y motos particulares, del Estado y cuenta propia, normado por la Agencia Nacional de Tránsito como ‘TASA ANUAL DE MATRICULACIÓN’ dentro de sus competencias

⁶ LOEE, publicada en el

⁷ RLOCE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 507 de, 28 de febrero 2024.

⁸ RGLOEE, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No.575 de 11 de noviembre 2021; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.507 de 28 de febrero de 2024.

legales, valores a los que, en el momento efectivo de la matriculación vehicular (proceso que es ejecutado por los GADS municipales y metropolitano) se adicionan valores denominados 'asociados a la matriculación' en este sentido, la incertidumbre en la aplicación de la disposición del artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, recae en cual es el valor sobre el que realmente se debe realizar el recaudo del 1% referido en dicha norma, si es únicamente sobre la tasa ANT, cuyos beneficiarios son los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitano, reiterando que no es beneficiaria de dicho valor la ANT, o del valor resultante de la sumatoria de dicha tasa más los impuestos que le corresponde al SRI, al Servicio Público para Pago de Accidentes de Tránsito, y demás rubros establecidos por los GADS.

En este sentido la aplicación del 1% de contribución establecida en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, no es clara al establecerse de manera general que la misma se calculará del valor de la matrícula, siendo esta una denominación que no determina con claridad la base imponible que permita cumplir el fin de la norma.

5.2. En relación a las consultas 2 y 3, podrá notar que, el artículo 30.3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone: 'Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos o Municipales son responsables de la planificación operativa del del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, planificación que estará enmarcada en las disposiciones de carácter nacional emanadas desde la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y deberán informar sobre las regulaciones locales que se legislen', en concordancia con el literal c) del artículo 30.5 de la Ley ibídem que prescribe: 'Competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales Metropolitanos y Municipales.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados tendrán las siguientes competencias: (-); c) Planificar, regular y controlar las actividades y operaciones de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, los servicios de transporte público de pasajeros y bienes, transporte comercial y toda forma de transporte colectivo y/o masivo, en el ámbito intracantonal, conforme la clasificación de las vías definidas por el Ministerio del sector. (...)', por lo tanto, se concluye que los procesos de matriculación vehicular, se realizan en su respectiva jurisdicción y sobre los cuales la Agencia Nacional de Tránsito no tiene injerencia respecto al recaudo y administración; en virtud de lo cual, la disposición constante en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, no puede ser ejecutada por la Agencia Nacional de Tránsito, ya que el proceso de matriculación responde a competencias asumidas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitano, así como el recaudo de los valores asociados que realizan el SRI y el SPPAT, no corresponden a la administración de la Agencia Nacional de Tránsito.

Por lo expuesto, se concluye que el proceso de recaudo del 1% de contribución establecida en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, debe ser ejecutado por los GADS que en el ejercicio de sus competencias tienen a cargo el proceso de matriculación vehicular y el cobro de la tasa establecida por la ANT; o, por el SRI, ente que recauda el valor correspondiente al Impuesto a la Propiedad de

Vehículos Motorizados que se paga anualmente como valor asociado a la matrícula vehicular”.

- 1.4. La Secretaria Ejecutiva encargada del CNC en su oficio No. CNC-CNC-2024-1251-OF, de 26 de agosto de 2024, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 226, 239, 264, 266 y 269 de la CRE, 55 letra f), 108, 117, 119, 121 y 154 del COOTAD, 4, 5, 23, 27, 28, Disposiciones Generales Primera y Quinta y Disposición Transitoria Segunda de la Resolución No. 006-CNC-2012⁹, reformada mediante Resolución No. 003-CNC-2022¹⁰ emitidas por el Consejo Nacional de Competencias y artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 006¹¹ emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, con base en los cuales emitió el siguiente criterio jurídico:

“II. CRITERIO INSTITUCIONAL

De acuerdo con lo previsto en el artículo 239 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en concordancia con el artículo 108 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), el régimen de los GAD se rige por la Ley correspondiente, dentro de la cual se desarrolla un modelo de descentralización obligatoria, progresiva y definitiva a través del sistema nacional de competencias (...).

(...)

EL CNC, en uso de sus facultades constitucionales y legales, expidió la Resolución Nro. 006-CNC-2012 de 26 de abril de 2012, mediante el cual resolvió ‘transferir la competencia de planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte terrestre y la seguridad vial, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos del país, progresivamente’, estableciendo tres modalidades de gestión diferenciados para el efecto: A, B y C.

(...)

Ahora bien, con fecha 10 de agosto de 2021 se publicó la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial (LOTTTSV), misma que consideró cambios sustanciales en cuanto a las facultades de rectoría, planificación, regulación, gestión y control de TTTTSV. En virtud de lo cual, el CNC expidió la Resolución Nro. 003-CNC-2022 de 18 de abril de 2022, con la que se reformó parte del articulado de la Resolución No. 006-CNC-2012, para asegurar armonía con el resto del ordenamiento jurídico.

En su artículo 4 la referida Resolución de transferencia enumera los GAD que se encuentran en el Modelo de Gestión ‘A’, y que a su vez, establece que estos gestionan los siguientes productos y/o servicios: matriculación, revisión técnica vehicular,

⁹ Resolución No. 006-CNC-2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 712 de 29 de mayo 2012; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 9 de mayo de 2022.

¹⁰ Resolución No. 003-CNC-2022, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 9 de mayo de 2022.

¹¹ Acuerdo No. 006 emitido el 11 de marzo de 2024, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 03 de abril 2024.

control operativo de tránsito en vía pública, emisión de títulos de transporte público y comercial, y el plan de local de seguridad vial-campañas; mientras que, para el Modelo de Gestión 'B', gestionan los mismos productos y/o servicios exceptuando el control operativo de tránsito en vía pública (...).

(ii) Al ser una competencia que inicialmente era ejercida por el Gobierno Central, con su descentralización en el año 2012, se transfirió también los recursos económicos que financian su ejercicio, las cuales se encuentran especificadas en el artículo 27 de la Resolución No. 006-CNC-2012.

- 1. Recaudación de valores por el otorgamiento de permisos, amortizaciones, suscripción de contratos de operación, multas y sanciones, en el marco de las facultades de atribuciones establecidas en las resoluciones CNC y la ley.*
- 2. El impuesto a los vehículos (artículo 538 del COOTAD)*
- 3. **La tasa de matriculación y sus multas asociadas.***
- 4. Tasa de revisión técnica vehicular y tasas*
- 5. Un monto para egresos no permanentes adicional como mecanismo de compensación estimado en el informe de la comisión sectorial de costeo.*

(...)

Respecto de la tasa de matriculación y sus multas asociadas (numeral 3), dentro del anexo del Informe de la Comisión Técnica Sectorial de Costeo para la transferencia de la competencia de TTTSV efectuado en el año 2012, se definió su mecanismo de distribución en el que incluye criterios respecto de características poblacionales, geográficas y de gestión institucional.

(...)

En síntesis, el monto variable de la tasa de matriculación se compone de la siguiente manera: 51,7% control operativo, 43% otros servicios y 5,3% matriculación y revisión técnica vehicular.

(...)

En este sentido, si bien el producto de matriculación es responsabilidad de los GAD municipales, como titulares de la competencia, la recaudación se encuentra a cargo de los Servicios de Rentas Internas, como entidad responsable de gestionar la política tributaria asegurando la suficiencia recaudatoria a nivel nacional; esto, con el propósito de garantizar la distribución de recursos conforme los parámetros y lineamientos definidos para el efecto, conforme lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), dentro de su Acuerdo Ministerial Nro. 006 de 11 de marzo de 2024, en cuya parte pertinente señaló:

'Art. 1.- Los sujetos pasivos de la tasa de matriculación vehicular, cancelarán a través de las Instituciones Financieras que tengan suscrito un convenio de recaudación con el Servicio de Rentas Internas, el valor que les corresponde por concepto de dicha tasa y sus multas asociadas (...)

(...)

*Por lo cual, al momento en que la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, en su artículo 21 dispone que la referida contribución sea 'administrada y recaudada por la **Agencia Nacional de Tránsito y su pago será prerequisite para la matriculación vehicular** '; habilita a la referida Institución Pública a ejecutar las acciones previstas en dicho cuerpo normativo conforme el procedimiento y mecanismos previstos para el efecto.*

Considerando lo antes mencionado, el valor del 1% dispuesto en la Ley de eficiencia energética y demás normativa en la materia, le corresponde administrar y recaudar a la ANT, quien podría efectuar las acciones de coordinación correspondientes con el SRI, por ser la entidad encargada actualmente de la recaudación de la tasa de matriculación vehicular.

(...)

Finalmente, de la información que consta en la web institucional del SRI y la ANT, los rubros por matriculación (tasa de matriculación o rubros a pagar por el valor de la matrícula ante la ANT) son recaudados directamente por el SRI, y esta entidad se encarga de retener el 1% y transferir lo correspondiente para el fondo previsto en la Ley de eficiencia energética”.

- 1.5. Por su parte, la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la AME, a través del oficio sin número ni fecha ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 10 de septiembre de 2024, además de las normas referidas por la consultante, citó el artículo 26 de la Ley de Competitividad Energética y concluyó con el siguiente criterio jurídico institucional:

“1. Primera Consulta.

(...)

1.2. Criterio Jurídico:

La contribución del 1% sobre la matrícula de vehículos de motor de combustión interna, destinada al Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética (FNIEE), está establecida de manera clara en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética (LOEE) y el [artículo] 25.3 del Reglamento a la Ley de Competitividad Energética. Esta contribución se aplica exclusivamente a vehículos con motores de combustión interna, excluyendo a los vehículos eléctricos.

Dado que la Resolución Nro. 025-DIR-2023-ANT tiene un rango jerárquico inferior, no puede modificar el porcentaje de contribución ni las disposiciones establecidas por las leyes y reglamentos superiores. Por tanto, cualquier detalle adicional en la resolución debe estar en concordancia con las normas superiores. En caso de contradicción, prevalecen las disposiciones legales y reglamentarias de mayor rango.

En conclusión, la aplicación del 1% de contribución debe ajustarse a lo previsto en la LOEE y el Reglamento a la Ley de Competitividad Energética correspondiente, sin alteraciones que provengan de normativas de menor jerarquía. Es de considerar que los vehículos de motor de combustión interna estarán sujetos a esta contribución, mientras que los vehículos eléctricos exentos, así como los transportes públicos que son gestionados por el estado los cuales están exentos de estos pagos de matriculación.

2.- Segunda Consulta.

(...)

Criterio Jurídico:

La contribución del 1% sobre la matrícula de vehículos de motor de combustión interna debe ser administrada y recaudada por la Agencia Nacional de Tránsito, y su pago es esencial para la matriculación de vehículos. Los fondos recaudados deben ser depositados en una cuenta que para el efecto establezca el ministerio rector de la eficiencia energética, según lo dispuesto por la Ley y Reglamento de Competitividad Energética. Este proceso debe seguir fielmente las normativas establecidas para asegurar la correcta aplicación y manejo de los recursos destinados al FNIEE.

3. Tercera Consulta.

(...)

De acuerdo con lo previamente expuesto, la contribución del 1% sobre la matrícula de vehículos de motor de combustión interna debe ser administrada y recaudada por la Agencia Nacional de Tránsito, tal como lo indica el Art. 26 de la Ley de Competitividad Energética.”

- 1.6. El criterio jurídico de la ANT sobre la primera consulta concuerda con el del CNC y de la AME al señalar que para el cálculo de la contribución por los vehículos particulares de motor de combustión interna, al Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética, se considerará el 1% del total del rubro de matrícula vehicular exceptuando multas y recargos.

Sobre la segunda consulta, la ANT difiere de los criterios del CNC y de la AME puesto que la ANT considera que el proceso de recaudación del 1% de contribución establecida en el artículo 21 de la LOEE debe ser ejecutado por los GADS que en el ejercicio de sus competencias tienen a cargo el proceso de matriculación vehicular y el cobro de la tasa establecida por la ANT; o, por el SRI, ente que recauda el valor correspondiente al Impuesto a la Propiedad de Vehículos Motorizados que se paga anualmente como valor asociado a la matrícula vehicular. Por otra parte, el CNC y la AME consideran que la indicada recaudación le corresponde a la ANT y que la misma está habilitada a ejecutar las acciones previstas en dicho cuerpo normativo y podría efectuar las acciones de coordinación correspondientes con el SRI, por ser la entidad encargada actualmente de la recaudación de la tasa de matriculación vehicular.

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Matriculación vehicular; ii) Contribución para los vehículos particulares de motor de combustión interna como aporte al Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética e interpretación de normas tributarias.*

2.1. Matriculación vehicular. –

El numeral 6 del artículo 264 de la CRE, entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales (en adelante los GADS), incluye el: *“Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal”*. La mencionada competencia también corresponde a los GADS metropolitanos, según el artículo 266 de la CRE.

Concordantemente, la letra f) del artículo 55 del COOTAD establece que corresponde a los GADS municipales la competencia exclusiva de *“Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte terrestre dentro de su circunscripción cantonal”*.

En el mismo orden de ideas, el artículo 130 del COOTAD, al referirse a la competencia de tránsito y transporte, prevé que a los GADS les corresponde, de forma exclusiva, *“planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte y la seguridad vial, dentro de su territorio cantonal”*, estableciendo que los GADS definirán el modelo de gestión y podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo dichas competencias antes de la vigencia del referido código.

El CNC, a través de la Resolución Nro. 006-CNC-2012, de 26 de abril de 2012, transfirió la competencia de planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte terrestre y la seguridad vial, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales del país, progresivamente, con base en tres modalidades de gestión; resolución que fue posteriormente reformada mediante la Resolución Nro. 003-CNC-2022, de 18 de abril de 2022.

Según lo prescrito en el inciso primero del artículo 16 de la LOTTTSV, la ANT es el ente *“encargado de la regulación y planificación del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, dentro del ámbito de sus competencias, con sujeción a las políticas emanadas del Ministerio del sector”*. El numeral 2 del artículo 20 de la norma citada, determina la atribución de establecer *“las regulaciones de carácter nacional en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, controlar y auditar en el ámbito de sus competencias su cumplimiento por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”*.

El inciso primero del artículo 103 de la LOTTTSV señala que la matrícula será emitida por *“La Agencia Nacional de Regulación y control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, dentro del ámbito de sus competencias, emitirán la matrícula”*, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los

requisitos previstos en el Reglamento y en las ordenanzas que para el efecto se expidan, según corresponda.

El numeral 3 del artículo 27 de la Resolución No. 006-CNC-2012 establece que “*Los que correspondan a la distribución por la recaudación de la tasa de matriculación y sus multas asociadas, por los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales y por las entidades del Gobierno Central, en los términos establecidos en la presente resolución*”, de lo que se evidencia que la tasa de matriculación es uno de los rubros que se cobran para la obtención de la matrícula anual de los automotores.

La tasa vigente de matriculación fue establecida por la ANT mediante Resolución Nro. 025-DIR-2023-ANT¹², en sus acápite 192 y 193, en 36 dólares para vehículos particulares y 31 dólares para motos particulares.

Al respecto, cabe indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo Ministerial Nro. 006, de 11 de marzo de 2024¹³, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Servicio de Rentas Internas recauda y consolida los valores correspondientes a matriculación vehicular, para su posterior distribución a los Gobiernos Autónomos Descentralizados y al Gobierno Central, según corresponda:

“Art. 1.- Los sujetos pasivos de la tasa de matriculación vehicular, cancelarán a través de las Instituciones Financieras que tengan suscrito un convenio de recaudación con el Servicio de Rentas Internas, el valor que les corresponde por concepto de dicha tasa y sus multas asociadas, entendiéndose estas, como aquellas que se generan por concepto de recargos por calendarización.

El Servicio de Rentas Internas conciliará los valores recaudados por conceptos de la (sic) tasa de Matriculación Vehicular registrados en su base de datos, con los recaudados y transferidos por cada Institución Financiera a sus cuentas en el Banco Central del Ecuador. Con esta información se generará un archivo plano mediante el cual se solicitará al Banco Central del Ecuador que se debiten los valores de dichas cuentas y se acrediten a la cuenta número 01121958 denominada ‘CCU STN MATRIC VEHICULAR DESCONCENT. COMPETENCIAS TRANSPORTE-FT’.

Sobre la base del saldo de la cuenta “CCU STN MATRIC VEHICULAR DESCONCENT. COMPETENCIAS TRANSPORTE-FT” y sobre el cronograma de implementación para asumir en forma efectiva la competencia, la Subsecretaría de Relacionamento Fiscal realizará el cálculo para la distribución de los valores para cada uno de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, Metropolitanos, Mancomunidades y el Gobierno Central, conforme lo establecido en las Resoluciones del Consejo Nacional de Competencias y el informe de la Comisión Sectorial de Costeo.

(...)”

¹² Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 505 de 26 de febrero 2024; última reforma publicada en el Registro Oficial No. 621 de 14 de agosto de 2024.

¹³ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 03 de abril de 2024.

De lo manifestado se desprende que: *i)* la planificación, regulación y control de tránsito y transporte terrestre en la circunscripción cantonal es una competencia exclusiva de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitanos; *ii)* la ANT es el ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, en el ámbito de sus competencias, con sujeción a las políticas emanadas del Ministerio del Sector, y le corresponde emitir las regulaciones de carácter nacional en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; controlar y auditar en el ámbito de sus competencias su cumplimiento por parte de los GADS; *iii)* la matrícula de automotores es emitida en el ámbito de sus competencias por la ANT o por los GADS, previo al pago de las tasas e impuestos correspondientes a través de instituciones bancarias con convenios con el SRI, y al cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento y en las ordenanzas que para el efecto se expidan, según corresponda; y, *iv)* la tasa de matriculación, establecida por la Agencia Nacional de Tránsito, es uno de los rubros que se cobran para la obtención de la matrícula anual de los automotores, sin perjuicio de las multas o recargos que tuvieran lugar.

2.2. Contribución para los vehículos particulares de motor de combustión interna como aporte al Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética. -

El artículo 226 de la CRE establece el principio de legalidad, según el cual las instituciones del Estado “(...) ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”. Concluye esa norma que, por tanto, “Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

El artículo 301 de la CRE consagra el principio de reserva de ley en materia tributaria, al señalar que, sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos, principio que se replica en el artículo 4 del Código Tributario (en adelante “CT”). En este orden de ideas, el inciso segundo del artículo 3 del CT señala que “Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.

De su parte, el artículo 21 de la LOEE, reformado por el artículo 26 de la LOCE, creó el Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética (FNIEE), para financiar planes, programas, proyectos y cualquier actividad tendiente a contribuir al cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en el Plan Nacional de Eficiencia Energética (PLANEE); así como programas y proyectos que diversifiquen y enriquezcan las opciones para el cumplimiento de los objetivos de la LOEE y los objetivos específicos de los instrumentos de planificación de la eficiencia energética.

El inciso segundo del precitado artículo dispone que “para la administración del Fondo, se podrán implementar las figuras o esquemas previstos en la ley vigente en el Ecuador, cuyos detalles deberán incluirse en el reglamento general a la LOEE”.

El inciso tercero de la misma norma determina el sistema de financiamiento del fondo en mención y dispone que:

*“La Estructura operativa del FNIEE será financiada a partir de sus propios recursos, los cuales provendrán de: programas de recambio de equipos ineficientes por eficientes, asignaciones no reembolsables y créditos que se otorguen en un contexto de cooperación nacional e internacional para el desarrollo de proyectos en materia de eficiencia energética, **contribución por vehículos particulares de motor de combustión interna y otros que defina el Estado Ecuatoriano. La precitada contribución será administrada y recaudada por la Agencia Nacional de Tránsito y su pago será prerrequisito para la matriculación vehicular. El valor de esta contribución será del 1% del valor de la matrícula y deberá ser cumplida por los propietarios de los vehículos particulares de motor de combustión interna**” (énfasis añadido).*

En este contexto, el artículo 25 del RGLOEE, reformado por el artículo 73 del RLOCE, establece lo siguiente:

“Artículo 25.- Fondo Nacional de Inversión en Eficiencia Energética. - La estructura operativa del Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética será financiada a partir de sus propios recursos, los cuales provendrán de

- 1) Programas de recambio de equipos ineficientes por eficientes;*
- 2) Asignaciones no reembolsables y créditos que se otorguen en un contexto de cooperación nacional e internacional para el desarrollo de proyectos en materia de eficiencia energética; y,*
- 3) **Contribución por vehículos particulares de motor de combustión interna y otros que defina el Estado Ecuatoriano.***

Para el cálculo de la contribución indicada en el numeral 3), se considerará el 1% del total del rubro de matrícula vehicular exceptuando multas y recargos. El monto recaudado por Agencia Nacional de Tránsito conforme lo establece el artículo 26 de la Ley de Competitividad Energética: bajo este concepto, será depositado en la cuenta que para el efecto establezca el ministerio rector de la eficiencia energética.

La Autoridad Nacional de Tránsito instrumentará el procedimiento para la aplicación de esta contribución e instruirá a las instancias pertinentes para su aplicación y considerará las excepciones que establezca el marco jurídico vigente.

La aplicación de esta contribución exceptúa a los vehículos eléctricos que en ningún caso se entenderá aquel que cuente con algún sistema de autogeneración con fuente de combustión interna.

A partir del año 2025 se cobrará 10% de recargo mensual por el incumplimiento de pago de la contribución del 7% conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética por vehículos particulares de motor de combustión interna y otros que defina el Estado Ecuatoriano al que refiere el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética. (...)” (énfasis añadido).

Sobre la interpretación de normas tributarias, el artículo 13 del CT dispone que “Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica”. Añade la misma disposición legal que

“Las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente”.

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) incluye el siguiente método y regla de interpretación jurídica: *“7. Interpretación literal. - Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”.* Esta disposición guarda armonía con la regla primera del artículo 18 del Código Civil¹⁴ (en adelante “CC”) que prevé que *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.*

De las normas previamente señaladas se desprende lo siguiente: *i)* en materia tributaria rige el principio de reserva de ley, en virtud del cual sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos; *ii)* el artículo 21 de la LOEE, reformado por el artículo 26 de la LOCE creó el Fondo Nacional de Inversión de Eficiencia Energética (FNIEE), el cual se financia entre otros rubros con la contribución por vehículos particulares de motor de combustión interna y otros que defina el Estado Ecuatoriano; *iii)* la indicada contribución será administrada y recaudada por la Agencia Nacional de Tránsito y su pago será prerequisite para la matriculación vehicular. El valor de esta contribución será del 1% de todos los rubros que componen el pago de la matrícula y deberá ser cumplida por los propietarios de los vehículos particulares de motor de combustión interna; *iv)* para el cálculo de la contribución indicada en el numeral *iii)*, se considerará el 1% del total del rubro de matrícula vehicular; para el cálculo únicamente se exceptuarán los valores correspondientes a multas y recargos; *v)* la Autoridad Nacional de Tránsito instrumentará el procedimiento y las herramientas jurídicas y técnicas para la aplicación de esta contribución e instruirá a las instancias pertinentes para su aplicación y considerará las excepciones que establezca el marco jurídico vigente; y, *vi)* las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, entre los que consta la interpretación litera006C cuando el sentido de la norma es claro.

3. Pronunciamiento. -

De conformidad con el análisis jurídico precedente, con relación a la primera consulta, relativa al cálculo de la contribución establecida en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, conforme lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, se debe aplicar el artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, que dispone que para su cálculo se considerará el **1% del total del rubro de matrícula vehicular**, exceptuando únicamente multas y recargos.

Sobre la segunda consulta, se concluye que según lo dispuesto en artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial es la entidad competente para efectuar la recaudación y administración de la antes citada contribución.

¹⁴ CC, Codificación No. 2005-010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de julio de 2005; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 27 de junio de 2024

En consecuencia, con relación a la tercera consulta, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética y su Reglamento General, está facultada para instrumentar el procedimiento para la aplicación de esta contribución; instruir a las instancias pertinentes para su aplicación, considerando la operatividad que establezca el marco jurídico vigente; y, coordinar con los entes que intervienen en el proceso de matriculación vehicular, GADS o SRI, en atención a los principios de legalidad y coordinación, consagrados en el artículo 226 de la Constitución de la República.

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,



Firmado electrónicamente por:
**JUAN CARLOS
LARREA
VALENCIA**

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. *Econ. Antonio Goncalves Savinovich*
MINISTRO DE ENERGÍA Y MINAS

Econ. Damían Alberto Larco Guamán
DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

Mgs. Sariha Belén Moya Angulo
PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE COMPETENCIAS

Ing. Wiliam Patricio Maldonado Jiménez
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS – AME

Oficio No. 09188

Quito, D.M., 25 de octubre de 2024

Doctor
Mauricio Torres Maldonado, PhD.
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. 362-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 16 del mismo mes y año, se formuló la siguiente consulta:

¿Si como consecuencia del control posterior a la institución pública se determina la falta del ejercicio de la facultad coercitiva por parte de la entidad contratante para imponer multas por retraso o incumplimiento de las obligaciones contractuales durante la ejecución del contrato, esta omisión como efecto del presente (sic) jurisprudencial antes citado, se constituye en una limitante legal en el ejercicio de la facultad de control y determinación de responsabilidades que mantiene la Contraloría General del Estado de conformidad con su Ley Orgánica?"

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, mediante oficio No. 08278, de 20 de agosto de 2024, 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 la consulta. Este requerimiento fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP con oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0205-OF, de 30 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el 2 de septiembre de 2024.

1.2. El criterio jurídico de la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE"), contenido en memorando No. 000499-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, citó los artículos 82, 212, 226 y 288 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 4 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, "LOSNCNP"), 292 y 293 del Reglamento General a la LOSNCNP³ (en adelante, "RGLOSNCNP"); 18, 38, 45, 46, 52 y 53 de la Ley Orgánica de la

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

²LOSNCNP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

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

Contraloría General del Estado (en adelante, “*LOCGE*”); y el precedente jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución No. 08-2024⁴, de 17 de mayo de 2024, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“2. Análisis:

De la normativa transcrita, se desprende que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone a las entidades públicas la obligación de imponer multas por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo.

*La Corte Nacional de Justicia, a través del precedente jurisprudencial obligatorio ha establecido una regla específica respecto a este artículo en el siguiente sentido: “... Las multas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al ejercicio de la facultad coercitiva de la administración pública, cuyo fin es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual acusado durante la ejecución. Su detección e imposición debe ser oportuna, razón por la cual, hacerlo de manera paralela a la terminación unilateral de contrato o posterior a ella acarrearía su ilegalidad.”, razón por la cual, el servidor público encargado de supervisar y verificar el cabal cumplimiento del contrato, en caso de producirse incumplimientos por parte del contratista, deberá **oportunamente** determinar la procedencia o no de la imposición de multas de conformidad con los artículos 71 de la Ley *ibídem*, 292 y 293 de su Reglamento General, observando las reglas del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.*

En caso de imponerse multas contraviniendo la normativa antes referida y sin observar el principio de oportunidad, es decir, estableciéndolas de manera paralela a la terminación unilateral del contrato o posterior a ella, acarrea su ilegalidad; de conformidad con el presente (sic) jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia; razón por la cual, la no imposición de multas de forma inmediata (oportuna), observando el procedimiento establecido en los artículos 292 y 293 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no cumpliría la finalidad que tienen éstas para que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual, en atención al principio de conservación del contrato administrativo.

La Corte Nacional ha sido específica al determinar que ‘Las multas por retraso o incumplimiento de las obligaciones contractuales, conforme el artículo 71 de la LOSNCP, no responden al ejercicio de una potestad administrativa sancionadora en sentido estricto, sino al ejercicio de una facultad de coerción para la correcta ejecución del contrato’, consecuentemente y en aplicación de este Precedente, si la entidad contratante no ejerce su facultad coercitiva dentro de la ejecución del contrato (de manera oportuna); en este caso, la Contraloría General del Estado, podría mediante una auditoría gubernamental, examinar la actuación administrativa del servidor público, a fin de actuar bajo sus competencias establecidas en el artículo 212 numeral 2 de la

⁴ Resolución No. 08-2024, publicada en el Registro Oficial No. 575 de 10 de junio de 2024.

Constitución de la República del Ecuador y establecer responsabilidades administrativas y civiles culposas.

3.- Criterio:

La falta de ejercicio de esta facultad coercitiva, podría perfectamente enmarcarse a las causales previstas como responsabilidad administrativa culposa de conformidad a lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica de Orgánica (sic) de la Contraloría General del Estado, aplicable al administrado o sujeto de responsabilidad que por acción u omisión no cumpla con la Ley, normas específicas expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo y el precedente jurisprudencial, cuya sanción se la impondrá considerando los siguientes criterios previstos en el artículo 46 de la Ley ibidem: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada, es por ello la necesidad de cuantificar dentro de la acción de control la multa que debió haberse determinado en cumplimiento a las cláusulas contractuales, a fin de justificar la sanción por este tipo de responsabilidad en lo que refiere a la proporcionalidad del número de remuneraciones a imponer como multa, aplicando estos criterios.

Adicionalmente, considerando que el Estado, por inacción de un servidor público, dejó de percibir recursos dinerarios, líquidos y determinados, por parte del contratista quien, habiendo incumplido el contrato, tenía la obligación legal y contractual de satisfacer con el pago de multas por lo que esta omisión genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado (...)" (énfasis añadido).

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 227, 424, 425 de la CRE; 5, números 12 y 17 del artículo 10, 70, 80, 92, números 1 y 3 del artículo 94, 95 y 99 de la LOSNCP; 295, números 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 303 del RGLOSNC, con base en lo cual analizó y concluyó:

“III. PRONUNCIAMIENTO. -

1. Sobre la consulta planteada por la Contraloría General del Estado, se precisa que este Servicio Nacional de Contratación Pública no tiene atribución legal para emitir un pronunciamiento jurídico sobre la misma, no obstante, se ha procedido a señalar de modo general las disposiciones que norman a la fase de ejecución de los contratos conforme la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y demás normativa expedida para el efecto, como se evidencia en el acápite anterior, las cuales han sido enunciadas para una mejor comprensión y contextualización de la interrogante esbozada.

2. El administrador del contrato, posee la obligación reglada prescrita en los artículos 70 y 80 de la LOSNCP; y, artículo 295 de su Reglamento General de aplicación, de administrar y velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato; y, adoptando todas las acciones necesarias para evitar el incumplimiento del contrato.

El artículo 71 segundo inciso de la LOSNCP, es enfático al señalar que **las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato;** concordante con la disposición antes señalada el artículo 292 segundo inciso del RGLOSNC, señala que la entidad contratante establecerá por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del contratista, la aplicación de una multa que en ningún caso será inferior al 1 x 1.000 del valor del contrato, que se **calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse, incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.** En el caso de las **obras, las multas se calcularán de conformidad con el retraso injustificado imputable a la planilla que corresponda.**

3. Con base en lo determinado en el artículo 293 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el administrador del contrato deberá proceder conforme a la disposición señalada, puesto que de no realizarlo en debida forma será causal de nulidad.

4. En caso que las multas superen el valor del 5% del monto total contratado se deberá realizar las acciones consiguientes para que la entidad contratante proceda con la terminación anticipada y unilateral del contrato.

5. Es menester indicar que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 08-2024 de 15 de mayo de 2024, declaró en su artículo 1, como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto de derecho:

“Las multas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al ejercicio de la facultad coercitiva de la administración pública, cuyo fin es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual acusado durante la ejecución. Su detección e imposición debe ser oportuna, razón por la cual, hacerlo de manera paralela a la terminación unilateral del contrato o posterior a ella acarrearía su ilegalidad.”

Por lo expuesto, la facultad coercitiva que posee el administrador de los contratos debe ser ejercida privativamente durante la ejecución contractual, imponiendo las multas ante retrasos en la entrega del objeto contractual, como lo señala el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dicha facultad no puede ser ejercida de manera paralela o posterior a la terminación unilateral del contrato, puesto que de hacerlo esto acarrearía su nulidad.

6. Es menester señalar que la oportunidad para la imposición de multas por parte del administrador del contrato **será ante el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales;** siendo primordial resaltar que constituye una causal para la terminación anticipada y unilateral del contrato que las multas superen el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (...)” (el énfasis corresponde al texto de origen).

1.4. De lo expuesto se observa que, con relación a la consulta formulada, la consultante afirma que es posible establecer responsabilidades por las acciones u omisiones de

servidores públicos al no imponer multas en la ejecución de un procedimiento de contratación pública, concluyendo que: *i)* según artículo 45 de la LOGCE podría ser sujeto de responsabilidad administrativa culposa, debiendo cuantificarse una multa contra el servidor en relación al monto de la multa que se dejó de percibir por parte del contratista; y, *ii)* el Estado deja de percibir recursos por la no imposición de multas, lo que generaría una obligación jurídica indemnizatoria por el perjuicio económico ocasionado a las instituciones públicas.

Por su parte, el SERCOP manifiesta que no cuenta con atribución legal para emitir un pronunciamiento sobre la consulta planteada por la CGE, y enuncia de forma general las disposiciones relacionadas a la ejecución contractual y la aplicación de multas.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Control externo y determinación de responsabilidades de la CGE; y, *ii)* Imposición de multas en la ejecución de contratos derivados de un procedimiento de contratación pública y su responsabilidad.

2.1.- Control externo y determinación de responsabilidades de la CGE. -

La Procuraduría General del Estado, mediante el pronunciamiento contenido en el oficio No. 08448, de 29 de agosto de 2024, analizó las “*Competencias de la CGE establecida en la CRE y la LOGCE*”, y concluyó lo siguiente:

“De lo expuesto se desprende que: i) la CGE es el organismo técnico de control de la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos; dirige el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado mediante el control interno y el control externo, que incluye la evaluación de la gestión administrativa, financiera y operativa de las entidades; ii) el control externo que realizará la CGE lo ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, con la finalidad de asesorar, asistir y prevenir riesgos; al respecto, el examen especial “verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa” con posterioridad a su ejecución; iii) las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio (...)” (énfasis añadido).

En cuanto a la determinación de responsabilidades por CGE, el número 34 del artículo 31 de la LOGCE, como parte de las atribuciones y funciones de la CGE, le permite establecer:

- i) “responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley”;*
- ii) “responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores”;* e,

iii) *“indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la Ley”* (Énfasis añadido).

Así, los artículos 45 al 68 de la LOCGE establecen la forma en que la CGE determina las responsabilidades administrativas culposas; civiles culposas; así como los indicios de responsabilidad penal, como resultado de una auditoría gubernamental.

De acuerdo con el primer inciso del artículo 45 de la LOCGE, la CGE puede establecer responsabilidad administrativa culposa a las *“autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado”*⁵, con base en: i) el *“análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate”*; y, ii) *“sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta Ley”* (énfasis añadido).

Según lo previsto por el primer inciso del artículo 46 de la LOCGE, la sanción por faltas administrativas *“originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor”*, sin perjuicio de otras responsabilidades, y *“de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la Ley”*.

Por otra parte, el primer inciso del artículo 52 de la LOCGE detalla el alcance de la responsabilidad civil culposa: su origen; los sujetos; grado de responsabilidad; y, las causales por las cuales se incurre en esta responsabilidad. Así, tenemos que la responsabilidad civil culposa nace de *“una acción u omisión culposa aunque no intencional”*, que puede incurrir un servidor público o un tercero *“autor o beneficiario, de un acto administrativo”* cuando el acto administrativo fuera emitido *“sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos”* (énfasis añadido).

En este sentido, la responsabilidad civil culposa, conforme el segundo inciso del artículo 52 de la LOCGE, *“genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado”*. Este perjuicio se calcula a la fecha en la que se produjo la acción u omisión culposa. Adicionalmente, la obligación jurídica de la responsabilidad civil culposa *“nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil”* (énfasis añadido).

En relación a la obligación indemnizatoria producto de un *“acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil”*, el artículo 1453 del CC establece que una de las formas en que nacen las obligaciones se da a consecuencia *“de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”* (énfasis

⁵ CRE, Artículo 229 de la CRE son servidores públicos *“(…) todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*

añadido); por lo tanto, se evidencia que una condición sine qua non para la configuración de una responsabilidad civil culposa es la existencia de un perjuicio económico, debidamente comprobado, a una institución del Estado.

En esta línea de ideas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha distinguido la determinación de responsabilidades civiles por la CGE mediante órdenes de reintegro o glosas en sentencias de casación dentro de los juicios Nos. 17811-2016-01853 y 17811-2016-01852, de 23 de septiembre de 2020 y 27 de enero de 2023, respectivamente. La primera de ellas analizó la determinación de la responsabilidad civil vía orden de reintegro, y concluyó:

“El artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que la responsabilidad civil culposa se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. (...) Dicho perjuicio se establecerá de la siguiente forma: (...) 2. Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente.

La responsabilidad civil, involucra necesariamente el perjuicio económico ocasionado a la entidad pública, y por otro lado el beneficio económico de dicho pago por parte del particular, de tal suerte; en el caso de la responsabilidad civil vía orden de reintegro, tenemos dos elementos concurrentes: perjuicio económico característica general de la responsabilidad civil y, pago indebido sin fundamento legal o contractual característica de la orden de reintegro, en definitiva existe un egreso de las arcas fiscales no justificado” (énfasis añadido).

La segunda sentencia explica la diferencia entre la figura jurídica de pago indebido y pago en exceso, a fin de determinar la imposición de una responsabilidad civil vía orden de reintegro o glosa, y explica lo siguiente:

“5.10.- En relación a la procedencia de una orden de reintegro, en el caso de pago indebido, Ismael Quintana, enseña: “Si, en cambio, se trata de una orden de reintegro por pago indebido, debe existir una descripción de los hechos que demuestren que los desembolsos se realizaron sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario haya entregado el bien, realizado la obra o prestado el servicio, o la haya cumplido solo parcialmente (...)” (Ismael Quintana (2021). Manual de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag. 123). Entonces, el pago indebido es aquel que se realiza sin tener una causa que justifique la deuda, mientras que el pago en exceso ocurre cuando se lo efectúa por un monto mayor al que correspondía pagar, es decir, lo adeudado se encuentra justificado, pero ocurre un error en el monto del pago, porque lo adeudado se satisface por un valor mayor al establecido.

5.11.- Este Tribunal no coincide con la interpretación que realiza el Tribunal de instancia sobre el artículo 53 de la LOCGE, ya que se evidencia que los rubros pagados en demasía no configuran como tal un pago indebido, al tener como fundamento el contrato suscrito (...). La norma claramente determina que solo en casos de pagos indebidos habrá una orden de reintegro, lo cual conlleva a deducir que, para el pago efectuado en demasía, como en efecto ocurrió en el caso, la responsabilidad por el perjuicio económico se debía predeterminar mediante una glosa” (Énfasis añadido).

Finalmente, el Acuerdo No. 050-CG-2018⁶ que contiene el “Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado” (en adelante, “Reglamento de Responsabilidades de la CGE”) en las letras d) de sus artículos 36 y 40⁷, establecen de forma coincidente que los fundamentos de hecho y derecho considerados para la determinación de estas responsabilidades civiles deberán incluir “*el nexo con el perjuicio causado, su concepto y montos*”.

De las normas y precedentes previamente invocadas, se desprende lo siguiente: i) acorde al artículo 45 y 46 de la LOCGE, la CGE podrá determinar responsabilidades administrativas a las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores públicos, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal, en razón de la inobservancia de disposiciones legales y el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones de dichos servidores; ii) la responsabilidad civil culposa se origina por el perjuicio económico al Estado, debidamente comprobado, resultante de la acción u omisión de un servidor público (o un tercero) que, sin la intención de causar daño, produce una obligación indemnizatoria respecto del perjuicio causado; iii) la resolución para determinar responsabilidades civiles debe incluir como parte de su motivación la identificación clara del nexo causal entre los fundamentos de hecho y derecho, el perjuicio económico causado, determinar de forma clara si se trata de un pago indebido o un pago en exceso, y cuantificar el monto del perjuicio económico al Estado; y, iv) la responsabilidad civil vía orden de reintegro se da por un pago indebido, “*sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o presado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente*”; es decir, “*existe un egreso de las arcas fiscales no justificado*”; y, la responsabilidad civil culposa se da por un pago en exceso (“*lo adeudado se encuentra justificado, pero ocurre un error en el monto del pago, porque lo adeudado se satisface por un valor mayor al establecido*”).

⁶ Reglamento de Responsabilidades de la CGE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 323 de 10 de septiembre de 2018

⁷ Reglamento de Responsabilidades de la CGE, “Art. 36.- Contenido de la resolución de glosa.- La resolución que confirme o desvanezca una glosa contendrá: (...)”

d. Motivación, la misma que incluirá: - Fundamentos de hecho y derecho considerados para la predeterminación de responsabilidades civiles culposas y el nexo con el perjuicio causado, su concepto y montos, así como la determinación precisa y clara de todos los sujetos de responsabilidad y su grado de participación (...).”

“Art. 40.- Contenido de la resolución de responsabilidad civil culposa. Orden de reintegro.- La resolución que confirme o desvanezca una orden de reintegro contendrá (...)

d. Motivación, la misma que incluirá: - Fundamentos de hecho y derecho considerados para la predeterminación de responsabilidades civiles y el nexo con el perjuicio causado, su concepto y monto; así como, la determinación precisa y clara de todos los sujetos de responsabilidad (...).”

2.2. Imposición de multas en la ejecución de contratos derivados de un procedimiento de contratación pública y su responsabilidad. -

La letra b) de la línea argumental común del precedente jurisprudencial contenido en la resolución No. 08-2024, cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No. 09269, y establece:

“b) En similar sentido se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en ejercicio de su facultad consultora, al indicar que: “La aplicación de las sanciones en materia contractual, en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad. En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones” (OF. PGE. No. 09269 de 8 de agosto de 2012, contenido en: Procuraduría General del Estado. Boletín Jurídico No 9. Julio a Diciembre 2012. Pág. 136)” (énfasis añadido).

Con base en esta premisa y los fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia, la Resolución No. 08-2024 establece como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto de derecho:

“Las multas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al ejercicio de la facultad coercitiva de la administración pública, cuyo fin es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual acusado durante la ejecución. Su detección e imposición debe ser oportuna, razón por la cual, hacerlo de manera paralela a la terminación unilateral del contrato o posterior a ella acarrearía su ilegalidad” (énfasis añadido).

El primer inciso del artículo 71 de la LOSNCP establece la obligación de que todo contrato regulado por dicha ley incorpore una cláusula de multas; el segundo inciso de la norma ibídem especifica que *“Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales”*. Esto se reitera en el artículo 292 del RGLOSNCP que en su primer inciso agrega que la *“multa tendrá como finalidad sancionar la conducta del contratista por su negligencia e incumplimientos imputables a sus obligaciones contractuales”* (énfasis añadido). Así, la naturaleza de una multa no responde a un ingreso o tributo planificado dentro del Presupuesto General del Estado, sino a una circunstancia que puede o no producirse y que tiene lugar únicamente como medida de corrección ante el incumplimiento del contratista.

El inciso final del referido artículo 292 ibídem establece que, en todos los casos de multas en la ejecución contractual, *“la entidad contratante deberá justificar razonadamente el valor de las multas que se impondrán al contratista”*.

El artículo 293 del RGLOSNCP define el procedimiento para la imposición de multas al contratista; en su numeral 2 establece como parte de las atribuciones del administrador de contrato la imposición de las multas a las que hubiere lugar, en concordancia con lo previsto en el numeral 4 del artículo 303, que le permite *“Imponer las multas establecidas en el contrato, para lo cual se deberá respetar el debido proceso”*.

Así, el artículo 54 de la LOCGE establece que “*serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos*”; lo cual guarda concordancia con las funciones del administrador del contrato sobre la imposición de multas y las normas tratadas en el presente análisis.

Además, el inciso final del artículo 54 de la LOCGE permite a la CGE establecer “*las responsabilidades a que hubiere lugar*”, en los procesos de estudio, contratación y ejecución de contratos públicos.

Finalmente, en cumplimiento del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución No. 08-2024, se establece que no es procedente la imposición de multas “*al momento de decidir la terminación unilateral del contrato, en la liquidación de este o en etapas posteriores*”. Este impedimento se extiende también a la CGE dado que el precedente jurisprudencial tiene efectos generales y es de obligatorio cumplimiento para todas las instituciones del Estado. En este sentido, la CGE, mediante una auditoría, puede verificar si la falta de imposición de multas por parte del servidor público designado como administrador del contrato constituye un incumplimiento de disposiciones o funciones, lo que derivaría en una responsabilidad administrativa culposa.

Asimismo, corresponderá a la CGE, a través de una auditoría gubernamental, evidenciar y cuantificar cualquier perjuicio económico ocasionado al Estado – como resultado de un pago indebido o en exceso – derivado de la no imposición oportuna de las multas durante la ejecución del contrato. En consecuencia, la CGE podrá determinar las responsabilidades civiles culposas mediante la emisión de glosas o la orden de reintegro de los valores correspondientes, en cumplimiento de su función de control.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación, de 5 de marzo de 2018, dentro del proceso No. 17811-2017-00097, sobre la determinación de responsabilidades civiles y la imposición de multas no generadas en la ejecución contractual (considerando que no existió incumplimiento contractual), concluyó:

“(…) En ese escenario, mal puede determinarse una responsabilidad civil glosa, por el pago de multas no generadas en la ejecución del contrato, considerando que la aplicación de una multa incumbe necesariamente el incumplimiento contractual, circunstancia que ciertamente no se ha producido; por tanto, resulta improcedente, anti técnico y alejado de cualquier razonamiento lógico y jurídico, pretender por parte de la Contraloría General del Estado, determinar una responsabilidad civil por este concepto (…)” (énfasis añadido).

De lo expuesto se observa que: *i)* es responsabilidad del administrador del contrato la imposición de multas de forma oportuna; y, *ii)* acorde a la Resolución No. 08-2024 y las normas de contratación pública citadas en el presente análisis, se concluye que la finalidad de la multa es sancionar la conducta del contratista a fin de que este corrija el retardo o

incumplimiento contractual; siendo fundamental que dichos incumplimientos sean detectados y las multas correspondientes impuestas de manera oportuna. Para ello, la entidad contratante debe ejercer su facultad coercitiva dentro de los plazos y procedimientos previstos en el contrato y normativa de Contratación Pública expedida para el efecto, y en el caso de que su detección e imposición no fueren oportunas, su imposición posterior será indebida.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, conforme lo dispuesto en los artículos 18, número 34 del artículo 31, 45 y 52 de la LOCGE; el artículo 71 de la LOSNCP; los artículos 292 y 293 del Reglamento General de la LOSNCP; y el precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución No. 08-2024, se establece que las multas en la ejecución de un contrato administrativo deben imponerse oportunamente con el objetivo de sancionar el comportamiento del contratista en caso de retraso o incumplimiento contractual durante la ejecución del contrato; por lo que, la imposición de multas al momento de la terminación unilateral del contrato, su liquidación o en etapas posteriores, carece de sustento jurídico.

Así, considerando que las multas no representan ingreso esperado o planificado, sino una sanción que se activa como medida correctiva ante un incumplimiento por parte del contratista, la omisión en el ejercicio de la facultad coercitiva por parte de la entidad contratante para imponer multas durante la ejecución del contrato no genera, por sí misma, un perjuicio económico directo al Estado. En este escenario, dicha omisión acarrearía, en principio, únicamente responsabilidades administrativas, puesto que, para que exista una responsabilidad civil culposa, se deberá demostrar la existencia de un perjuicio económico real al Estado.

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

Atentamente,

 Firmado electrónicamente por:
JUAN CARLOS
LARREA
VALENCIA

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP

Oficio No. 09207

Quito, DM, 28 de octubre de 2024

Magíster

César Augusto Vásquez Moncayo

SECRETARIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

Quito.

De mi consideración:

Mediante oficio No. SENESCYT-SENESCYT-2024-1580-CO, de 16 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿En aplicación a lo determinado en el literal e) del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, la asignación del tres por ciento (3 %) en las subcuentas de cada uno de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas que serán formulados y administrados por la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago, se debe realizar de manera igual para cada proyecto, entendiéndose que los criterios de profesionalización y lineamientos de política pública que establezca el órgano rector de la política pública en educación superior se refiere a la necesidad de creación de las instituciones de educación superior en las provincias señaladas?”.

2. ¿Los beneficiarios determinados en el literal f) del citado artículo son la Universidad Regional Amazónica IKIAM; la Universidad Estatal Amazónica; la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo para el fortalecimiento de sus sedes en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe, Orellana y Morona Santiago, respectivamente; y, los administradores de las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe de conformidad con lo determinado en la referida Ley Orgánica para la Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, ya que la no especificación de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo en el segundo párrafo del referido literal, así como la falta de enunciación de los administradores de las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades y escuelas politécnicas en dichas provincias, no les excluye o limita como beneficiarios del porcentaje determinado?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender las consultas, mediante oficios No. 08372, No. 08373, No. 08374 y No. 08375, de 27 de agosto de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Banco Central del Ecuador (en adelante *BCE*); al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante *MEF*); a la Secretaría Técnica de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica (en adelante *STCTEA*); y, a la Secretaría Nacional de Planificación (en adelante *SNP*), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios No. 08697 y No. 08698, de 17 de septiembre de 2024, se insistió en dichos requerimientos al MEF y a la STCTEA, sin que hasta la presente fecha se haya recibido respuesta.
- 1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden, por el Gerente General del BCE, con oficio No. BCE-BCE-2024-0168-OF, de 10 de septiembre de 2024, ingresado al día siguiente, al cual se adjuntaron los informes técnico No. BCE-SASP-2024-293 y jurídico No. BCE-GJ-026-2024, de 5 y 10 de los mismos mes y año; y, por la Secretaria de la SNP, a través de oficio No. SNP-SNP-2024-0516-OF, de 11 de septiembre de 2024, recibido al día siguiente, adjunto al cual se remitió el criterio jurídico contenido en memorando No. SNP-CGAJ-2024-0162-M, de 10 de los mismos mes y año.
- 1.3. El informe jurídico contenido en memorando No. SENESCYT-CGAJ-2024-0383-MI, de 14 de agosto de 2024, suscrito por el Coordinador General del Asesoría Jurídica de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante *SENESCYT*) citó, en lo principal, los artículos 26, 226, 227, 235, 237, 286, 350, 352, 354 y 355 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante *CRE*); 3, 4, 11, 15 letra c), 17, 18 letras f), g) y h), 111, 182 y 183 letras a) y b) de la Ley Orgánica de Educación Superior² (en adelante *LOES*); 4 letras a) y j), 21, 27 numeral 6, 59, 60 y las Disposiciones Transitorias Décima y Décima Primera de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica³ (en adelante *LOPICTEA*); y, 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁴ (en adelante *LOCGE*), con fundamento en los cuales analizó lo siguiente:

“3. ANÁLISIS LEGAL:

(...) en cuanto a lo determinado en el literal e) del artículo 60, se desprende que se ha contemplado dos formas de distribución ya que, en el primer inciso se establece que el porcentaje (3 %) para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, se realizará conforme con los requerimientos de profesionalización del talento humano identificados y a los lineamientos de política pública que establezca esta Secretaría de Estado. (Lo subrayado me corresponde)

*Sin embargo, en el segundo párrafo del citado literal se menciona que: ‘(...) **La asignación será directa y distribuida en partes iguales en las subcuentas de cada uno de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas (...)**’; por lo que, no se puede determinar sí (sic) SENESCYT debe emitir los lineamientos para la distribución del tres por ciento, entre la Universidad Estatal Amazónica y la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo, según corresponda a cada provincia y a*

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

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

³ LOPICTEA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 21 de mayo de 2018.

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

los parámetros técnicos identificados de oferta académica y profesional acorde a los requerimientos del desarrollo nacional, en cumplimiento de las responsabilidades del Estado determinadas en la Ley Orgánica de Educación Superior; o sí, únicamente el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Economía y Finanzas deben transferir en partes iguales (4) a las instituciones de educación superior señaladas como administradoras de las subcuentas de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas en las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe. (Lo resaltado y subrayado corresponden al texto original)

En cuanto al contenido del literal f), se ha identificado que se dispone que la distribución del cinco por ciento (5 %) del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, se efectuará para el fortalecimiento de la Universidad Regional Amazónica IKIAM, y de las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica y la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo, de conformidad a lo establecido en el primer párrafo de la citada disposición. (Lo subrayado me corresponde)

Pero, en la disposición consecuente se determina que la asignación será distribuida en partes iguales en las cuentas de la Universidad Regional Amazónica IKIAM, Universidad Estatal Amazónica y las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, excluyendo a la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo y aumentando como beneficiarios a las instituciones administradores de las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades y escuelas politécnicas públicas. (Lo subrayado me corresponde)

Por lo tanto, no existe claridad de cómo se debe distribuir este recurso, en virtud de que no hay concordancia sobre los beneficiarios de dichos recursos y la finalidad de los mismos, es decir, en el caso de la Universidad Estatal Amazónica y la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo, si es para el fortalecimiento de sus sedes, o para el manejo y administración de las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades y escuelas politécnicas públicas, o para ambas”. (Lo subrayado me corresponde)

1.4. Por su parte, el informe jurídico del BCE citó, en lo principal, además de las normas señaladas anteriormente, los artículos 82 y 261 numeral 6, 303 y 353 de la CRE; 26, 27.1 y 36 numeral 14 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero⁵ (en adelante COMF); y, 14, 108, 112 y 183 letras i) y j) de la LOES, luego de lo cual concluyó:

“4. CRITERIO INSTITUCIONAL:

(...)

1. (...)

La asignación del 3% establecido (sic) en la letra e) del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica debe realizarse en partes iguales para cada uno de los proyectos de

⁵ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332, de 12 de septiembre de 2014
Disposición General Vigésima Tercera incorporada por el artículo 105 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

creación de universidades o escuelas politécnicas públicas, independiente de sus dos instituciones administradoras; cuya creación dependerá de los criterios de profesionalización y lineamientos de política pública que establezca la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, institución a la cual le corresponde informar al Banco Central del Ecuador, el número de proyectos que se encuentren vigentes para la distribución de los recursos acumulados desde febrero a agosto de 2024; así como, deberá comunicar, mensualmente, los proyectos que se mantengan, que se incorporen o finalicen, para poder realizar el cálculo de la distribución con el número total de proyectos, antes del diez de cada mes, que es la fecha máxima de asignación, de conformidad con el primer inciso del artículo 60 de la Ley Orgánica referida. (Lo subrayado me corresponde)

(...)

2. (...)

La distribución del 5% establecido (sic) en la letra f) del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica debe realizarse en tres partes iguales para sus beneficiarios: (i) Universidad Regional Amazónica IKIAM; (ii) Universidad Estatal Amazónica (sedes y extensiones en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe); y, (iii) Escuela Superior Politécnica del Chimborazo (en las provincias de Orellana y Morona Santiago), ya que de la redacción completa de la letra referida, en concordancia con lo señalado en la Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley Orgánica para la Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, se entendería que esos recursos deben destinarse para el fortalecimiento de las tres instituciones de educación superior que ya se encuentran creadas, diferenciándose de los proyectos de creación, a los cuales ya se destina otro porcentaje.” (Lo resaltado corresponde al texto original y lo subrayado me corresponde)

1.5. Finalmente, el criterio jurídico de la SNP citó, adicionalmente a las normas ya enunciadas, el artículo 233 de la CRE, y concluyó:

“4. Conclusión. -

En lo que se refiere a la pregunta 1, (...) es criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que no existe contradicción ni oscuridad en la ley; toda vez que, los parámetros que se señalan en el primer párrafo de la letra e), se refieren a los parámetros que deben cumplir los proyectos presentados para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas, en las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe. En cuanto a la asignación de este fondo, señalada en el segundo párrafo, se determina que la distribución será de forma directa y en partes iguales en las subcuentas de los proyectos aprobados de creación de estas instituciones de educación superior. Las entidades competentes deberán cumplir con lo dispuesto en la Ley. (Lo subrayado me corresponde).

Sobre la pregunta 2, conforme lo determinado en el análisis realizado, al existir una contradicción evidente, que genera una duda razonable, sobre las universidades beneficiarias del 5% del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, se debería considerar una reforma a la letra f), artículo 60 de la Ley Orgánica para la

Planificación y Desarrollo Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, que abarque tanto la aclaración sobre las universidades beneficiarias, así como, si los recursos de este fondo deben ser acreditados a subcuentas de los proyectos de creación de universidades". (Lo subrayado me corresponde).

1.6. Del informe jurídico de la SENESCYT se observa que, tanto en la primera como en la segunda pregunta, se limita a mencionar que no existe claridad en cómo se debe distribuir el Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, sin motivar una postura en particular para cada caso.

Por su parte, el BCE y de la SNP, en relación a la primera pregunta, coinciden al precisar que la asignación del 3% prevista en la letra e) del artículo 60 de la LOPICTEA debe realizarse en partes iguales para cada uno de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas, creación que dependerá de los criterios de profesionalización y lineamientos de política pública que establezca la SENESCYT.

En cuanto a la segunda pregunta, el criterio jurídico del BCE señala que la distribución del 5%, establecida en la letra f) del artículo 60 de la LOPICTEA, debe realizarse en tres partes iguales para el fortalecimiento de las tres instituciones de educación superior ya creadas: la Universidad Regional Amazónica IKIAM; la Universidad Estatal Amazónica (sedes y extensiones en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe); y, la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo (en las provincias de Orellana y Morona Santiago), diferenciándose de los proyectos de creación, en concordancia con lo señalado en la Disposición Transitoria Décima Primera de dicha ley. Sobre el tema, la SNP agrega que se debería considerar una reforma a la referida letra f), a fin de que se aclare las universidades beneficiarias, así como si los recursos de ese fondo deben ser acreditados a subcuentas de los proyectos de creación de universidades.

2. Análisis.

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Funciones del órgano rector de la política pública de educación superior; *ii)* Creación y financiamiento de universidades y escuelas politécnicas supeditadas a los requerimientos del desarrollo nacional y la LOPICTEA; y, *iii)* Reglas de interpretación de las normas.

2.1. Funciones del órgano rector de la política pública de educación superior.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la CRE, la educación es un "derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado". Agrega el citado artículo que: "Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir" (lo subrayado me corresponde)

El artículo 227 de la CRE establece que, la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por "los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación" (lo subrayado me corresponde). Entre las competencias exclusivas del Estado central, el numeral 6 del artículo 261 ibidem incluye: "Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda" (lo subrayado me corresponde)

El inciso primero del artículo 352 de la CRE determina que, el sistema de educación superior “estará integrado por universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados”. Al efecto, según el numeral 1 del artículo 353 ibidem, el sistema de educación superior se regirá, entre otros, por: “Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva”, en concordancia con lo establecido en la letra c) del artículo 15 de la LOES (lo subrayado me corresponde).

El inciso tercero del artículo 354 de la CRE señala que: “La creación y financiamiento de nuevas casas de estudio y carreras universitarias públicas se supeditarán a los requerimientos del desarrollo nacional” (lo subrayado me corresponde). En este sentido, el inciso final del artículo 355 ibidem prevé que: “La Función Ejecutiva no podrá privar de sus rentas o asignaciones presupuestarias, o retardar las transferencias a ninguna institución del sistema, ni clausurarlas o reorganizarlas de forma total o parcial” (lo subrayado me corresponde).

De otro lado, las letras a), e) y h) del artículo 11 de la LOES agregan que, el Estado “proveerá los medios y recursos para las instituciones públicas que conforman el Sistema de Educación Superior”, y brindará las garantías para que las instituciones del Sistema cumplan con: “Garantizar el derecho a la educación superior”; “Promover políticas públicas que propicien una oferta académica y profesional acorde a los requerimientos del desarrollo nacional”; y, “Garantizar su financiamiento en las condiciones establecidas en esta Ley, en observancia a las normas aplicables para cada caso” (lo subrayado me corresponde).

En este orden de ideas, según el artículo 182 de la LOES, la SENESCYT es el órgano que: “tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior” (lo subrayado me corresponde).

Entre las funciones del órgano rector de la política pública de educación superior, la letra d) del artículo 183 de la LOES dispone el “Identificar carreras y programas considerados de interés público de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo”, y crear los incentivos necesarios para que las instituciones de educación superior las prioricen en su oferta académica.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la educación es un deber ineludible e inexcusable del Estado, y constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, que garantiza la igualdad e inclusión social y es condición indispensable para el buen vivir; *ii)* la SENESCYT es el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior; y, *iii)* corresponde a la SENESCYT identificar carreras y programas considerados de interés público, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo.

2.2. Creación y financiamiento de universidades y escuelas politécnicas supeditadas a los requerimientos del desarrollo nacional y la LOPICTEA.

El artículo 111 de la LOES establece que: “En el caso de universidades y escuelas politécnicas públicas su creación y financiamiento se supeditará a los requerimientos del desarrollo nacional” (lo subrayado me corresponde)

La letra j) del artículo 4 de la LOPICTEA incluye entre sus fines el “Fortalecer el sistema de educación en todos sus niveles, en especial el superior, y garantizar el acceso de la población amazónica, de acuerdo con, (sic) la demanda local” (lo subrayado me corresponde). Al efecto, el inciso primero y el numeral 6 del artículo 27 ibídem determinan que, el Gobierno Central “brindará atención a la educación de la población de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en concordancia con la legislación y la planificación nacional sectorial”, en función de “Promover el fortalecimiento y la creación de universidades, escuelas politécnicas, extensiones e institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos y conservatorios superiores de música y artes”, conforme con los “requerimientos de profesionalización del talento humano identificados en el Plan Integral para la Amazonia y a los lineamientos que establezca el órgano rector de la educación superior” (lo subrayado me corresponde).

Adicionalmente, el inciso final del citado artículo 27 de la LOPICTEA dispone que en el marco del fortalecimiento de la Educación Superior técnica, tecnológica y superior “se vinculará a otros centros de Educación Superior que transfieran conocimientos y tecnologías en la Circunscripción”, cuya implementación, de ser pertinente, “se podrá financiar con recursos del Fondo Común o el Fondo de Desarrollo Sostenible de acuerdo con las competencias del respectivo gobierno autónomo descentralizado” (lo subrayado me corresponde)

Respecto de la distribución del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico, el artículo 60 de la LOPICTEA prevé que el BCE procederá a informar al MEF el monto por distribuir en cada período, a fin de que dentro de los primeros diez (10) días de cada mes y sin necesidad de orden previa, el BCE transfiera directamente los recursos a sus beneficiarios. En este sentido, los incisos primero y segundo de la letra e) del referido artículo 60, materia de la primera consulta, establecen la siguiente distribución para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe:

“e) El tres por ciento (3 %) para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, conforme con los requerimientos de profesionalización del talento humano, identificados y a los lineamientos de política pública que establezca el órgano rector de la educación superior, para la cual el ente rector de finanzas públicas creará las subcuentas respectivas (lo subrayado me corresponde).

La asignación será directa y distribuida en partes iguales en las subcuentas de cada uno de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas que serán formulados y administrados por la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago. Las instituciones designadas y las Comisiones Gestoras elaborarán un plan anual de inversiones con programación fiscal plurianual, cuya aprobación, seguimiento y evaluación estará a cargo de la Secretaria Técnica de la Circunscripción Territorial Amazónica y la Secretaria de Educación Superior Ciencia y Tecnología en el ámbito de sus competencias. (...)” (lo subrayado me corresponde).

En cuanto a la distribución para el fortalecimiento de la Universidad Regional Amazónica IKIAM, las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo en las

provincias de Orellana y Morona Santiago, los incisos primero y segundo de la letra f) del señalado artículo 60 de la LOPICTEA, materia de su segunda consulta, disponen lo siguiente:

“f) El cinco por ciento (5 %) para el fortalecimiento de la Universidad Regional Amazónica IKIAM, y de las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago (lo subrayado me corresponde).

La asignación será directa y distribuida en partes iguales en las cuentas de la Universidad Regional Amazónica IKIAM, Universidad Estatal Amazónica y las subcuentas de los proyectos de creación de las universidades de las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, recursos que se invertirán para estas universidades para el funcionamiento de las mismas. Las instituciones designadas y las Comisiones Gestoras elaborarán un plan anual de inversiones con programación fiscal plurianual, cuya aprobación, seguimiento y evaluación estará a cargo de la Secretaría Técnica de la Circunscripción Territorial Amazónica y la Secretaría de Educación Superior Ciencia y Tecnología en el ámbito de sus competencias. (...) (lo subrayado me corresponde).

Finalmente, el inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Primera de la LOPICTEA especifica que, con la finalidad de garantizar que los fondos provenientes de la letra f) del artículo 60 cumplan su objetivo, la STCTEA de manera conjunta con el ente rector de la educación superior y *“la Universidad Regional Amazónica IKIAM, y las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago”*, elaborarán un plan anual de inversiones con programación fiscal plurianual, en el plazo de 90 días, a partir de la vigencia de dicha ley, cuya aprobación, seguimiento y evaluación estará a cargo de la STCTEA y la SENESCYT en el ámbito de sus competencias (lo subrayado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* el Gobierno Central brindará atención a la educación de la población de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en función de promover el fortalecimiento y la creación de universidades, escuelas politécnicas y extensiones, entre otros, conforme con los requerimientos de profesionalización identificados y a los lineamientos establecidos por la SENESCYT; *ii)* se contempla la asignación del tres por ciento (3%) para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas, la misma que será distribuida en partes iguales en las subcuentas de cada uno de los proyectos que serán formulados y administrados por la Universidad Estatal Amazónica y la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, en las respectivas provincias; y, *iii)* se prevé una asignación del cinco por ciento (5%), directa y distribuida en partes iguales en las cuentas de: la Universidad Regional Amazónica IKIAM, las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe y de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago, para su fortalecimiento, en armonía con lo señalado en el inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Primera de la LOPICTEA.

2.3. Reglas de interpretación de las normas.

El numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante *LOGJCC*), en armonía con la regla primera del artículo 18 del Código Civil⁷ prevén que: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal*” en tal sentido, se observa que para el caso de la letra e) del artículo 60 de la LOPICTEA, los parámetros que se señalan en su primer inciso deben cumplirse en los proyectos presentados para la creación de universidades y escuelas politécnicas públicas, en las provincias de Sucumbíos, Orellana, Morona Santiago y Zamora Chinchipe, y en lo que respecta a la asignación de dicho fondo, el segundo inciso determina claramente que la distribución será de forma directa y en partes iguales en las subcuentas de cada uno de los proyectos aprobados de creación.

Por otra parte, se debe observar que el citado artículo 3 de la LOGJCC, que contiene reglas de interpretación constitucional y ordinaria, en sus numerales 5 y 6 dispone:

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

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.” (Lo subrayado me corresponde)

En tal contexto se desprende que, de acuerdo con la letra f) del artículo 60 y la Disposición Transitoria Décima Primera de la LOPICTEA, corresponde al BCE transferir directamente, en partes iguales, el porcentaje del Fondo para el Desarrollo Sostenible Amazónico para el fortalecimiento de las tres instituciones de educación superior que ya se encuentran creadas (Universidad Regional Amazónica IKIAM y las sedes y extensiones de la Universidad Estatal Amazónica y de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo), diferenciándose de los proyectos de creación, a los cuales corresponde otro porcentaje.

3. Pronunciamiento.

En atención a los términos de su primera consulta, se concluye que, conforme a lo previsto en el artículo 3, numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la regla primera del artículo 18 del Código Civil, **la asignación del tres por ciento (3 %) en las subcuentas correspondientes a cada uno de los proyectos de creación de universidades o escuelas politécnicas públicas, formulados y administrados por la Universidad Estatal Amazónica en las provincias de Sucumbíos y Zamora Chinchipe, así como por la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo en las provincias de Orellana y Morona Santiago, deberá efectuarse de manera equitativa para cada proyecto.** Esta distribución se encuentra amparada por lo dispuesto en la letra e) del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica, en este sentido, se debe entender que los requerimientos de profesionalización del talento humano y los lineamientos de política pública, establecidos por el órgano rector de la educación superior, se refieren a las consideraciones que deberán ser incluidas en la planificación y presentación de los proyectos de creación de estas instituciones de educación superior en las provincias mencionadas.

En relación con los términos de la segunda consulta, **se concluye que los beneficiarios señalados en la letra f) del artículo 60 de la Ley Orgánica para la Planificación Integral de**

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

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

la Circunscripción Territorial Especial Amazónica son: la Universidad Regional Amazónica IKIAM, la Universidad Estatal Amazónica y la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, esta última, para el fortalecimiento de sus sedes en las provincias de Sucumbíos, Zamora Chinchipe, Orellana y Morona Santiago, cabe destacar que dichos beneficiarios se diferencian de los proyectos de creación de nuevas instituciones, los cuales están sujetos a la asignación de un porcentaje distinto de los recursos.

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

Atentamente,



Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. *Mgs. Guillermo Enrique Avellán Solines*
Gerente General del Banco Central del Ecuador

Mtr. Juan Carlos Vega Malo
Ministro de Economía y Finanzas

Mtr. Gustavo Piedra Jimbo
Secretario Técnico de la Amazonía
Secretaría Técnica de la Circunscripción Territorial Especial Amazónica

Mtr. Sariha Belén Moya Angulo
Secretaria Nacional de Planificación

Oficio No. 09222

Quito, DM, 29 de octubre de 2024

Ingeniera

Karla Gabriela Reátegui Encarnación

PREFECTA

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE ZAMORA
CHINCHIPE

Zamora Chinchipe.

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADPZCH-P-0674-2024, de 10 de junio de 2024, ingresado en la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado Loja el 17 del mismo mes y año, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRLJ-2024-00105, de 25 de junio del presente año, recibido al día siguiente, se reformularon las consultas inicialmente planteadas en oficio No. GADPZCH-P-0571-2024, de 16 de mayo de 2024, en los siguientes términos:

1. ***“Es procedente aplicar los Arts. 237, 238 y 240 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público; o, el Acuerdo Ministerial 0127-2013, de fecha 29 de julio de 2013, en cuanto al pedido que hace la Asociación de Empleados del GAD Provincial de Zamora Chinchipe, de que se les brinde a los servidores del GAD Provincial de Zamora Chinchipe, los beneficios de alimentación, transporte y guardería.?”***

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. PGE-DRLJ-2024-00090, de 28 de mayo de 2024, la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja, solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe (en adelante, “*GADP Zamora Chinchipe*”) reformular los términos de las consultas contenidas en oficio No. GADPZCH-P-0571-2024, de 16 de mayo de 2024.

- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficio No. 07758, de 11 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Este requerimiento fue atendido por la Subsecretaria de Normativa del MDT a través del oficio No. MDT-SN-2024-0560-O, de 17 de julio de 2024, recibido en el correo de este organismo al día siguiente.
- 1.3. El informe jurídico de la consultante contenido en oficio No. 377-DPS-GPZCH, de 07 de junio de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del GADP Zamora Chinchipe se ratificó en los “*antecedentes y base legal esgrimidos en el informe jurídico emitido con Of. No. 174-DPS-GPZCH, de fecha Zamora, 20 de marzo de 2024*” el cual citó, en lo principal, los artículos 226 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 3 y 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público² (en adelante, “LOSEP”); 236, 237, 238 y 240 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público³ (en adelante, “RGLOSEP”); y, 4 y la Disposición Transitoria Segunda del Acuerdo Ministerial No. MRL-2013-0127⁴ que contiene la “*NORMA SUSTITUTIVA A LA NORMA QUE REGULA EL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN PARA LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS*” (en adelante, “*Norma que Regula el Servicio de Alimentación*”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“4.- Conclusión.-

Por lo expuesto en la normativa constitucional y legal antes expuesta me permito determinar las siguientes conclusiones:

- 1. Los beneficios de alimentación y transporte, si bien están contemplados en un cuerpo normativo vigente en el país, como es el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, éstos no podrían ser acreditados en valores a las cuentas de sus servidores, en razón de que ni en la LOSEP, ni en su Reglamento de aplicación, se prevé la acreditación en las cuentas de los servidores públicos por concepto de alimentación y transporte.*
- 2. A partir de la vigencia del Acuerdo Ministerial 0127-2013, las entidades públicas contempladas en el art. 3 de la LOSEP se establece una prohibición*

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

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

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

⁴ Norma que Regula el Servicio de Alimentación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 048 de 31 de julio de 2013.

de brindar estos beneficios, al señalar que se abstendrán de suscribir contratos destinados a la provisión de servicios alimentación para los servidores públicos; y, a partir del año 2014, el Ministerio de Relaciones Laborales, terminó la posibilidad de entregar valores para cubrir los montos por el servicio de alimentación.

3. En cuanto al servicio de GUARDERIA, SI considero que la Institución debe brindarlo, primero por tratarse del hecho que los beneficiarios son grupos de atención prioritaria (niños) a los que estamos obligados a salvaguardar, y es nuestro deber protegerlos y cuidarlos, brindándoles atenciones especiales y urgentes; y segundo, por cuanto la propia Ley que lo regula, el Reglamento a la LOSEP, lo señala como un imperativo, pudiendo coordinarse con otras entidades de orden público, como el MIES, a fin de a través de convenios, brindar dicho servicio en debida forma, en los modos y formas que establece la normativa vigente. En tal consideración sugiero que se haga los acercamientos con el MIES a fin de que se establezca un convenio para brindar dicho servicio a los hijos de los servidores del GADPZCH, bajo los acuerdos que se alcancen entre ambas entidades". (El subrayado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico del MDT, además de las normas señaladas anteriormente citó, en lo principal, los artículos 225 y 229 de la CRE; 51 letra a) y la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP; 27 de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano⁵ (en adelante, "LODCH"); 112 del RGLOSPE; y, 4, 7 y la Disposición General Segunda del Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-085⁶, que contiene la "NORMA QUE REGULA EL BENEFICIO DE GUARDERÍA PARA EL CUIDADO DIARIO INFANTIL A FAVOR DE LAS HIJAS Y LOS HIJOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, O NIÑAS Y NIÑOS QUE SE ENCUENTREN BAJO CUIDADO O PATRIA POTESTAD DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, HASTA EL DÍA QUE CUMPLAN LOS 5 AÑOS DE EDAD" (en adelante, "Norma que Regula el Beneficio de Guardería"), luego de lo cual manifestó y concluyó:

"2.- ANTECEDENTES

⁵ LODCH, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 12 de mayo de 2023.

⁶ Norma que Regula el Beneficio de Guardería, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 344 de 3 de julio de 2023.

El Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe con Oficio Nro. GADPZCH-P-0572-2024 de 31 de mayo de 2024, ingresado a esta Subsecretaría el 03 de junio de 2024, realizó las siguientes consultas:

- 1. '¿Es legal o no, que el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe, pague o contrate para cada servidor público de su dependencia los beneficios y de alimentación y transporte, incorporando partidas presupuestarias para ese efecto?'*
- 2. '¿Es legal o no, que el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe, brinde o pague el servicio de guardería, a las/los hijas/os/ menores de 5 años, de las y los funcionarios de esta Entidad Pública)?'*

En respuesta, esta cartera de Estado emitió el Oficio Nro. MDT-SN-2024-0446-O de 14 de junio de 2024, señalando lo siguiente:

'Consulta Nro. 1

Conforme lo determinado en la Disposición Transitoria Segunda del Acuerdo Ministerial Nro. MRL-2013-0127, a partir del año 2014 las instituciones del Estado no podrán implementar el servicio de alimentación para los servidores públicos; regulación que se encuentra vigente hasta la presente fecha.

Por otra parte, en cuanto al beneficio por gastos de transporte, el Ministerio del Trabajo no ha emitido normativa alguna, que determine los montos y características para la contratación de este servicio. (El subrayado me corresponde).

Consulta Nro. 2

El Ministerio del Trabajo, en cumplimiento de lo determinado en la Sentencia 3-19-JP/20 y Acumulados, emitió el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2023-085 que permite viabilizar la ejecución de las disposiciones establecidas en la referida Sentencia, en la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano y en el artículo 236 del Reglamento General a la LOSEP.

En este contexto, según lo establecido en la Disposición General Segunda del referido Acuerdo Ministerial, los Gobiernos Autónomos Descentralizados que no cuenten con centros de cuidado infantil, no puedan crear un centro de cuidado infantil o no puedan suscribir convenios con otras instituciones del Estado, deberán emitir el acto normativo correspondiente, que regule el pago del beneficio de Guardería para el cuidado diario infantil a favor de los hijos de los servidores públicos y niños que se encuentren bajo cuidado o patria potestad

de servidores públicos, hasta el día que cumplan los 5 años de edad, considerando como techo monetario el valor determinado en el artículo 7 de esta normativa, ya que deberán observar su real capacidad económica que permita mantener en el tiempo, el referido pago; así como, también los demás lineamientos determinados en el presente Acuerdo.’’ (El subrayado me corresponde).

(...)

4. PRONUNCIAMIENTO:

En razón de lo expuesto, con fundamento en la normativa citada y en virtud de que la consulta efectuada por la Procuraduría General del Estado con Oficio Nro. 07758 de 11 de julio de 2024, tiene relación con la consulta efectuada por la Prefectura de Zamora Chinchipe mediante Oficio Nro. GADPZCH-P-0572-2024 de 31 de mayo de 2024, me permito adjuntar para su conocimiento, la respuesta emitida por el Ministerio del Trabajo mediante Oficio Nro. MDT-SN-2024-0446-O de 14 de junio de 2024, y que fue remitido de manera oportuna a la Prefectura de Zamora Chinchipe. (El subrayado me corresponde).

- 1.5. De lo expuesto se desprende que el informe jurídico del GADP Zamora Chinchipe coincide con el criterio jurídico del MDT. De manera general, manifiestan que no pueden ser acreditados a las cuentas de los servidores públicos los valores por concepto de alimentación y transporte, precisando la entidad consultante que ni la LOSEP ni el RGLOSEP prevén tal posibilidad.

Tanto el GADP Zamora Chinchipe como el MDT afirman que, de conformidad con lo establecido en la Norma que Regula el Servicio de Alimentación, a partir de 2014 las instituciones del Estado no pueden implementarlo. En el caso del beneficio por gastos de transporte, el MDT manifiesta que no se ha emitido normativa que determine los montos y características para la contratación del mismo.

Finalmente, en relación al beneficio de guardería, la entidad consultante y el MDT estiman que constituye una obligación legal. Al efecto, el MDT agrega que, de acuerdo con lo establecido en la Disposición General Segunda de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería, los Gobierno Autónomos Descentralizados (en adelante, “GAD”) que no cuenten con centros de cuidado infantil, no puedan crear un centro de cuidado infantil o no puedan suscribir convenios con otras instituciones del Estado, deberán emitir el acto normativo correspondiente que

regule su pago, considerando como techo monetario el valor previsto en el artículo 7 de esa norma.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Competencia del MDT en materia de recursos humanos y remuneraciones y la facultad normativa de los GAD; ii) El beneficio de guardería; iii) El beneficio de alimentación; y, iv) El beneficio de transporte.*

2.1. Competencia del MDT en materia de recursos humanos y remuneraciones y la facultad normativa de los GAD. -

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

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

En este contexto, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, establece que sus disposiciones *“son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”*, que comprende, entre otros, según su numeral 2 a *“Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”* (el subrayado me corresponde).

Al efecto, el artículo 50 ibidem establece que el MDT y las Unidades de Administración de Talento Humano de cada entidad comprendida en su artículo 3 son los organismos encargados de la aplicación de dicha ley, en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones,

Concordante, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP establece como una competencia del MDT el *“Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y*

expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley". El antepenúltimo inciso del mismo artículo prevé, adicionalmente, que en las entidades del sector público "el porcentaje de incremento de las remuneraciones y cualquier otro beneficio que cause un egreso económico de un ejercicio a otro, como máximo, será el que determine el Ministerio del Trabajo", previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, "MEF"), respecto de la disponibilidad económica cuando fuere del caso (el subrayado me corresponde).

Por su parte, la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP prohíbe expresamente "el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley", en lo relacionado a gastos de personal de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, "a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio del Trabajo emita para el efecto" (el subrayado me corresponde).

Agrega el inciso primero del artículo 112 del RGLOSEP que, el MDT "constituye el organismo rector en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones e ingresos complementarios", de los servidores del sector público. Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 236 ibídem determina que: "Los beneficios de transporte, alimentación, uniformes y guarderías, que deberán ser regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales", en los que se determinarán las características técnicas relacionadas con salud ocupacional, y "techos de gastos para cada uno de ellos, para lo cual previamente deberá contarse con la respectiva disponibilidad presupuestaria" (el subrayado me corresponde).

De otro lado, el inciso primero del artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁷ (en adelante, "COOTAD") señala que, la autonomía política, administrativa y financiera de los GAD y regímenes especiales prevista en la CRE comprende "el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad", sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes. En cuanto a la autonomía política, el inciso segundo del artículo ibídem reitera que ésta se expresa, entre otros, en el "pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad" (el subrayado me corresponde).

⁷ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre 2010.

En este orden de ideas, la Disposición General Segunda de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería prevé que, en el caso de que los GAD, Universidades Públicas y Escuelas Politécnicas Públicas que no cuenten con centros de cuidado infantil para brindar el beneficio de guardería; no puedan crear un centro de cuidado infantil; o, no puedan suscribir convenios con otras instituciones del Estado para la utilización de centros de cuidado infantil ya creados; “podrán cancelar el beneficio a través de un pago monetario según lo determinado en el artículo 7” de dicho Acuerdo, “el mismo que será considerado como techo monetario”. Precisa la referida disposición que le corresponde a cada GAD o Universidad Pública y Escuela Politécnica Pública “emitir el acto normativo correspondiente que regule el pago monetario, observando su real capacidad económica y demás lineamientos emitidos en el presente Acuerdo” (el subrayado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* las disposiciones de la LOSEP, en principio, son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, incluyendo las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; *ii)* de acuerdo con la LOSEP, compete al MDT ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos; *iii)* el porcentaje de incremento de beneficios, como los gastos por transporte, alimentación y guardería, que causen egreso económico, deben ser regulados por el MDT determinado los techos de gastos para cada uno de ellos; *iv)* la autonomía política de los GAD comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas propias, en ejercicio de sus facultades normativas; y, *v)* según la Norma que Regula el Beneficio de Guardería, corresponde a cada GAD emitir el acto normativo que regule el pago monetario por guardería, observando su real capacidad económica y lo determinado en el artículo 7 *ibidem*, el mismo que será considerado como techo monetario.

2.2. El beneficio de guardería. -

De conformidad con lo previsto en la letra p) del artículo 23 de la LOSEP, entre los derechos irrenunciables de los servidores públicos consta el “Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cinco (5) años, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública” (el subrayado me corresponde).

En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 27 de la LODCH establece que, las instituciones públicas y privadas “deben ofrecer servicios de cuidado infantil propios para los hijos de los trabajadores hasta los cinco (5) años de edad”, agregando que:

“Si no fuere posible, la entidad podrá realizar acuerdos con centros de cuidado infantil privado que se encuentren cerca del lugar de trabajo” (el subrayado me corresponde).

El inciso segundo del citado artículo señala además que, en caso de las instituciones públicas que no cuenten con los servicios necesarios descritos en este artículo, “se deberán priorizar en sus planes operativos y presupuestarios anuales la entrega de compensaciones económicas o la celebración de convenios interinstitucionales que viabilicen este derecho” (el subrayado me corresponde). Precisa el tercer inciso del artículo ibídem que el empleador, tanto del sector público como del privado, recibirá las solicitudes de las personas trabajadoras para acceder a este beneficio, pudiendo optar la dotación de dichos servicios a través de: *“a) Centros de cuidado diario infantil financiados con recursos públicos; b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público o sector privado; o, c) Centros de cuidado infantil privado”*.

El inciso primero del artículo 240 del RGLOSEP determina que, las instituciones comprendidas en el ámbito de la LOSEP deberán conceder únicamente a los hijos de sus servidores, o niños de los servidores públicos que se encuentren bajo su cuidado o patria potestad, *“el servicio de cuidado diario infantil, hasta el día que cumplan los 5 años de edad”*, el mismo que podrá ser brindado *“de acuerdo al siguiente orden de prioridad: a) Centros de cuidado diario infantil financiados por el Instituto de la Niñez y la Familia - INFA; b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público; o, c) Centros de cuidado infantil privado”*, en armonía con lo determinado en el artículo 4 de la Norma que Regula el Beneficio de Guardería. (El subrayado me corresponde).

Al efecto, el inciso siguiente a la letra c) del artículo 240 del RGLOSEP añade que, las instituciones recibirán las solicitudes de los servidores para acceder a este beneficio y *“lo concederán de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria y organización interna y planes pedagógicos del centro de cuidado infantil”*. Adicionalmente, el citado artículo menciona que: *“Podrán realizarse convenios entre dos o más instituciones para que se utilicen las instalaciones de una institución por parte de las o los hijos de las o los servidores que laboren en otra institución”* (el subrayado me corresponde).

En caso de que una institución no cuente con los servicios necesarios, el inciso final del mencionado artículo 240 prevé que *“podrá pagarse en dinero por cada hijo que tengan cumplido hasta el día que cumpla los 5 años de edad”*, al servidor hasta los montos máximos establecidos por el MDT, y previo el respectivo dictamen favorable del MEF (el subrayado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* constituye un derecho irrenunciable de los servidores públicos mantener a sus hijos o menores que se encuentren bajo su cuidado o patria potestad, hasta los cinco años, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública; *ii)* de acuerdo con la LODCH, el empleador puede optar por la dotación del servicio a través de centros de cuidado diario infantil financiados con recursos públicos; centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público o sector privado; o, centros de cuidado infantil privado; y, *iii)* según el inciso final del artículo 240 del RGLOSEP, la institución puede pagar en dinero al servidor hasta los montos máximos establecidos por el MDT, previo el respectivo dictamen favorable del MEF.

2.3. El beneficio de alimentación. -

El inciso primero del artículo 238 del RGLOSEP prevé que: “Las instituciones públicas sobre la base de las disponibilidades presupuestarias, podrán implementar en beneficio de las y los servidores, el servicio de alimentación”, que será proporcionado “a través de la contratación de empresas especializadas en la materia, que cumplan con todas las regulaciones sanitarias, de calidad y que se encuentren registradas” en el MDT como prestadoras de actividades complementarias de alimentación, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Mandato Constituyente No. 8 (el subrayado me corresponde).

De acuerdo con el inciso segundo del citado artículo, la contratación comprenderá una comida diaria, a la mitad de la jornada de trabajo, “dentro de las instalaciones de la entidad, en un local específico, y exclusivamente adecuado para el efecto”, que reúna todas las condiciones de aseo, comodidad y orden necesarias; o, “en un establecimiento contiguo a la institución”, que igualmente cumpla con las condiciones antes descritas (el subrayado me corresponde).

El inciso quinto del mismo artículo 238 del RGLOSEP determina que: “El monto máximo de pago será el establecido de conformidad con los techos que para el efecto establezca el Ministerio de Relaciones Laborales”, previo el dictamen favorable del MEF (el subrayado me corresponde).

Agrega el inciso séptimo *ibídem* que, para el servicio de alimentación, las instituciones que, por encontrarse sus instalaciones físicas ubicadas en zonas cercanas entre ellas, “podrán obtener el servicio de alimentación para las o los servidores, mediante contratos conjuntos y que respondan a intereses mutuos”. Cuando no se disponga de

instalaciones físicas propias para proporcionar el servicio de alimentación, “*la institución puede contratar con proveedores de alimentos preparados, sean estos, fondas, restaurantes, u otros similares, cuyo funcionamiento se encuentre autorizado legalmente*”, para lo cual se asegurará que los servidores tengan el tiempo suficiente para su salida y retorno en el tiempo asignado y que no forma parte de la jornada ordinaria de trabajo institucional.

El inciso octavo del artículo referido dispone además que, en ciudades y sitios que no se disponga de empresas especializadas en la materia o de locales que proporcionen alimentos preparados, “*las instituciones podrán gestionar la obtención del servicio a través de personas particulares de la localidad, lo cual se justificará a través de obtención de bienes y servicios directos*”, para lo cual la UATH o quien hiciera sus veces, deberá llevar los controles respectivos (el subrayado me corresponde).

El inciso noveno del artículo ibídem señala que, en los casos en que los servidores pertenecientes a una institución, que por la misión que cumple la misma o sus servidores, “*deban prestar sus servicios en otra institución de las determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, y reciban este beneficio en su institución de origen, de manera directa o en dinero*”, la institución donde se encuentren temporalmente prestando sus servicios comunicará a la institución de origen para que el monto correspondiente a la alimentación no sea considerado respecto del servidor que se encuentra en la otra institución, “*siempre y cuando en dichas instituciones se otorgue el servicio de alimentación*”, recalcando el inciso final que: “*El Ministerio de Relaciones Laborales, emitirá la norma técnica correspondiente*” (el subrayado me corresponde).

Sobre la aplicación del artículo 238 del RGLOSEP y la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP, citada en el acápite anterior, mediante oficio No. 04422, de 21 de octubre de 2011, cuya copia se acompaña, la Procuraduría General del Estado analizó y concluyó lo siguiente:

“Por lo expuesto, se concluye que los servidores del Municipio de Cantón Putumayo que laboren en jornada ordinaria o especial, podrán beneficiarse del servicio de alimentación que otorgue esa Entidad, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 238 de su Reglamento General, en la forma que lo regule el Ministerio de Relaciones Laborales. Por lo tanto, el Municipio del Cantón Putumayo no puede acreditar el valor correspondiente a la alimentación en las cuentas de sus servidores, en razón de que ni en la LOSEP, ni en su Reglamento de aplicación,

se prevé la acreditación en las cuentas de los servidores públicos el valor en dinero por costo de alimentación (el subrayado me corresponde).

Lo manifestado está sujeto a que exista la respectiva asignación presupuestaria al efecto, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas” (el subrayado me corresponde).

Con posterioridad al referido pronunciamiento se expidió la Norma que Regula el Servicio de Alimentación cuyo objeto, según su artículo 1, es “Regular y establecer los montos al que deberán sujetarse las instituciones del Estado para proveer del servicio de alimentación a las y los servidores públicos” (el subrayado me corresponde). Agrega el artículo 2 ibídem que: “Las disposiciones de la presente norma son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado establecidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público” (el subrayado me corresponde).

Si bien el artículo 3 de la Norma que Regula el Servicio de Alimentación dispone que: “El valor que las instituciones podrán pagar por el servicio de alimentación será hasta de cuatro dólares (USD 4,00) sin incluir el I.V.A., por cada servidora o servidor público y por cada día laborado”, su Disposición Transitoria Segunda estableció en su inciso primero que, a partir de la publicación de esa norma, las instituciones se abstendrán de suscribir contratos destinados a la provisión de servicios de alimentación para los servidores públicos, agregando que: “Desde el año 2014 las instituciones del Estado no asignarán ni entregarán valor alguno para cubrir este servicio” (el subrayado me corresponde).

Finalmente, el inciso segundo de la citada Disposición Transitoria Segunda prevé que el “Ministerio de Relaciones Laborales, a partir de la publicación de la presente norma, no aprobará nuevos casos especiales donde se entregue el valor en monetario u otras autorizaciones” (el subrayado me corresponde).

De lo referido se observa que: i) las instituciones públicas, sobre la base de las disponibilidades presupuestarias, pueden implementar, en beneficio de los servidores, el servicio de alimentación, a través de la contratación de empresas especializadas; ii) de acuerdo con lo previsto en el RGLOSEP, el monto máximo de pago será el establecido de conformidad con los techos que para el efecto determine el actual MDT, previo dictamen favorable del MEF; iii) corresponde al MDT emitir la norma técnica correspondiente; y, iv) el MDT, en la Disposición Transitoria Segunda de la Norma que Regula el Servicio de Alimentación, previó que, a partir de 2014, las instituciones del Estado no asignarán ni entregarán valor alguno para cubrir el servicio de alimentación y

tampoco dicha cartera de Estado aprobará nuevos casos especiales donde se entregue el valor en monetario u otras autorizaciones.

2.4. El beneficio de transporte. -

De conformidad con el inciso primero del artículo 237 del RGLOSEP, las instituciones *“en virtud de la disponibilidad presupuestaria, podrán implementar servicios de transporte para facilitar la movilización de las y los servidores públicos a las horas de entrada y salida de las jornadas de trabajo”*. El inciso segundo del artículo ibídem prevé que: *“El beneficio de transporte será proporcionado institucionalmente o a través de la contratación de empresas especializadas, que cumplan con todas las regulaciones para brindar estos servicios”*, determinadas por las autoridades competentes (el subrayado me corresponde).

El inciso cuarto del mismo artículo 237 del RGLOSEP establece que, con el propósito de optimizar recursos públicos, dos o más instituciones del Estado que se encuentren cercanas podrán suscribir convenios interinstitucionales que les permita contratar conjuntamente el servicio de transporte para sus servidores. El penúltimo inciso del artículo ibídem dispone que: *“El servicio de transporte no podrá ser cancelado en dinero, salvo los casos en que las instituciones si cuenten con el servicio de transporte y que por motivos operativos se vean imposibilitados de ampliar la ruta hacia algún o algunos servidores”*, en cuyo caso se les podrá reconocer en dinero, conforme el monto de transporte establecido para los servidores que sí pueden hacer uso del servicio, dentro del convenio con la empresa de transporte.

El inciso final del mencionado artículo 237 agrega que, si en razón del ejercicio de sus funciones un servidor debe movilizarse a diversos lugares dentro de una misma ciudad, tendrá derecho a que se cancele en forma previa el valor correspondiente a las movilizaciones a efectuarse, debiendo justificar el valor de las mismas con la correspondiente hoja de ruta y documentos que acrediten el cumplimiento de las actividades asignadas, con cargo al fondo de reposición.

Al respecto, con oficio No. 11171, de 21 de diciembre de 2012, citado en oficio No. 12660, de 04 de abril de 2013, este organismo concluyó que.

“(…) los servidores públicos amparados por la LOSEP, que laboren en jornada ordinaria o especial, se podrán beneficiar del servicio de transporte que otorgue esa Entidad, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP y el artículo 237 de su Reglamento General. En consecuencia, no

procede el pago a los servidores del valor correspondiente a transporte sino solo por excepción cuando por razones operativas, el servicio que preste o contrate la entidad, no pueda ser ampliado a todos los servidores.

(...) la prestación del servicio de transporte o su pago por excepción, están sujetos a que exista la respectiva asignación presupuestaria, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas” (el subrayado me corresponde).

De lo referido se concluye que: *i)* las instituciones públicas, en virtud de la disponibilidad presupuestaria, podrán implementar servicios de transporte a través de la contratación de empresas especializadas; *ii)* el servicio de transporte no puede ser cancelado en dinero, salvo los casos en que las instituciones sí cuenten con el servicio de transporte y que por motivos operativos se vean imposibilitados de ampliar la ruta hacia algún servidor; *iii)* la prestación del servicio de transporte o su pago por excepción, están sujetos a que exista la respectiva asignación presupuestaria; y, *iv)* el MDT no ha regulado expresamente la materia.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 y la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP; y, el artículo 236 de su Reglamento General, los gastos por transporte, alimentación y guardería, que causen egreso económico, deben ser regulados por el MDT, determinando a través de las respectivas normas técnicas los techos de gastos para cada uno de ellos, dentro de los cuales los gobiernos autónomos descentralizados pueden emitir sus regulaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del COOTAD.

En consideración de lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo de la Disposición Transitoria Segunda de la “*NORMA SUSTITUTIVA A LA NORMA QUE REGULA EL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN PARA LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS*”, a partir del 2014 las instituciones del Estado no asignarán ni entregarán valor alguno para cubrir el servicio de alimentación y tampoco el MDT aprobará nuevos casos especiales donde se entregue el valor en monetario u otras autorizaciones.

Respecto de la prestación del servicio de transporte, en atención a la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP; y, el artículo 237 de su Reglamento General, las instituciones públicas deberán observar la norma técnica que emita el MDT en la que se determine los techos de gastos y características para el efecto. Adicionalmente, las

instituciones públicas, en virtud de la disponibilidad presupuestaria, podrán implementar servicios de transporte a través de la contratación de empresas especializadas.

Finalmente, en relación al beneficio de guardería, según los artículos 23 letra p) de la LOSEP; 27 de la LODCH; 240 inciso final del Reglamento General a la LOSEP; y, la Disposición General Segunda de la *“NORMA QUE REGULA EL BENEFICIO DE GUARDERÍA PARA EL CUIDADO DIARIO INFANTIL A FAVOR DE LAS HIJAS Y LOS HIJOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, O NIÑAS Y NIÑOS QUE SE ENCUENTREN BAJO CUIDADO O PATRIA POTESTAD DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS, HASTA EL DÍA QUE CUMPLAN LOS 5 AÑOS DE EDAD”*, en caso de que los gobiernos autónomos descentralizados no cuenten con centros de cuidado infantil para brindar dicho beneficio; no puedan crear un centro de cuidado infantil; o, no puedan suscribir convenios con otras instituciones del Estado para la utilización de centros de cuidado infantil ya creados, pueden cancelarlo a través de un pago monetario, según lo determinado en el artículo 7 ibídem, el mismo que será considerado como techo, para cuyo efecto, les corresponde emitir el acto normativo respectivo, observando su real capacidad económica y demás lineamientos emitidos por el MDT.

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

Atentamente,



Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Mgs. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa
Ministra del Trabajo

Oficio No. 09221

Quito, DM, 29 de octubre de 2024

Ingeniera

Janeth Yesenia Arias Cordero

GERENTE GENERAL

EMPRESA PÚBLICA DE DESARROLLO Y CONSTRUCCIONES DEL GOBIERNO
AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE NAPO - EP-EMPRODECO
Tena.

De mi consideración:

Mediante oficio No. EP-EMPRODECO-GG-2024-078, de 05 de julio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“¿Según el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las empresas Públicas pueden realizar procesos de contratación de Régimen Común para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales adquiridas de forma individual mediante régimen especial?”.

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, mediante oficios No. 07755, de 11 de julio de 2024, y No. 08047, de 31 julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Servicio Nacional del Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. El requerimiento realizado por este organismo fue atendido, por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, con oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0201-OF, de 19 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el 22 de agosto de 2024.

1.2. El informe jurídico de la Empresa Pública de Desarrollo y Construcciones del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Napo en adelante, “EP

EMPRODECO”), con número GADPN-EP-EMPRODECO-CJ-2024-0006, de 12 de junio de 2024, citó, en lo principal, los artículos 226 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 4, 10, 11 y 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en adelante, “LOEP”); 47 y 110 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, “COA”); 2 y 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, “LOSNCNCP”); 266 del Reglamento General LOSNCNCP⁵ (en adelante, “RGLOSNCNCP”); 406-03 Contratación y 408-02 Gestión delegada de las Normas de Control Interno 004-CG-2023⁶; 1, 2, 3 y 16 de la Ordenanza de Creación, Organización y Funcionamiento de la EP- EMPRODECO⁷; y, 1, 2, 7, 9 y 11 del Reglamento para la Contratación con Alianzas Estratégicas de la EP- EMPRODECO⁸ con base en los cuales efectúa el siguiente análisis jurídico:

“CRITERIO JURÍDICO

De lo antes citado, podemos denotar que la Empresa Pública de Desarrollo y Construcciones del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Napo, ha adquirido una obligación con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Tena, para la ‘CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO EMBLEMÁTICO PARA LA PARROQUIA AHUANO, CANTÓN TENA, PROVINCIA NAPO’ el cual se realizó bajo la modalidad de régimen especial.

Del INFORME TÉCNICO- DESCOMPOSICIÓN DE PROYECTO RE-CEP-GADMTENA-2024-002 emitido por parte de la Arq. Marcela Alexandra Hato Llamuca, se observa que en la Descomposición del proyecto se menciona ‘PROCESO DE RÉGIMEN COMÚN – COTIZACIÓN DE OBRA: ‘CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO EMBLEMÁTICO PARA LA PARROQUIA AHUANO, CANTÓN TENA, PROVINCIA NAPO’, más sin embargo en las conclusiones y recomendaciones de dicho informe se estipula ‘se recomienda iniciar con el proceso de una Alianza Estratégica, para ejecutar el proyecto’.

El artículo 122 del Código Orgánico Administrativo menciona que ‘El informe debe aportar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa’ El acto administrativo debe satisfacer todos los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma, y deben producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo, el vicio muy

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

² LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

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

⁴ LOSNCNCP, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 4 de agosto de 2008

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

⁶ Normas de Control Interno 004-CG-2023, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023

⁷ Ordenanza de Creación, Organización y Funcionamiento de la EP- EMPRODECO, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 787 de 12 de septiembre de 2012

⁸ Reglamento Para la Contratación Con Alianzas Estratégicas De la EP- EMPRODECO

leve no afecta la validez del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad del agente público. Por lo tanto, existe la necesidad de convalidar el informe técnico emitido por la Arq. Marcela Alexandra Haro Llamuca, o en su defecto aclararlo mediante un alcance al mismo.

La naturaleza de las alianzas estratégicas es el acuerdo de voluntades en la que las partes buscan la realización de un objetivo específico, aportando cada uno desde sus facultades, cumpliendo con las normas legales vigentes, a esto hace alusión que los funcionarios deben estar actualizados de conocimiento.

Sobre las reformas realizadas al artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se desprende que se prohíbe a las instituciones del sector público, empresas públicas o empresas constituidas con el 50% de los recursos estatales, participen en la contratación interadministrativa en asociación o consorcio o a través de los mecanismos estipulados en los artículos 35 y 36 de la ley orgánica de empresas públicas, prohibición que se extiende a todas las fases del procedimiento de régimen especial bajo la modalidad de contratación interadministrativa.

De acuerdo con el artículo 34 de la LOEP, las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación, uno común y otro especial. Respecto al régimen común, el numeral 2 de esas normas prevé que las contrataciones ‘de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realice las empresas públicas’ se sujetan a la LOSNCP y su reglamento, lo que guarda armonía con el objeto y ámbito de aplicación de la LOSNCP, establecido por su artículo 1.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 34 de la LOEP regula el régimen especial de contratación en las empresas públicas, aplicable para los casos en que éstas hubieren suscrito contratos o convenios tales como “alianzas estratégicas, asociación, consorcio y otros de naturaleza similar, esto es aquellos que instrumentan la capacidad asociativa de las empresas públicas a los que se refiere el artículo 35 ibídem, (...).

Cabe agregar que, de acuerdo con el artículo 288 de la CRE, las compras públicas deben cumplir con ‘criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social (...)’, y que, entre los principios para la aplicación de la LOSNCP, previstos en su artículo 4, constan los de legalidad, igualdad y concurrencia, que tienen por finalidad permitir la mayor participación de proveedores en los procedimientos convocados para la celebración de los contratos sujetos a esa ley.

Adicionalmente, la Ley Orgánica para el Ahorro y la Monetización de Recursos Económicos para el Financiamiento de la Lucha contra la corrupción que sustituyó el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, que regula la contratación interadministrativa a la que se refiere la consulta, incluyó también el fortalecimiento de la transparencia y la integridad como uno de los objetivos del sistema nacional de contratación pública.

La LOSNCP y su reglamento, al regular la contratación interadministrativa, no restringen la aplicación de ese régimen especial únicamente a la fase precontractual, sino que expresamente se refieren a los contratos resultantes a la contratación interadministrativa.

En tal contexto, tanto el régimen común como el régimen especial están a disposición de la Empresa Pública de Desarrollo y Construcciones del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Napo para su correcta aplicación.

RECOMENDACIÓN

Al existir la resolución administrativa Nro. GADMT-A-2024-0215-R de adjudicación del proceso código RE-CEP-GADTENA-2024-002 para la ‘CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO EMBLEMÁTICO PARA LA PARROQUIA AHUANO. CANTÓN TENA, PROVINCIA NAPO’ la Empresa Pública de Desarrollo y Construcciones del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Napo está obligada a dar cumplimiento al objeto contractual establecido, por lo cual se recomienda cumplir con la correcta ejecución del proyecto, tomando en cuenta lo antes expuesto, de conformidad con la normativa legal vigente y su correcta aplicación”.

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 82, 227, 288, 424, 425 de la CRE; 12, 17 de la LOSNCP; 35, 36 de la LOEP, de acuerdo con los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“II. ANÁLISIS JURÍDICO APLICABLE (...)

1. CONTRATACIONES EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS:

a) Régimen Común: (...)

En este contexto, es necesario precisar que el número 2 del artículo 34 de la LOEP (RÉGIMEN

COMÚN), establece que las empresas públicas aplicarán a todas sus contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables (...) (El resaltado y subrayado pertenece al texto original)

b) Régimen Especial: (...)

Es necesario aclarar que el régimen especial establecido en la LOEP, no se relaciona con los procedimientos de régimen especial prescritos en el artículo 2 de la LOSNCP, siendo una atribución del gerente general de la empresa pública acorde al artículo 11 número 3 de la LOEP, el suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el directorio; por lo tanto, si en el contrato o convenio existe vacíos de manera supletoria se aplicará la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...)

III. PRONUNCIAMIENTO

3.1. En respuesta a la consulta planteada, se concluye que el artículo 34 de la LOEP en su número 2 faculta a las empresas públicas a realizar sus contrataciones (de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría) de RÉGIMEN COMÚN al amparo de la LOSNCP, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables; y, en el número 3 del artículo en referencia, concerniente al **RÉGIMEN ESPECIAL**, es diáfano y claro al indicar que las empresas públicas al suscribir contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será dicho instrumento (convenio o contrato) el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. Única y exclusivamente en lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (El subrayado y resaltado pertenece al texto original).

1.4. De lo expuesto se observa que los criterios jurídicos analizados concuerdan en considerar tanto el régimen común como el régimen especial están a disposición de las Empresas Públicas. Por su parte, el SERCOP precisa que en cuanto al régimen especial de la LOEP será dicho instrumento (convenio o contrato) el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. Única y exclusivamente en lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones establecidas en la LOSNCP.

2. Análisis. –

Para atender la consulta, el análisis considerará los siguientes puntos: *i)* Regímenes de contratación de las empresas públicas; *ii)* Régimen especial de contratación previsto por la LOSNCP y su reglamento; y, *iii)* Cesión y Subcontratación.

2.1. Regímenes de contratación de las empresas públicas. -

Según el artículo 315 de la CRE, el Estado constituirá empresas públicas para *“la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”*, las que estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes y funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Similar disposición contiene el artículo 4 de la LOEP.

El artículo 5 de la LOEP establece las empresas públicas se constituirán mediante *“acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados”*; y agrega que: *“Las empresas públicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.”* así como el *“domicilio principal de la empresa estará en el lugar que se determine en su acto de creación y podrá establecerse agencias o unidades de negocio, dentro o fuera del país.*

De acuerdo con el artículo 34 de la LOEP, las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación, uno común y otro especial.

Respecto del régimen común, el número 2 de esa norma prevé que las contrataciones *“de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas”*, se sujetan a la LOSNCP y su reglamento. Por su parte, el número 3 del artículo 34 de la LOEP regula el régimen especial de contratación en las empresas públicas, aplicable para los casos en que estas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: *“alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar”*, esto es, aquellos que instrumentan la capacidad asociativa de las empresas públicas a los que se refiere el artículo 35 *ibidem*⁹, previendo que: *“será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable”*, agregando que: *“En lo no previsto en el respectivo convenio o*

⁹ LOEP, Art. 35.- Capacidad asociativa.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República. (...)

contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

De las normas citadas se observa que: *i)* los Gobiernos Autónomos Descentralizados pueden constituir empresas públicas sometidas al régimen de la LOEP; *ii)* conforme la LOEP, las contrataciones que efectúen las empresas públicas se sujetan a dos regímenes jurídicos: el común y el especial; *iii)* para contratar, las empresas públicas se sujetan al régimen especial, según la LOEP, cuando suscriben contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcio u otros similares, conforme a su artículo 35; *iv)* el régimen común de contratación de las empresas públicas se rige por la LOSNCP, para las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría según su ámbito de aplicación. La LOSNCP establece un régimen especial de contrataciones interadministrativas, que se examinará en el siguiente acápite; y, *v)* el régimen especial de contratación en las empresas públicas, en los términos de la LOEP, se aplica para los casos en que estas, en ejercicio de su capacidad asociativa, hubieren suscrito alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios u otros de naturaleza similar, que se rigen por el convenio asociativo o contrato, en el que se establecerá los procedimientos de contratación, siendo aplicable la LOSNCP únicamente en lo no previsto en aquellos.

2.2. Régimen especial de contratación previsto por la LOSNCP y su reglamento. -

El número 6 del artículo 6 de la LOSNCP define al contratista como:

“(...) la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”.

Por otra parte, para la celebración de los contratos sujetos al régimen especial, esto es, la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, el artículo 2 de la LOSNCP prevé la aplicación de este régimen para los contratos que celebren las entidades públicas entre sí, con empresas públicas, estas entre sí o con **“empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el 50% a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”** (Énfasis añadido). Adicionalmente, los incisos tercero y cuarto del número 8 ibidem establecen que:

“La contratación interadministrativa no será utilizada como mecanismo de evasión de los procedimientos previstos en esta Ley, o como mecanismo de intermediación; por lo que si se detecta, estas anomalías se presumirá la evasión o intermediación, y se aplicarán las sanciones que correspondan.

Las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, podrán utilizar el régimen especial para contrataciones del giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.”.

Por su parte, los artículos 199 y 200 del RGLOSNCNP desarrollan el régimen especial previsto en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP. Al respecto, el artículo 199 del RGLOSNCNP, relacionado a la materia de la consulta, dispone que se sujetarán al procedimiento establecido en la Sección XI “*Contratos entre Entidades Públicas o sus Subsidiarias*”, exclusivamente las contrataciones que celebre “*el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas nacionales o extranjeras, o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el 50% a entidades de derecho público nacionales o de los Estados de la comunidad internacional, o las subsidiarias de estas; y las empresas entre sí*”. Adicionalmente, señala que en dicho proceso el “*contratista deberá contar con capacidad técnica y jurídica para ejecutar el objeto materia de la contratación*”.

En este contexto, el artículo 200 del RGLOSNCNP únicamente establece el procedimiento para la fase precontractual¹⁰.

Por lo tanto, podemos concluir que las contrataciones de régimen común de las empresas públicas, según la propia LOEP, se sujetan a la LOSNCP; y, en ese contexto, le es aplicable el régimen especial establecido por el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP, que desarrollan los artículos 199 y 200 de su reglamento general.

2.3. Cesión y Subcontratación. -

Adicionalmente, la LOSNCP en el Título IV “*DE LOS CONTRATOS*”. Capítulo I “*DE LAS CAPACIDADES, INHABILIDADES O NULIDADES*” artículo 60 prevé que “*Los*

¹⁰ RGLOSNCNP, Art. 200 “*Procedimiento.- (Sustituido por el Art. 6 num. 75 del D.E. 206, R.O. 524-3S, 22- III-2024).- Se observará el siguiente procedimiento para la fase precontractual: 1. La máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, emitirá una resolución en la que aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento; 2. La resolución de la entidad contratante se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS, adjuntando la documentación descrita en el número anterior y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y la hora en que fenece el plazo para la recepción de las ofertas; 3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó en el Portal COMPRASPÚBLICAS; 4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, y dentro de un plazo que no podrá ser mayor a tres (3) días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal COMPRASPÚBLICAS; 5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, se procederá a la recepción de la oferta, por parte de la entidad o empresa invitada; y, 6. La entidad contratante realizará la apertura de ofertas en la fecha y hora señalada en los pliegos, en la que se verificará que se encuentren todos los requisitos solicitados en los mismos. De existir errores convalidables, la entidad contratante podrá solicitar al oferente su convalidación; y, 7. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará el contrato o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.”.*

contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”; y, en el Capítulo IV “DE LA CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN”, el artículo 78 establece la prohibición al contratista “de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”.

La consulta pretende determinar la procedencia jurídica de contratar, bajo régimen común, lo necesario para cumplir con un régimen especial previamente celebrado entre entidades públicas y/o empresas públicas, lo cual hace necesario referirse a la subcontratación normada en el artículo 79 de la LOSNCP en el siguiente tenor:

“Art. 79.- Subcontratación. - El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley”.

Como se puede apreciar, el artículo 79 de la LOSNCP es determinante al disponer que la entidad contratante no adquiere ningún tipo de responsabilidad con el subcontratado ni con su personal, ya que, como la misma disposición lo prevé, la subcontratación la realiza el contratista bajo su cuenta y riesgo. Es decir que, si bien el subcontratista participa en la ejecución del objeto del contrato, este no es parte del contrato suscrito con la entidad pública contratante; y, las obligaciones que existan entre el contratista y su subcontratista, proveedores, trabajadores y otros son ajenas a la entidad contratante.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier obligación que tenga el contratista respecto de su subcontratista, no implica la existencia de una obligación entre la entidad

contratante y el subcontratista, estando además prohibida para el contratista la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los contratos regulados por la LOSNCP, conforme el artículo 78 de la LOSNCP.

Así, las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en la misma LOSNCP.

Respecto de la subcontratación, el artículo 266 del Reglamento General a la LOSNCP señala lo siguiente:

***“Art. 266.- Subcontratación. - Se entenderá por subcontratación a la práctica contractual en virtud de la cual el contratista, encarga a otro, llamado subcontratista, la realización de una parte del objeto del contrato, previa autorización de la entidad contratante.*”**

Conforme al artículo 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contratista podrá subcontratar con terceros, registrados y habilitados en el Registro Único de Proveedores, RUP, parte de sus prestaciones, siempre y cuando la entidad contratante apruebe por escrito previamente la subcontratación hasta un porcentaje no mayor al 30% debidamente justificado. Con excepción de los contratos de consultoría que prevean la ejecución de servicios de apoyo que no puedan ser provistos de manera directa por el consultor, en los cuales se podrán subcontratar, según los porcentajes previstos en la negociación, sin que exista límite para ello.

La aprobación será efectuada por la máxima autoridad o su delegado, previo informe del administrador del contrato, salvo los casos de licitación o cotización de obras, en los cuales el administrador será el responsable de vigilar el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas. En el caso de contratistas extranjeros, éstos se comprometerán a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los subcontratistas nacionales.

Es obligación de las entidades contratantes verificar que en la subcontratación, no se incurra en la prohibición establecida en el primer inciso de la Disposición General Segunda de la Ley.

No se considera subcontratación, la adquisición o arrendamiento de la materia prima, materiales, insumos o medios indispensables que sean necesarios para el desarrollo de las actividades propias del contratista para cumplir con el objeto del contrato, en consideración a que la provisión de materiales para la

ejecución del contrato no implica la participación directa del tercero en la ejecución de las prestaciones contraídas por el contratista frente a la entidad contratante” (Énfasis añadido).

De lo citado se desprende que: *i)* las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP en calidad de contratistas observarán los procedimientos de selección previstos en la misma LOSNCP; *ii)* la subcontratación se puede realizar previa autorización de la entidad contratante, así el contratista mantiene responsabilidad frente a la contratante; *iii)* es obligación de las entidades contratantes verificar que en la subcontratación no se incurra en prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y en particular la contenida en el primer inciso de la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

3. Pronunciamiento.

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con el artículo 34 de la LOEP, las empresas públicas al suscribir contratos o convenios como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios u otros de naturaleza similar, se registrarán por el respectivo instrumento (convenio o contrato) mismo que establecerá los procedimientos de contratación y la normativa aplicable. El régimen común establecido en la LOSNCP será aplicable únicamente en aquellos aspectos no previstos en dichos contratos. Asimismo, para el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas de manera individual bajo un régimen especial se requiere la autorización previa de la entidad contratante, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2, número 8, 79 de la LOSNCP y 266 del RGLOSNCP.

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



Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec