

Defendemos al Estado para proteger tus derechos





#### 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 agosto 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	1-ago-24	PREFECTURA DE LOJA PLAZO MÁXIMO DE PAGO	4
2	1-ago-24	MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA RECONOCIMIENTO ECONÓMICO PASANTÍAS	15
3	5-ago-24	EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM PAGO DE UTILIDADES A TRABAJADORES DEL SECTOR ELÉCTRICO EMPRESA MIXTA	25
4	7-ago-24	GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN JIPIJAPA EXPROPIACIÓN DE BIEN SITUADO EN OTRO CANTÓN	35
5	14-ago-24	MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE PAGO DÉCIMO TERCERA Y DÉCIMO CUARTA PENSIONES A TRABAJADORES JUBILADOS	41
6	14-ago-24	SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS PRORROGA DE FUNCIONES DE SERVIDORES SUJETOS A PERÍODO FIJO	50
7	15-ago-24	INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES PRORROGA FUNCIONES A REPRESENTANTES ESTUDIANTILES ANTE ÓRGANO COLEGIADO	<i>57</i>
8	21-ago-24	GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN EL EMPALME ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA O PROTOCOLIZAR ACTAS DE MEDIACIÓN	68
9	21-ago-24	EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO - UTA EP PLAZO PARA EMITIR AUTORIZACIÓN DE IMPORTACIÓN POR PARTE DE SERCOP	<i>7</i> 3
10	22-ago-24	ESCUELA POLITÉCNICA DEL CHIMBORAZO DEVENGACIÓN POR LICENCIAS PARA ESTUDIOS DE DOCENTES	84
11	27-ago-24	EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO EXONERACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE PARA ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PÚBLICOS	99
12	28-ago-24	CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CNEL EP CONDONACIÓN DE DEUDAS POR SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR EL TERREMOTO DE 2016 A USUARIOS FINALES	107
13	29-ago-24	EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR CONTRATOS DE OBRAS O SERVICIOS ESPECÍFICOS PREVISTOS EN LA LH	119
14	29-ago-24	EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE SANTA ROSA E.P. EMASEP CONTRATACIÓN SERVICIO DE CAPACITACIÓN	132



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

Oficio No.

08054

Quito, D.M., [ 1 AGO 2024

Ingeniero
Mario Mancino Valdivieso
PREFECTO
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA
Presente.

#### De mi consideración:

Mediante oficio No. GPL-MJMV-272-2024, de 25 de abril de 2024, ingresado en la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja el 7 de mayo del presente año, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRLJ-2024-00082, de 13 de mayo de 2024, recibido el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

"¿Dado que el Capítulo V, 'Recepciones y Liquidación Contractual' del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contiene el artículo 326.- 'Liquidación del contrato', del cual se deriva el artículo 326.1 'Pagos', que establece el término máximo de pago de treinta días; esta disposición hace referencia a todo pago que deba la entidad por concepto de contratos, o únicamente aplica para las recepciones y liquidaciones contractuales? (sic)."

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 elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios No. 06838 y No. 06839, de 15 de mayo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante "CGE"); y, al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante "SERCOP"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 07242, de 12 de junio de 2023, este organismo insistió en dicho requerimiento al SERCOP.
- 1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden: *i)* por la Directora Nacional Jurídica de la CGE, mediante oficio No. 230-DNJ-2024, de 23 de mayo de 2024, recibido en el correo institucional de este organismo el mismo día; y, *ii)* por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, con oficio No. SERCOP-





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

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 2

CGAJ-2024-0162-OF, de 30 de junio de 2023, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 1 de julio de 2024.

1.3. El informe jurídico contenido en memorando No. GPL-DCP-PS-2024-270-M, de 25 de abril de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja (en adelante "GADP Loja"), citó los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante "CRE"); 4, 101 y la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, "LOSNCP"); y, 326.1 de su Reglamento General³ (en adelante "RGLOSNCP"), agregado mediante Decreto Ejecutivo No. 206⁴ y reformado por la Disposición Reformatoria Única del Decreto Ejecutivo No. 239⁵; con fundamento en los cuales concluyó:

"En conclusión debo manifestar que, la sanción determinada en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin duda alguna castiga el retardo indebido de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante, es decir, el contratista que pretenda reclamar o demandar el pago en vía administrativa o judicial, lo realizará por cualquier pago que se le deba, pues la normativa del artículo 326.1. le ha dado acceso a ello, sin dejar de lado obviamente las garantías constitucionales que le garantizan su derecho al trabajo remunerado de manera oportuna.

Finalmente, dejo sentado que el suscrito Procurador Síndico es del criterio que, el término previsto en el artículo 326.1, regula todo pago que la entidad deba realizar, por concepto de contratos celebrados, conforme las cláusulas contractuales lo han establecido" (el énfasis corresponde al texto original).

1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la CGE citó los artículos 212 numeral 4 de la CRE; 5, 22, 24 y 81 de la LOSNCP; 1.1, 54 y 327 del RGLOSNCP; 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>6</sup> (en adelante, "COPLAFIP"); 31 numeral 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado<sup>7</sup> (en adelante, "LOCGE"); 2, 3 y 4 del Acuerdo No. 041-CG-2018<sup>8</sup> que contiene el Reglamento para la Absolución de Consultas que emita la Contraloría General del Estado; 4 de la Ley Orgánica de Pagos en Plazos Justos, Primero las MYPES<sup>9</sup> (en adelante, "LOPJ MYPES"); 5 y Disposición Reformatoria Única del Reglamento General de la LOPJ<sup>10</sup> (en adelante, "RGLOPJ"); 18 reglas 1a, 2a, 4a, 6a, 7a y 30 del Código Civil<sup>11</sup> (en adelante, "CC") luego de lo cual, analizó y concluyó lo siguiente:

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

LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

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

<sup>\*</sup> Decreto Ejecutivo No. 206, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 524 de 22 de marzo de 2024.

Decreto Ejecutivo No. 239, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 549 de 1 de mayo de 2024

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

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

<sup>\*</sup> Acuerdo No. 041-CG-2018, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 288 de 20 de julio de 2018.

<sup>4</sup> LOPJ MYPES, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 194 de 22 de noviembre de 2022

<sup>10</sup> RGLOPJ, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 549 de 1 de mayo de 2024.

<sup>11</sup> CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

C +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 3

## "2. ANÁLISIS

(...)

En relación a la circunstancia planteada en la consulta formulada por el Prefecto de la Provincia de Loja, siempre que la entidad contratante hubiese finalizado todos los trámites institucionales necesarios para el procesamiento del pago al beneficiario y/o agotado todas las vías disponibles para el efecto; la falta de pago en el tiempo establecido sería provocado por un evento ajeno a la voluntad de la persona obligada a cumplirlo, pues esto se derivaría de la carencia de recursos económicos en la caja fiscal, conllevando que el acto sea imprevisible, ya que no se podría haber conocido previamente que existiría falta o insuficiencia de las asignaciones pecuniarias de orden legal; así mismo que el mismo sea insuperable por la entidad contratante porque correspondería al ámbito de las competencias del Ministerio de Finanzas.

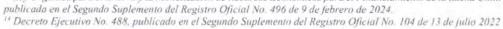
#### 3. CONCLUSIONES:

Por lo expuesto, del análisis de los fundamentos de hecho y derecho en documentos remitidos; de acuerdo a lo previsto en el artículo 18.1 del Código Civil, mismo que reza: 'Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu'; se colige que el artículo 326.1 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es perfectamente armónico con la normativa citada en el presente análisis y no se ha identificado oscuridad alguna para su aplicación; en virtud de lo cual, no se considera necesario emitir criterio legal alguno; sin embargo, las entidades contratantes con el fin de cumplir sus obligaciones contractuales, a más de aplicar las normas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las Resoluciones y circulares emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, pueden optar por enmarcar sus actuaciones al amparo de las leyes vigentes del Derecho Público y de manera supletoria las normas preceptuadas en el Código Civil" (el énfasis me corresponde).

1.5. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó los artículos 227, 288, 424 y 425 de la CRE; 14 del Código Orgánico Administrativo<sup>12</sup> (en adelante "COA"); Disposición Reformatoria Tercera de la Ley Orgánica para el Ahorro y la Monetización de Recursos Económicos para el Financiamiento de la Lucha contra la Corrupción<sup>13</sup>; artículo 10 numerales 12 y 17 de la LOSNCP; 326 y Disposición Final del RGLOSNCP que fue reformada por el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 488<sup>14</sup>; 7 y 1561 del CC; y en tal sentido concluyó lo siguiente:

#### "III. PRONUNCIAMIENTO .-

Ley Orgánica para el Ahorro y la Monetización de Recursos Económicos para el Financiamiento de la Lucha Contra la Corrupción, publicada en al Segundo Sinlamento del Registro Oficial No. 496 de 9 de februro de 2024.





<sup>12</sup> COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.





Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

C +593 2 2941300

■ www.pge.gob.ec

♥ aPGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 4

En respuesta a la consulta planteada, se concluye que la disposición del artículo 326.1 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma todo lo relativo a los pagos que adeuden las entidades contratantes a los contratistas, el cual deberá ser cumplido en el término de 30 días acorde a lo establecido en la cláusula correspondiente para tramitar los pagos definida en el contrato, el cual al amparo del artículo 1561 del Código Civil constituye ley para los contratantes.

Advirtiendo que existe una salvaguarda a favor de los contratistas con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales más aún cuando ya las entidades contratantes han recibido el objeto de contratación y existe una demora injustificada para el pago al contratista. Para ahondar en este problema es menester indicar que las entidades contratantes una vez recibido el objeto contractual, no hubieren procedido con el desembolso en el término de 30 días posteriores a la solicitud de pago; o, si incumplieren de manera injustificada con la cláusula concerniente a pagos establecida en el contrato, los funcionarios a quienes les incumba dicha responsabilidad serán objeto de las acciones establecidas en el artículo 101 de la LOSNCP, por la retención indebida de pagos.

Correlativo, el contratista tiene la potestad de demandar sus derechos contra los funcionarios responsables del pago bajo su decisión de solicitar que se reconozca el pago de intereses legales y los daños y perjuicios que justificare por el incumplimiento del pago en el término establecido.

Sin embargo, los contratistas no podrán alegar retención indebida de pagos, cuando las entidades contratantes hayan finalizado los trámites institucionales para el pago correspondiente y el pago no se realice por falta de liquidez o caída de ingresos de la caja fiscal.

Concomitante, en caso de conflicto entre las entidades contratantes y los contratistas, podrán de mutuo acuerdo o a través de mecanismos de solución de conflictos establecer un cronograma de pagos siempre que el contrato se encuentre en la fase de ejecución" (el énfasis corresponde al texto original).

1.6. De lo expuesto, se observa que los criterios jurídicos previamente citados concluyen de forma similar en que, de acuerdo con los artículos 101 de la LOSNCP y 326.1 del RGLOSNCP, todo pago relacionado con un procedimiento de contratación pública debe cumplirse en el término máximo de 30 días, conforme la cláusula de pagos prevista en el contrato. En caso de no cumplirse el término previsto en el contrato, los servidores responsables podrán incurrir en las sanciones establecidas por la retención indebida de pago, salvo los casos en que la mora en el pago sea causada por problemas de liquidez del Estado.



GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 5

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Las normas sobre el pago de obligaciones contractuales en materia de contratación pública; y, *ii)* Retención indebida de Pagos y pronunciamientos previos sobre la materia.

#### 2.1. Normas sobre el pago de obligaciones en contratación pública. -

La LOSNCP establece "los principios y normas para regular los procedimientos de contratación pública", conforme su objeto y ámbito definido en su artículo 1. En este contexto el artículo 4 ibidem, contempla que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella derivan "se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional". El artículo 5 ibidem reitera que los procedimientos y los contratos sometidos a dicha ley "se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato" (el énfasis me corresponde).

En este ámbito, el segundo inciso del artículo 70 ibidem, referente a la administración del contrato, establece que en el expediente de contratación "se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos (...)". En armonía con lo anterior, el artículo 303 numeral 18 del RGLOSNP incluye como parte de las atribuciones del administrador de contrato el "Preparar y organizar el expediente de toda la gestión de administración del contrato, dejando evidencia documental a efectos de las auditorias ulteriores que los órganos de control del Estado realicen" (el énfasis me corresponde).

En tal contexto, el primer inciso del artículo 71 de la LOSNCP establece que es obligación incluir una cláusula "(...) relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de quince (15) días" (énfasis añadido). El tercer inciso del referido artículo aclara que las multas para la entidad contratante por incumplimientos deberán observar lo que establece la LOSNCP y las cláusulas contractuales, "específicamente sobre (...), las fechas de entrega y el plazo máximo de pago luego de haber recibido la obra, de conformidad con los plazos considerados para pagar la totalidad, establecidos en la Ley Orgánica de Pagos en Plazos Justos" (énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 4 de la LOPJ MYPES establece los siguientes plazos para pagar a las MYPES que integran la Economía Popular y Solidaria: i) "Dentro del plazo de 45 días, a partir del primer año"; y, ii) "Dentro del plazo de 30 días a partir del segundo año". Los plazos antes indicados se contabilizarán, de acuerdo con el tercer inciso ibidem, según "lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública







♥ ¤PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 6

(...) toda vez que el objeto de la contratación pública debe ser adecuadamente recibido." (el énfasis me corresponde).

En consecuencia, el cuarto inciso del artículo 71 de la LOSNCP establece que, en caso de incurrir en el incumplimiento de los plazos de pago por la entidad contratante, "se aplicará lo establecido en el artículo 101<sup>15</sup> de esta Ley" que refiere la retención indebida de pagos, que se analizará en el numeral 2.2. del presente pronunciamiento.

Por otra parte, sobre la recepción y liquidación de los contratos el RGLOSNCP en su Título V "FASE DE SUSCRIPCIÓN Y FASE CONTRACTUAL O EJECUCIÓN CONTRACTUAL", Capítulo V "RECEPCIONES Y LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL", artículos 316 al 326.2, trata los procedimientos para las recepciones: provisional, parcial, total y definitivas en los distintos procedimientos de contratación pública; los contenidos de las actas entrega recepción, su liquidación económica; y, los pagos que son materia de su consulta.

En este marco, las actas de entrega recepción y la constancia de satisfacción de la entidad contratante fueron analizadas por la Procuraduría General del Estado en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04808, de 12 de diciembre de 2023. Dicho pronunciamiento concluyó lo siguiente:

"De lo manifestado se observa que: (...) iii) las actas de entrega recepción deben contener entre otros aspectos, la liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precio y cualquier otro aspecto necesario; iiv) en todos los procedimientos contractuales la recepción debe hacerse de conformidad con lo establecido en el contrato y a entera satisfacción de la entidad contratante" (el énfasis corresponde al texto original).

En el mismo tenor, el artículo 325 del RGLOSNCP, referente al contenido de las actas en su inciso segundo establece que deberá incluirse, entre otros puntos, la "liquidación económica".

Además, el artículo 326 del RGLOSNCP, sobre la liquidación del contrato, establece que "(...) se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes (...)". Se puede inferir que la liquidación económica que forma parte de las actas entrega recepción está directamente relacionada con los pagos a realizarse durante la ejecución contractual y su liquidación. (El énfasis me corresponde)

La multa será impuesta observando el procedimiento previsto en la Disposición General Primera de esta Ley. El Servicio Nacional de Contratación Pública vigilará el cumplimiento de esta disposición." (El enfasis me corresponde)

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> LOSNCP, "Art. 101.- Retención indebida de pagos.- El funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 7

En este contexto, el artículo 326.1 ibidem, respecto de los pagos, en sus tres primeros incisos señala:

"Cualquier pago que se deba al contratista se regirá a la cláusula para la tramitación de pagos establecida en el contrato.

En ningún caso los pagos excederán el término máximo de treinta (30) días para efectuarse.

Una vez efectuada la recepción, si es que no se ha realizado el desembolso en treinta (30) días posteriores a la solicitud de pago o si es que se ha incumplido con lo previsto en la cláusula de tramitación de pagos, se presumirá la retención indebida de pago, y dará derecho a que el contratista demande, bajo su decisión, el pago de intereses legales y los daños y perjuicios que justificare" (el énfasis me corresponde).

En relación con lo anterior, la "solicitud de pago" se encuentra regulada en el acápite 403-09 "Pagos a beneficiarios" de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos<sup>16</sup>, que en su penúltimo inciso establece:

"Los pagos realizados por el ente responsable del Tesoro Nacional se originarán exclusivamente en el devengamiento y solicitud de pago realizado por las instituciones del sector público, el cumplimiento de los requisitos necesarios para respaldar una obligación legalmente exigible es de exclusiva responsabilidad de la entidad solicitante" (el énfasis me corresponde).

En virtud de lo mencionado, el cuarto inciso del artículo 326.1 ibidem, agrega que no se aplicará la retención indebida de pagos en los casos en que "la entidad contratante haya finalizado todos los trámites institucionales necesarios para el procesamiento del pago al beneficiario, pero el pago no se efectúe por problemas de liquidez o caída de ingresos de la caja fiscal". (El énfasis me corresponde)

Así, el último inciso del artículo 326.1 del RGLOSNCP, permite a las partes "convenir de mutuo acuerdo o a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias o conflictos un cronograma de pagos, según sea el caso" (el énfasis me corresponde).

Finalmente, sobre la posibilidad de reajustes de precios en los contratos de consultoría el ultimo inciso del artículo 284, establece que el consultor "presentará la planilla con los precios contractuales y la planilla de reajuste, esta última calculada de acuerdo con la fórmula estipulada en el contrato, valores que serán pagados hasta en el término máximo de 20 días de su presentación"; lo cual constituye otro caso de plazos máximos de pago (el énfasis me corresponde).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Normas de Control Interno, expedidas por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No. 004-CG-2023 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.





Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

← +593 2 2941300
 www.pge.gob.ec

₩ aPGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 8

De lo analizado podemos inferir que: *i*) el artículo 70 de la LOSNCP y el numeral 18 del artículo 303 del RGLOSNCP establecen que en el expediente contractual, preparado y organizado por el administrador de contrato, debe constar toda la información referente a los hechos, actuaciones y documentación relacionada con los pagos; *ii*) las entidades contratantes están obligadas al pago del anticipo dentro del término máximo de 15 días previsto en el artículo 71 de la LOSNCP, el cual podría ser inferior según los términos de la cláusula de pagos del contrato; *iii*) Una vez efectuada la recepción, si es que no se ha realizado el desembolso en treinta días posteriores a la solicitud de pago o si es que se ha incumplido con lo previsto en la cláusula de tramitación de pagos, se presumirá la retención indebida de pago; y, *iv*) se establecen dos casos de plazos máximos – distintos al antes mencionado – para el pago determinados en la LOSNCP y su Reglamento General: el primero sobre anticipos y el segundo por reajuste de precios en contratos de consultoría.

#### 2.2. Retención indebida de Pagos y pronunciamientos previos sobre la materia. -

En relación con lo mencionado en el apartado anterior, el artículo 101 de la LOSNCP y su Disposición General Primera<sup>17</sup>, tipifican la infracción administrativa de "retención indebida de pagos" que se sanciona con destitución del servidor y multa.

La infracción de retención indebida de pagos fue analizada por este organismo en el pronunciamiento y su aclaración contenidos en los oficios No. 03797, de 26 de septiembre de 2023 y No. 04289 de 31 de octubre del 2023, respectivamente. El primero de ellos examino las competencias de la CGE sobre la referida infracción, analizó y concluyó lo siguiente:

# "2.2. Las normas sobre la materia de las consultas y las competencias de la CGE. -

En el contexto referido en el acápite anterior, el artículo 101 de la LOSNCP y su Disposición General Primera, sustituida, en su orden tipifican la infracción administrativa de "retención indebida de pagos" que se sanciona con destitución del servidor y multa, que corresponde investigar y establecer a la CGE en los respectivos procesos de auditoría, sin perjuicio del régimen disciplinario correspondiente, que es el sumario administrativo, a cargo del Ministerio de Trabajo, por ser la destitución una falta grave según la letra b) del artículo 42 de la LOSEP. (El énfasis me corresponde)

Sin perjuicio de la anterior, la autoridad nominadora de la entidad contratante a la que pertenezca el servidor o funcionario deberá iniciar el régimen disciplinario respectivo en el plazo de diez (10) días contados a partir de que tuvo conocimiento de este particular e informará al SERCOP sobre los resultados del mismo" (El resaltado me corresponde).

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> LOSNCP, Disposición General Primera, sustituida por la Disposición. Reformatoria Novena de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Intégral Penal en Materia Anticorrupción, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 17 de febrero de 2021.

<sup>&</sup>quot;Primera.- Infracciones a la ley.- Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será considerada por la Contraloría General del Estado en los procesos de auditoria respectivos para determinar las responsabilidades administrativas y/o civiles culposas e indicios de responsabilidad penal a que hubiera lugar.



Q Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 9

En tal contexto, es oportuno considerar que el numeral 3 del artículo 76 de la CRE, referido a las garantías básicas del debido proceso, dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la CRE o la ley, y advierte que "sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". (El énfasis me corresponde)

(...)

Respecto de la CGE, el artículo 211 de CRE determina que es el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos del Estado<sup>18</sup> y el numeral 2 del artículo 212 ibídem 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", competencia que según la Corte Constitucional la ejerce "con procedimientos de investigación, con plazos para ejecutar su tarea y con garantías del debido proceso". (El énfasis me corresponde)

El artículo 88 de la LOCGE dispone la destitución de los servidores que "impidieren o no facilitaren la actividad de control de los recursos públicos" y faculta al Contralor General y los auditores gubernamentales para "exigir la presentación de documentos, tanto a personas naturales como jurídicas, funcionarios, ex funcionarios y terceros para fines de las labores de control (...)". (El énfasis me corresponde)

Adicionalmente, según lo examinado en el acápite anterior, las Normas de Control Interno establecen la posibilidad de que los archivos institucionales se conserven tanto en formato digital como físico, según el caso, a fin de facilitar la aplicación de controles internos.

Es oportuno considerar que el principio de coordinación, al que se refiere el artículo 9 del COA, surge del deber de las administraciones públicas y sus servidores de sujetarse al de legalidad que rige en derecho público, previsto por el artículo 226 de la CRE, que incluye "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"; así como el principio de irretroactividad de las normas.

12

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup>CRE, "Art. 211,- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos".

<sup>&</sup>quot; Art. 212 .- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

<sup>1.</sup> Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

<sup>2</sup> Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

<sup>3.</sup> Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.

<sup>4.</sup> Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite ".



♥ Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga ↓ +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 10

De lo analizado se aprecia que: i) es deber de las entidades públicas coordinar sus acciones para el cumplimiento de sus fines; ii) las infracciones administrativas se rigen por el principio de tipicidad, y las normas que las establecen no admiten interpretación analógica ni extensiva; iii) compete a la CGE establecer si los servidores públicos han incurrido en la infracción de retención indebida de pagos, tipificada por el artículo 101 de la LOSNCP, así como determinar, si fuere del caso, las respectivas responsabilidades siendo al efecto aplicables los procedimientos previstos por la LOCGE; y, iv) de acuerdo con el artículo 88 de la LOCGE, los auditores están facultados para solicitar a los servidores y ex servidores la presentación de documentos necesarios para las actividades de control de competencia de ese organismo."

En relación con el pronunciamiento citado, la CGE solicitó una reconsideración del mismo. En este sentido, con oficio No. 04289, de 31 de octubre de 2023, la Procuraduría, en relación a la retención indebida de pagos, aclaró:

#### "4. Aclaración del Pronunciamiento. -

Analizado su pedido se aclara el pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 03797, de 26 de septiembre 2023, respecto de la tercera consulta, en el sentido de que el procedimiento para imponer la sanción de destitución, proveniente de responsabilidad administrativa determinada en virtud de los exámenes de auditoría practicados por la CGE, se rige por la LOCGE; y, según el tenor del artículo 48 de esa ley, no se requiere la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora del servidor, sin perjuicio que de la autoridad nominadora de la entidad contratante, a la que pertenezca el servidor o funcionario tenga la facultad de iniciar el régimen disciplinario respectivo.

Del pronunciamiento y aclaración citados, podemos concluir que las actividades de la CGE incluyen el control de una presunta retención indebida de pagos, que debe realizarse conforme a los procedimientos establecidos en la LOCGE, garantizando el debido proceso y las garantías constitucionales.

#### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 71 y 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, el artículo 326.1 de su Reglamento General, cualquier pago que se deba al contratista se regirá según la cláusula para la tramitación de pagos establecida en el contrato, la cual en ningún caso podrá prever un término mayor al de treinta días.

Se aclara que el pago está condicionado al cumplimiento de la cláusula de tramitación de pagos establecida en cada contrato y a los procedimientos definidos para la recepción provisional, parcial, total y definitiva, según el tipo de proceso de contratación pública. No obstante, el tiempo antes indicado no se aplica a obligaciones que se rijan por un



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ⊕PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA 0005254-2024 Página. 11

término de pago diferente, como lo son el pago del anticipo o del reajuste de precios en consultoría.

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

e.C. Dr. Mauricio Torres Maldonado, PhD.

Contralor General del Estado

Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni

Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

PGEcuador @PGEcuador

Oficio No. 08053

Quito, D.M., £ 1 AGO 2024

Ingeniero
Franklin Danilo Palacios Márquez
MINISTRO
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. MAG-MAG-2024-0501-OF, de 14 de mayo de 2024, ingresado en la Procuraduria General del Estado al día siguiente, se formularon las siguientes consultas:

- "(...) 1. Conforme la normativa descrita, determina que las prácticas preprofesionales y/o pasantías no generan vínculo laboral, por lo cual, la frase 'podrán percibir un reconocimiento económico' constante en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ¿debe considerarse su aplicación de forma facultativa para cada institución?
- 2. ¿Queda a criterio del Ministerio de Agricultura y Ganadería, en virtud de su disponibilidad presupuestaria, entregar una retribución económica a los estudiantes que realicen prácticas preprofesionales en esta institución? (...)".

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios No. 07031 y No. 07032, de 30 de mayo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Consejo de Educación Superior (en adelante, "CES") y al Ministerio del Trabajo (en adelante, "MT"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales con relación a la materia objeto de las consultas.
- 1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones ingresadas: *i)* por la Subsecretaria de Normativa del MT, mediante oficio No. MDT-SN-2024-0429-O, de 10 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el mismo día; y, *ii)* por el Presidente del CES, mediante oficio No. CES-CES-2024-0703-CO, de 13 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría al día siguiente.
- 1.3. El informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. MAG-CGAJ-2024-0140-M, de 11 de abril de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Ministerio de Agricultura y Ganaderia (en adelante, "MAG"), citó los artículos





Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

# @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página. 2

87 de la Ley Orgánica de Educación Superior<sup>1</sup> (en adelante "LOES"); 42 del Reglamento de Régimen Académico<sup>2</sup> (en adelante "RRA"); 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>3</sup> (en adelante "LOSEP"); 11 del Instructivo General de Pasantías del Ministerio del Trabajo<sup>4</sup> (en adelante "IGP"); y, 149 del Reglamento a la LOSEP<sup>5</sup> (en adelante "RLOSEP"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

#### "3. Conclusiones. -

En conclusión, todo estudiante que efectué pasantías o practicas (sic) preprofesionales en instituciones del sector público, deberá percibir un reconocimiento económico, de conformidad a lo establecido en la ley y sus reglamentos.

Finalmente, se indica que el pronunciamiento emitido por esta Coordinación General de Asesoría Jurídica por su naturaleza no es vinculante, sino que se limita a la aplicación de la normativa jurídica vigente y se refiere exclusivamente a la consulta formulada, sin perjuicio de la responsabilidad en las funciones de su cargo.

El mérito y oportunidad de la ejecución de la decisión que se tome en este caso será responsabilidad de las autoridades y responsables competentes, puesto que la Coordinación General de Asesoría Jurídica únicamente se pronuncia sobre los aspectos procedimentales y legales con el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio para la formación de la voluntad administrativa y se refiere exclusivamente a las consultas formuladas por la Coordinación General Administrativa Financiera".

1.4. Por otra parte, el criterio jurídico del MT, citó los articulos 226 y 229 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>6</sup> (en adelante, "CRE"); 3, 51 letras a) e i), 52 letras a) y k) de la LOSEP; 2 y 9 del "Instructivo sobre el procedimiento para la absolución de consultas fórmales", expedido mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-2017-0102 de 21 de junio de 2017 (en adelante, "IPAC"); 5 y 12 del IGP; 42 del Reglamento de Régimen Académico (en adelante, "RRA"), y Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No. 13611, de 19 de junio de 2013, concluyendo:

#### "2. CRITERIO JURÍDICO:

(...)

El Ministerio del Trabajo, conforme la competencia que le otorga el artículo 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 149 del Reglamento General a la

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

RRA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 124 de10 de agosto de 2022.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

<sup>1</sup>GP. publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 51 de 4 de agosto de 2017

<sup>5</sup> RLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>h</sup> CRE, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>1</sup>PAC, publicado en el Registro Oficial No. 56 de 14 de agosto de 2017.



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página. 3

LOSEP, expidió el Instructivo General de Pasantías a través de Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0109 reformado, cuyos artículos 5, 11 y 12 establecen la inexistencia de la relación laboral con los pasantes, la determinación del valor del reconocimiento económico mensual a favor de cada pasante que será pagadero con cargo al presupuesto de cada institución pública, y la obligatoriedad de la institución pública de afiliar a los pasantes desde el primer día de sus pasantías al régimen de la Seguridad Social sobre el equivalente al salario básico unificado vigente.

Específicamente, sobre el tema de la determinación del valor del reconocimiento económico, el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0109, reformado, establece el mismo por mandato expreso de los artículos de la Ley y Reglamento señalados en el párrafo anterior; es decir, la normativa expedida por el Ministerio de Trabajo lo que hace es cumplir un mandato dispuesto en normas superiores, el cual, en relación con el reconocimiento económico, se constriñe al establecimiento de su valor. El Acuerdo Ministerial no tiene la pretensión de normar asuntos o temas diferentes a lo que manda la LOSEP y su Reglamento General.

En cuanto a las denominadas 'prácticas preprofesionales', éstas nacen con ocasión de lo dispuesto en el Art. 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), siendo las mismas un 'requisito previo a la obtención del grado académico', es decir, constituyen un tema de la órbita de la educación superior. Vale señalar que la LOES no es una normativa de carácter laboral que le compete al Ministerio de Trabajo, por lo que el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0109 no trata sobre las prácticas preprofesionales, sino solo de la pasantía, entendida ésta dentro de los límites señalados por la LOSEP y su Reglamento General.

Ahora bien, el Consejo de Educación Superior (CES), al expedir el Reglamento de Régimen Académico, señaló en el inciso final del artículo 42 que, cuando las prácticas preprofesionales se realicen bajo la figura de pasantías, serán reguladas por la normativa aplicable a las pasantías, entendiéndose entonces que el CES ha normado que se aplicará una norma emitida por esta cartera de Estado: el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0109. Sin embargo, reiteramos, nuestra competencia como Ministerio del Trabajo es expedir normativa secundaria que dispone la LOSEP y su Reglamento General. Tan es así que, el término 'prácticas', la LOSEP la usa para referirse a los estudiantes de los establecimientos de educación secundaria y no de educación superior.

Por todo lo expuesto, se concluye que, cuando las instituciones del sector público requieran celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas en virtud el artículo 59 de la Ley Orgánica del Servicio Pública, deberán aplicar el contenido del Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0109, en donde se establece el valor del reconocimiento económico que pueden los estudiantes recibir y la entidad pública otorgar al amparo de la facultad dispuesta en la LOSEP y su Reglamento.

Sobre el tema de las prácticas preprofesionales, al ser de competencia del CES por tratarse de una figura legal enmarcada en los requisitos para la obtención de un grado académico, se debería requerir que dicho Organismo se pronuncie al respecto".





Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
 ←593 2 2941300

www.pge.gob.ec

\* @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página. 4

1.5. Finalmente, el criterio jurídico del CES, citó en lo principal los artículos 355 de la CRE; 18 letra a), 169 letra g) de la LOES; y, 2 y 44 del RRA, en función de los cuales analizó y concluyó:

#### "3.- PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Ahora bien, respecto a las prácticas preprofesiones en carreras de tercer nivel, el artículo 42 del RRA, señala que las mismas no generan vínculo u obligación laboral, y se subdividen en dos componentes: a)Prácticas Laborales y b) Prácticas de Servicio Comunitario.

Así también, en el citado artículo se resalta que cuando las prácticas preprofesionales se realizan a través de la figura de 'pasantías' estas deberán sujetarse <u>a la normativa que les sea aplicable.</u>

Adicionalmente, el artículo 44 del RRA, indica que las prácticas preprofesionales pueden ser dentro o fuera de la IES de acuerdo a su planificación, y, en el caso de que estás sean académicas, les corresponde a las IES realizar un convenio u otros instrumentos con una entidad receptora.

En este sentido, corresponde a cada IES en ejercicio de su autonomía responsable, establecer con las entidades receptoras (públicas o privadas) los términos en los cuales se desarrollarán las prácticas preprofesionales; y, en el caso de desarrollarse bajo la figura de 'pasantías', las IES y las instituciones receptoras deberán observar la normativa específica que regula dicha figura.

Por lo expuesto, considerando que el CES regula únicamente aspectos académicos cuyo observancia les corresponde a las IES; me permito señalar, que este Consejo de Estado carece de atribuciones legales para pronunciarse respecto a la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), referente al desarrollo de convenios o contratos de 'pasantías', puesto que conforme se indica expresamente en dicho artículado, esta atribución le corresponde al Ministerio del Trabajo, mismo que mediante el Acuerdo Ministerial Nro.109, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 51 de 04 de agosto de 2017, emitió el 'Instructivo de Pasantías', cuyo ámbito de aplicación es obligatorio para las instituciones del sector público y privado.

Finalmente, de considerarlo pertinente, se recomienda dirigir su consulta al Ministerio del Trabajo, a fin de que este emita un pronunciamiento en el ámbito de sus atribuciones legales.

El presente informe se emite teniendo como antecedente la información proporcionada por la solicitante y se limita a orientar sobre la aplicación general de las normas que rigen al Sistema de Educación Superior'' (El subrayado pertenece al texto original).



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página: 3

1.6. De los criterios jurídicos del MT y del CES, previamente citados, se aprecia que el MT y el CES coinciden en señalar que la pasantía o práctica preprofesional no generan una relación laboral con la entidad receptora; el MT aclara que, en el caso de la figura de pasantía, existe la obligación de afiliar al pasante al régimen de Seguridad Social. El MT señala, además, que el reconocimiento económico mensual a cada pasante estará a cargo de la institución pública receptora y su presupuesto, de acuerdo a lo que establece la ley y sus reglamentos; mientras que el CES señala que corresponde a cada Instituto de Educación Superior (en adelante "IES") establecer los términos en los que se desarrollen las prácticas preprofesionales; y, si se desarrollan bajo la figura de pasantías, las instituciones receptoras y las IES deberán observar la normativa específica que regula las pasantías.

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Competencia del MT en materia de remuneraciones en el sector público ii) Pasantías reguladas por la Ley Orgánica de Servicio Público; y, iii) Prácticas preprofesionales o pasantías reguladas por la Ley Orgánica de Educación Superior.

#### 2.1. Competencia del MT en materia de remuneraciones en el sector público. -

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.

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, incentivo, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Por su parte, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, prevé que sus disposiciones "son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública". El inciso posterior al numeral 4 del referido artículo 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".

Al efecto, el artículo 50 de la LOSEP determina como organismos encargados de la aplicación de dicha ley, en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones, al MT y a las Unidades de Administración de Talento Humano de cada entidad comprendida en el artículo 3 ibidem.

Concordante, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP establece como una competencia del MT, "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".





Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página, 6

Por su parte, las letras a) y k) del artículo 52 de la LOSEP señalan como atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano, "Cumplir y hacer cumplir la presente ley, su reglamento general y las resoluciones del Ministerio del Trabajo, en el ámbito de su competencia"; y, "Asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación de esta Ley, su Reglamento General y las normas emitidas por el Ministerio del Trabajo a las servidoras y servidores públicos de la institución".

De lo expuesto se observa que: i) el MT es el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público; ii) las disposiciones de la LOSEP son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública.

#### 2.2. Pasantías reguladas por la Ley Orgánica de Servicio Público. -

En el caso materia de las consultas, el artículo 59 de la LOSEP, con relación a convenios o contratos de pasantías y prácticas, señala lo siguiente:

"Las instituciones del sector público podrán celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas, respetando la equidad y paridad de género, discapacidad y la interculturalidad, así mismo, las instituciones del Estado podrán celebrar convenios de práctica con los establecimientos de educación secundaria.

Por estos convenios o contratos no se origina relación laboral ni dependencia alguna, no generan derechos ni obligaciones laborales o administrativas, se caracterizan por tener una duración limitada y podrán percibir un reconocimiento económico, establecido por el Ministerio del Trabajo".

En similar sentido, respecto de los convenios o contratos de pasantías o prácticas, el artículo 149 de RLOSEP prevé lo siguiente:

"Las instituciones del sector público podrán celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas, reconocidas por el organismo competente en el país, conforme al artículo 59 de la LOSEP, mismos que se sustentarán en convenios previamente celebrados con las respectivas instituciones del sistema de educación superior.

A través de los convenios con las instituciones del sistema de educación superior, se definirán las características de los programas de pasantía, y los requerimientos de las instituciones del Estado.

Los contratos individualizados de pasantía contendrán las condiciones específicas acordadas entre el estudiante y la institución pública, que por ser una relación de origen académico no produce ningún tipo de vínculo laboral.

Del mismo modo, las instituciones del sector público podrán celebrar convenios de práctica estudiantil con los establecimientos de educación regular de nivel medio. Adicionalmente las instituciones del Estado para contar con pasantes universitarios



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página 7

podrán utilizar los proyectos específicos de pasantías que mantenga el Ministerio de Relaciones Laborales.

La base normativa y procedimental para la aplicación de lo dispuesto en este artículo se sujetará a la norma que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales.

Por estos convenios o contratos no se origina relación laboral, no generan derechos ni obligaciones laborales o administrativas, se caracterizan por tener una duración limitada y podrán percibir un reconocimiento económico establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales.

El Ministerio de Relaciones Laborales expedirá la regulación que establezca el reconocimiento económico a entregarse a los pasantes y/o practicantes, por parte del Ministerio de Relaciones Laborales o de las instituciones que lo requieran por efecto de estos convenios o contratos. En esos casos, la institución contratante deberá contar con la disponibilidad presupuestaria respectiva" (énfasis añadido).

Concordante con el último inciso del artículo antes citado, el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>8</sup> (en adelante "COPLAFIP"), dispone que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

El MT expidió el IGP, el cual en su artículo 2 determina que su aplicación es obligatoria para instituciones del sector privado y público; y, el artículo 3 ibidem define a la pasantia como aquellas prácticas preprofesionales orientadas al aprendizaje de "conocimientos y al desarrollo de destrezas y habilidades específicas, que un estudiante debe adquirir para un adecuado desempeño en su futura profesión. (...)"

Así, el artículo 5 del IGP determina la inexistencia de relación laboral entre el pasante y la entidad pública o privada, y señala que no producen "derechos u obligaciones laborales o administrativas", así como tampoco serán sujetos de indemnización alguno ni serán considerados como servidores públicos.

Por su parte, el artículo 11 de la norma ibidem determina el reconocimiento económico a favor de los pasantes y determina que este será: "(...) no menor a un tercio de un salario básico unificado (SBU) del trabajador en general vigente; valor que será pagado mensualmente con cargo al presupuesto de cada institución pública receptora.". Adicionalmente, el artículo 12 de la misma ley establece que los pasantes deberán estar afiliados al seguro social desde "el primer día de sus pasantías. (...)."

De lo expuesto podemos concluir que: i) las instituciones del sector público pueden celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas; ii) las entidades contratantes deben contar con la fuente de financiamiento y con la respectiva partida presupuestaria; iii) no existe relación laboral entre el pasante y la entidad pública; iv) las pasantías tendrán un reconocimiento económico a cargo del presupuesto de la

MA

<sup>8</sup> Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

↓ +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

pGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página. 8

entidad pública receptora; y; v) los pasantes serán obligatoriamente afiliados al Sistema de Seguridad Social.

# 2.3. Prácticas preprofesionales o Pasantías reguladas por la Ley Orgánica de Educación Superior. -

La CRE, en su artículo 355, dispone que el Estado reconoce a las universidades y escuelas politécnicas "autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución".

Por su parte, de conformidad con el artículo 1 de la LOES, dicha ley "regula el sistema de educación superior en el país, a los organismos e instituciones que lo integran; determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas".

En este contexto, la letra e) del artículo 18 de la LOES dispone que la autonomía responsable que ejercen las instituciones de educación superior consiste, entre otras cosas, en "La libertad para gestionar sus procesos internos".

El artículo 87 de la ley en estudio establece que los estudiantes previos a la obtención de su grado académico deben cumplir con los siguientes requisitos: "acreditar servicios a la comunidad mediante programas, proyectos de vinculación con la sociedad, prácticas o pasantías preprofesionales con el debido acompañamiento pedagógico, en los campos de su especialidad" (énfasis añadido).

Así, el inciso primero el artículo 166 de la LOES prevé que el CES es el organismo de derecho público que tiene a su cargo "la planificación regulación y coordinación del Sistema de Educación Superior"; y, la letra g) del artículo 169 ibidem le confiere atribución para "Expedir la normativa reglamentaria necesaria para el ejercicio de sus competencias y lograr el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Plan de Desarrollo de la Educación Superior. (...)" (énfasis añadido).

El RRA expedido por el CES, en su artículo 1 contempla que dicho reglamento aplica a todas las Instituciones de Educación Superior públicas y particulares; por su parte, su artículo 2 prevé que su objeto es "regular y orientar las funciones sustantivas de las Instituciones de Educación Superior (IES); así como lo relativo a su gestión, en el marco de la normativa del Sistema de Educación Superior (SES)".

En cuanto a las prácticas preprofesionales en las carreras de tercer nivel, el artículo 42 del Reglamento en análisis señala lo siguiente:

"Las prácticas preprofesionales en las carreras de tercer nivel <u>son actividades de aprendizaje orientadas a la aplicación de conocimientos y/o al desarrollo de competencias profesionales.</u> Estas prácticas se realizarán en entornos organizacionales, institucionales, empresariales, comunitarios u otros relacionados al ámbito profesional de la carrera, públicos o privados, nacionales o internacionales.

Las prácticas preprofesionales se subdividen en dos (2) componentes:



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Página. 9

a) Prácticas laborales, de naturaleza profesional en contextos reales de aplicación; y,
 b) Prácticas de servicio comunitario, cuya naturaleza es la atención a personas, grupos o contextos de vulnerabilidad.

Las prácticas preprofesionales podrán realizarse a lo largo de toda la formación de la carrera, de forma continua o no; mediante planes, programas y/o proyectos cuyo alcance será definido por la IES. Las prácticas deberán ser coherentes con los resultados de aprendizaje y el perfil de egreso de las carreras; y, cada IES, en ejercicio de su autonomía responsable, determinará los mecanismos y requerimientos para su registro y evaluación.

Las prácticas preprofesionales no generan ningún vínculo u obligación laboral. La experiencia laboral podrá ser reconocida como práctica preprofesional, incluidas las horas de servicios a la comunidad, siempre y cuando las actividades realizadas resulten pertinentes al perfil de egreso, lo cual debe ser validado por evidencias definidas por las IES.

Cuando las prácticas preprofesionales se realicen bajo la figura de pasantías serán reguladas por la normativa aplicable a las pasantías, sin modificar el carácter y los efectos académicos de las mismas" (énfasis añadido).

De lo manifestado se desprende que: *i)* las universidades y escuelas politécnicas gozan de autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica; *ii)* la autonomía de las universidades y escuelas politécnicas se enfoca en la libertad para gestionar sus procesos internos; *iii)* las prácticas preprofesionales en carreras de tercer nivel son actividades de aprendizaje orientadas a la aplicación de conocimientos y/o al desarrollo de competencias profesionales y no generan un vínculo laboral; y, *iv)* las prácticas preprofesionales que se realicen bajo la figura de pasantías se regulan bajo la normativa aplicables a las mismas, esto es, el Acuerdo Ministerial MDT-2017-0109.

#### 3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de las consultas presentadas, se concluye que, de acuerdo con el artículo 59 de la LOSEP y el artículo 149 del RLOSEP, las entidades del sector público podrán celebrar convenios o contratos de prácticas preprofesionales y pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas. Asimismo, las instituciones receptoras de pasantes deberán regirse obligatoriamente a lo previsto en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0109, que contiene el "Instructivo General de Pasantías", mismo que establece en su artículo 11 el reconocimiento económico a favor de los pasantes.

Por otra parte, las instituciones que recepten estudiantes bajo la modalidad de prácticas preprofesionales en las carreras de tercer nivel (en los términos previstos en los artículos 87 de la LOES y 42 del RRA) no se encuentran obligadas a entregar ningún tipo de reconocimiento económico a los estudiantes por cuanto la normativa vigente no prevé dicha obligación.





Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

L +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PCEcuador

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA 0005101-2024 Páginu. 10

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



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

Oficio No. 08075

Quito, DM, 0 5 AGO 2024

Ingeniero
Wilson David González Hidalgo
GERENTE
EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. EBE-023-24, de 25 de abril de 2024, ingresado en la Dirección Regional del Azuay de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca el 26 de los mismos mes y año, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DRAZ-2024-00113, de 6 de mayo de 2024, recibido el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

"¿Es jurídicamente procedente el pago de EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMIA (sic) MIXTA CEM a sus trabajadores del tres por ciento (3%) de utilidades conforme lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, considerando la existencia de normas jurídicas que prohíben la distribución de utilidades al talento humano que labora en compañías de economía mixta?".

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios Nos. 06767, 06768, 06769, 06970 y 06771, de 10 de mayo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante, "MDT"); a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, "SCVS"); a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables (en adelante, "ARCERNNR"); al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MEM"); y, a la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 07015 y 07016, de 29 de mayo de 2024, este organismo insistió en dichos pedidos a la ARCERNNR y a la SCVS, respectivamente.

25



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge,gob.ec

**⋑** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página. 2

08075

1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos, en su orden por: *i)* la Directora Nacional Jurídica de la CGE, mediante oficio No. 216-DNJ-2024, de 14 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional en la misma fecha; *ii)* el Coordinador General Jurídico del MEM, con oficio No. MEM-COGEJ-2024-0149-OF, de 23 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el 27 de los mismos mes y año; *iii)* la Subsecretaria de Normativa del MDT, a través de oficio No. MDT-SN-2024-0395-O, de 27 de mayo de 2024, ingresado en el correo institucional el 28 del mismo mes y año; *iv)* el Director Ejecutivo de la ARCERNNR, mediante oficio No. ARCERNNR-ARCERNNR-2024-0458-OF, de 10 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el 11 de los mismos mes y año, al que se adjuntó el criterio jurídico contenido en el memorando No. ARCERNNR-CGJ-2024-0204-ME, de 7 de junio de 2024. La SCVS no atendió el requerimiento formulado por este organismo. Por su parte, la CGE se abstuvo de emitir criterio jurídico institucional.

1.3. El informe jurídico suscrito por el Asesor Jurídico Externo de la EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM (en adelante "EMAC-BGP"), sin número, de 24 de abril de 2024, citó, en lo principal, los artículos 82 y 328 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 25, 36 y 37 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en adelante, "LOEP"); 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica³ (en adelante, "LOSPEE"); 2 y 314 de la Ley de Compañías⁴ (en adelante, "LC"); 97 del Código del Trabajo⁵ (en adelante, "CT"); y, 7, 8 y 9 de los Estatutos de la EMAC-BGP6, con base en los cuales efectúa el siguiente análisis jurídico:

## "C. ANÁLISIS JURÍDICO

(...)

## b) Sobre la procedencia del pago de utilidades al talento humano de EBE

(...), consideramos que la LOSPEE, por ser una norma especial -en materia de energía y que es aplicable para EBE - así como también el hecho de ser posterior en cronología a la LOEP, debería prevalecer y, por lo tanto, EBE se encuentra en la obligación de cancelar el tres por ciento (3%) de sus utilidades (en cada ejercicio económico en que llegasen a existir) al talento humano que labora en la entidad".

<sup>1</sup> CRE, publicada en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOSPEE, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> CT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

<sup>6</sup> Estatuto de la EMAC



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**У** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM
0005043-2024
Pávina 3

1.4. El criterio jurídico del MEM, además de las normas referidas por la empresa consultante, citó los artículos 313, 314, 315 y 425 de la CRE; 1, 7, 8, 10, 24, 40, de la LOSPEE; 74 del Reglamento a la LOSPEE<sup>7</sup> (en adelante, "RLOSPEE"); 35, 39, de la LOEP, el cual analizó y concluyó.

## "3. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.- (...)

Por lo expuesto, esta Coordinación General Jurídica, aplicando lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, concluye que las empresas en las cuales el Estado tenga participación o sea accionista mayoritario, no pueden y están impedidas de pagar utilidades a su talento humano".

1.5. El criterio jurídico del MDT, además de las normas referidas por la empresa consultante y el MEM, citó los artículos 226 de CRE; 312 de la LC; 9 del Acuerdo Ministerial No. 2017-01028, las cláusulas cuarta y séptima del Contrato de Constitución del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad; luego de lo cual analizó y concluyó:

## "4. ANÁLISIS NORMATIVO Y CONCLUSIÓN.

(...) la distribución de utilidades deberá estar regulada al formarse la compañía por tanto deja en libertad a los constituyentes definir su distribución. En concordancia, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica establece que, para este tipo de compañías, se formulará claramente en el documento constitutivo la forma de distribución de utilidades tanto del capital privado como del público".

1.6. Por su parte, el criterio jurídico de la ARCERNNR citó, además de las normas ya mencionadas, los artículos 9,11,14 y 22 del Código Orgánico Administrativo<sup>9</sup> (en adelante "*COA*"); 14 de la LOSPEE; 75,76,77, 78, 79, 80 y 81 del RLOSPEE; luego de lo cual analizó y concluyó:

## "III. ANÁLISIS JURÍDICO: (...)

En estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, que dispone: '... La Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL no ejercerá actividades empresariales en el sector eléctrico', en concordancia con los artículos 25 y 35 de la Ley Orgánica de Empresas Pública, no se puede considerar que esta

<sup>9</sup> COA., publicado en el Suplemento del Registro Oficial 2do. No. 31 de 7 de julio del 2017.



<sup>7</sup> RLOSPEE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 21 de 20 de agosto de 2019.

<sup>8</sup> Acuerdo Ministerial No. 2017-102, publicado en el Registro Oficial No. 56 de 14 de agosto de 2017.





Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página. 4

Entidad tenga la competencia para determinar que un generador de capital de economía mixta proceda con la distribución de sus utilidades a los trabajadores, pues dicho concepto se refiere a derecho laboral y empresarial.

#### IV. CONCLUSIONES:

(...)

La Agencia de Regulación y Control competente del sector eléctrico, ejerce solamente las facultades atribuidas en la Constitución y la Ley, es decir, no puede considerar, desde el ámbito legal, la procedencia del pago por concepto de utilidades. El artículo 56 de la LOSPEE, en concordancia con el numeral 2 del artículo 74 del Reglamento General de la LOSPEE, única y exclusivamente atribuyen a esta Agencia la capacidad y competencia para determinar el costo del servicio público de energía eléctrica, así como el porcentaje de asignación de recursos para Proyectos de Desarrollo Territorial".

1.7. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante difiere con los criterios jurídicos del MEM y de la ARCERNNR. Para la empresa consultante la LOSPEE debería prevalecer respecto a la LOEP al ser norma posterior y especial en materia de energía, por lo tanto, la EMAC-BGP se encuentra en la obligación de cancelar el tres por ciento (3%) de sus utilidades (en cada ejercicio económico en que llegasen a existir) al talento humano que labora en la entidad.

Por otro lado, el MEM considera que las empresas en las cuales el Estado tenga participación o sea accionista mayoritario, no pueden y están impedidas de pagar utilidades a su talento humano de acuerdo con la CRE y la LOEP. Adicionalmente la ARCERNNR agrega que no se puede considerar que tenga la competencia para determinar que un generador de capital de economía mixta proceda con la distribución de sus utilidades a los trabajadores, pues dicho concepto se refiere a derecho laboral y empresarial.

Por su parte el MDT señala "de manera general que la sección VIII de la Ley de Compañías determina las normas específicas que regulan a las compañías de economía mixta; en este sentido los lineamientos relativos a su constitución, funcionamiento y régimen de adquisición de acciones entre otros, están determinados en dicha normativa.

En tal virtud y respecto a la distribución de utilidades el artículo 314 de la misma Ley, establece que la distribución de utilidades deberá estar regulada al formarse la compañía por tanto deja en libertad a los constituyentes definir su distribución. En concordancia, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM
0005043-2024
Pávina, 5

Eléctrica establece que, para este tipo de compañías, se formulará claramente en el documento constitutivo la forma de distribución de utilidades tanto del capital privado como del público.

Con lo expuesto, es responsabilidad del empleador observar lo establecido en la normativa citada anteriormente, respecto a la distribución de utilidades de acuerdo a la especificidad de la compañía (...)"

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Naturaleza jurídica de EMAC-BGP; *ii)* La aplicación de la prohibición de pago de utilidades; y, *iii)* Resolución de antinomias y su aplicación en caso de conflictos entre normas de distinta jerarquía.

### 2.1. Naturaleza jurídica de EMAC-BGP. -

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

De conformidad con el artículo 313 de la CRE, se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, "los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley" (el énfasis me pertenece). Asimismo, el artículo 314 de la CRE indica que es responsabilidad del Estado la "provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley" (énfasis añadido).

Por su parte, el primer inciso del artículo 1 de la LOEP prevé que sus disposiciones regulan la "constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local"; y, establece los





Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página. 6

mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo con lo dispuesto por la CRE.

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

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

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

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

La Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca (en adelante "EMAC EP") y la Compañía "BGP INGENIEURSBUREAU B.V. / BGP ENGINEERS B.V", mediante escritura pública celebrada el 22 de agosto de 2012 constituyó la Compañía "EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM, EBE", con el objeto de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, generar energía eléctrica a base de biogás del relleno sanitario de Pichacay ubicado en la parroquia Santa Ana, cantón Cuenca, y su posterior comercialización. La Cláusula Segunda del estatuto de EMAC-BGP dispone "la compañía de economía mixta que por este instrumento se constituye, girará en apego a la Ley de compañías, las demás disposiciones aplicables y los siguientes estatutos".

En cuanto a las utilidades, el artículo 9 del estatuto de EMAC-BGP establece: "(...) De las utilidades y excedentes líquidos se segregará por lo menos el diez por ciento



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página. 7

anual para formación e incremento del fondo de reserva legal de la Compañía hasta cuando éste alcance por lo menos el cincuenta por ciento del capital social suscrito".

En los antecedentes del Informe Jurídico elaborado por EMAC-BGP, numeral 3, se afirma que: "(...) los accionistas de EBE, desde su constitución hasta la fecha., son (i) EMAC EP con el cincuenta y uno por ciento (51%) y (ii) la compañía Holandesa BGP INGENIEURSBUREAU B.V. / BGP ENGINEERS, con el cuarenta y nueve por ciento (49%). De este modo el capital de la compañía es mayoritariamente público". Así, la compañía mixta EMAC-BGP tiene como accionista mayoritario a la Empresa Pública EMAC EP, por consiguiente, se considera como su empresa subsidiaria de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 4 de la LOEP.

De lo expuesto se desprende que: *i)* EMAC-BGP es una Compañía de Economía Mixta Subsidiaria de EMAC EP, la cual se constituye en su accionista mayoritario; y, *ii)* EMAC-BGP se rige por la LC exclusivamente para los asuntos societarios, debiendo observar para los demás aspectos las disposiciones contenidas en la LOEP; *iii)* de las utilidades y excedentes líquidos se segregará por lo menos el diez por ciento anual para formación e incremento del fondo de reserva legal de la compañía hasta cuando éste alcance por lo menos el cincuenta por ciento del capital social suscrito.

## 2.2. La aplicación de la prohibición de pago de utilidades. -

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.

Por otra parte, el artículo 316 de la CRE establece que "El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria". Siguiendo con la línea antes expuesta, el último inciso del artículo 328 de la CRE prevé "En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades", en concordancia, el artículo 25 de la LOEP reitera el "No reparto de utilidades ni excedentes resultantes de la gestión empresarial", y el mismo artículo agrega que "Ninguna utilidad ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas y mixtas" (el énfasis me pertenece).

En concordancia con lo expuesto, el inciso segundo del artículo 37 de la LOEP, al referirse a la administración del talento humano en las empresas de economía mixta, indica que se sujetará a las disposiciones de la LOEP y la Codificación del Código de Trabajo en lo que corresponda. La misma norma añade "En estas empresas no habrá





Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Pávina. 8

pago de utilidades conforme lo señala el último inciso del artículo 328 de la Constitución de la República" (el énfasis me pertenece).

El artículo 1 de la LOSPEE establece que dicha ley tiene por objeto garantizar que el servicio público de energía eléctrica cumpla los principios constitucionales de "obligatoriedad, generalidad, uniformidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, calidad, sostenibilidad ambiental (...)", y regular "la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica (...)" (el énfasis me pertenece).

En este contexto, el inciso quinto del artículo 56 de la LOSPEE, materia de la consulta, establece lo siguiente:

"Para los generadores de energía eléctrica a cargo de empresas públicas, el 30% del superávit que se obtenga en la fase de operación será destinado a proyectos de desarrollo territorial en el área de influencia del proyecto; en tanto que para el caso de los generadores de capital privado y de economía mixta, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, el 3% de las utilidades será destinado a los trabajadores y el 12% restante será destinado a proyectos de desarrollo territorial en el área de influencia del proyecto. En ambos casos, los criterios de asignación a proyectos de desarrollo territorial, así como el periodo de asignación, serán determinados en el reglamento general de aplicación a esta ley" (el énfasis me pertenece).

Según el numeral 2 del artículo 74 del RLOSPEE, los generadores de capital privado, estatales extranjeras y de economía popular y solidaria, cuya actividad económica sea la producción de energía eléctrica (la norma reglamentaria no incluye a las Compañías de Economía Mixta), contribuirán de conformidad con lo establecido en la LOSPEE "con el doce por ciento (12%) de las utilidades anuales declaradas ante la autoridad tributaria, una vez deducido el 3% de utilidades para sus trabajadores".

De lo expuesto se observa que: *i*) el Estado ecuatoriano puede delegar la participación en los servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria; *ii*) en las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria no habrá pago de utilidades; *iii*) el artículo 25 de la LOEP establece que no habrá pago de utilidades conforme lo señala el último inciso del artículo 328 de la Constitución de la República; *iv*) de acuerdo con el artículo 56 de la LOSPEE, el 3% de las utilidades será destinado a los trabajadores; y, v) existe una antinomia entre el artículo 25 de la LOEP y el inciso quinto del artículo 56 LOSPEE en cuanto al pago de utilidades.



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga

**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página. 9

# 2.3. Resolución de antinomias y su aplicación en caso de conflictos entre normas de distinta jerarquía. -

Si bien el inciso quinto del artículo 56 de la LOSPEE establece expresamente que el 3% de las utilidades será destinado a los trabajadores, es necesario analizar su contenido a la luz de los artículos 316 y último inciso del 328 de la CRE que establecen, en su orden, "El estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria" y "En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades". Respecto del último artículo citado, el artículo 25 de la LOEP prevé aquella situación de manera similar.

En este sentido y en concordancia con el artículo 316 de la CRE, el artículo 24 de la LOSPEE establece que "El Estado, a través del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, podrá autorizar a empresas mixtas en las cuales tenga el Estado mayoría accionaria, las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, importación y exportación de energía eléctrica, y servicio de alumbrado público general, en los términos previstos en esta ley" (énfasis añadido). Misma disposición se repite en el último inciso del artículo 19 del RLOSPEE<sup>10</sup>.

Según el artículo 425 de la CRE, el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente: "La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones"; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. El segundo inciso del artículo ibídem agrega 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 énfasis me pertenece).

Así, el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables para la solución de antinomias, prevé que: "Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior" (el énfasis me pertenece).

De lo manifestado se desprende que: *i)* EMAC-BGP es una Compañía de Economía Mixta Subsidiaria de EMAC EP y su accionista mayoritario es el Estado en cumplimiento de la CRE, LOSPEE y RLOSPEE; y, *ii)* la CRE, en virtud del principio

Último inciso del artículo 19 RLOSPEE: "Adicionalmente, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables podrá autorizar la participación en la actividad de generación a empresas públicas o mixtas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados donde éstos posean participación mayoritaria, siempre y cuando los proyectos que sean propuestos por estas empresas se enmarquen en las políticas y criterios que establezca el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables para la planificación de la expansión de la generación."



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

EMAC-BGP ENERGY COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA CEM 0005043-2024 Página, 10

de jerarquía contenido en el artículo 425 de la CRE, prevalece respecto a lo dispuesto en leyes orgánicas, siendo de imperativo cumplimiento.

#### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta planteada se concluye que, para que las compañías de economía mixta puedan participar en las actividades del sector eléctrico, estas deben de tener como accionista mayoritario al Estado ecuatoriano – de acuerdo con el artículo 316 de la Constitución de la República del Ecuador, 24 de la LOSPEE y 19 de su reglamento –. En virtud de lo anterior, ninguna de las compañías de economía mixta que participen en las actividades del sector eléctrico pueden repartir el 3% de utilidades previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica dada la prohibición contenida en el artículo 328 de la Constitución de la República del Ecuador.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C.

Dr. Xavier Mauricio Torres,

CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Roberto Luque Nuques,

MINISTRO DE ENERGÍA Y MINAS, ENCARGADO

Abg. Ivonne Núñez Figueroa, MINISTRA DE TRABAJO

Ing. Kathya Delgado Arévalo,

DIRECTORA EJECUTIVA DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES

Ing. Marco López Narváez,

SUPERINTENDENTE DE COMPAÑIAS, VALORES Y SEGUROS

Mgs. María José Ramírez Cardoso

DIRECTORA REGIONAL DE LA PROCURADURÌA GENERAL DEL ESTADO EN AZUAY



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

Oficio No.

08091

Quito, D.M., C 7 AGO 2024

Doctora Ángela Esperanza Plúa Santillán ALCALDESA GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA Presente. -

#### De mi consideración:

Mediante oficio, sin número y sin fecha, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 17 de julio de 2024, se reformuló la consulta inicialmente planteada en oficio, sin número y sin fecha, recibido en este organismo el 16 de los mismos mes y año, en los siguientes términos:

"De conformidad con el artículo 446 del COOTAD y siguientes, en concordancia con el artículo 55.d ibídem, ¿Puede un Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, expropiar un bien inmueble de propiedad privada, que se encuentre en la jurisdicción de otro cantón?

En caso que la respuesta antes planteada sea negativa, de conformidad con el artículo 60 literal n del COOTAD, ¿Podría el alcalde de un GAD municipal, suscribir con otro alcalde, un convenio para así lograr obtener ulteriormente la propiedad de un inmueble que se encuentra en otra jurisdicción de otro GAD Municipal?"

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. El informe jurídico de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Jipijapa (en adelante, "GADM Jipijapa"), contenido en memorando No. GADMCJ-2024-PSM-MEM-0330, de 17 de julio de 2024, citó, en lo principal, los artículos 323 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 55 letra d), 127, 137 y 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante, "COOTAD"); 47, 65 y 67 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA"); y, 58 y 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema

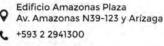
COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.



CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre 2010.





www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA 0005438-2024 Página. 2

Nacional de Contratación Pública<sup>4</sup> (en adelante, "LOSNCP"), con fundamento en los cuales manifestó y concluyó lo siguiente:

#### "3. ANÁLISIS:

(...) nos encontramos ante el hecho que este acto de declaratoria de utilidad pública y posible acto expropiatorio, debe ser registrado por el señor Registrador del cantón Santa Ana, siendo como tal que este funcionario, ha manifestado que considera que la señora Alcaldesa del cantón Jipijapa no es competente por el territorio para efectuar una declaratoria de utilidad pública en un cantón diferente del cual ejerce su representación, situación que por obvias razones genera una duda razonable respecto de la posibilidad de expropiar por parte de un alcalde en un cantón diferente del que representa. (El subrayado me corresponde).

#### 4. CONCLUSIÓN:

4.1. Ante todo, (sic) lo expuesto <u>esta Procuraduría Síndica Municipal concluye que el alcalde</u> o alcaldesa de un cantón, <u>está facultado para declarar de utilidad pública con fines de expropiación, un bien que está en un cantón distinto al de su jurisdicción, ya que, en el contexto analizado, sin esta facultad el ejercicio de la competencia otorgada por la Constitución y el COOTAD como el de brindar ciertos servicios como el de agua potable, se vería limitado e incluso ante una imposibilidad de prestarlo". (El subrayado me corresponde).</u>

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Los servicios básicos de competencia de los GAD municipales; *ii)* El procedimiento de adquisición de la propiedad de inmuebles de los particulares por las instituciones del Estado; y *iii)* El deber de las instituciones del sector público de coordinar las acciones para el cumplimiento de sus fines.

#### 2.1. Los servicios básicos de competencia de los GAD municipales. -

Entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante, "GAD"), el numeral 4 del artículo 264 de la CRE incluye la de "Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley", en armonía con lo establecido en el numeral 4 del artículo 277 ibídem que determina que, para la consecución del buen vivir, corresponde al Estado "Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos" (el subrayado me corresponde).

En este contexto, las letras b) y d) del artículo 55 del COOTAD disponen que son competencias exclusivas de los GAD municipales, entre otras, el "ejercer el control sobre

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> RGCOPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.383 de 26 de noviembre de 2014.



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**● ● PGEcuador** 

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA 0005438-2024 Página. 3

el uso y ocupación del suelo en el cantón", y prestar los servicios públicos básicos de "agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial con depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos mediante rellenos sanitarios, otras actividades de saneamiento ambiental" (el subrayado me corresponde). Al efecto, el artículo 127 del COOTAD señala que todas las competencias exclusivas de los GAD "se ejercen exclusivamente en sus respectivas circunscripciones territoriales" (el subrayado me corresponde).

Por su parte, el numeral 4 del artículo 91 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo<sup>5</sup> (en adelante, "LOOTUGS") prevé, entre las atribuciones de los GAD municipales y metropolitanos para el uso y gestión del suelo, el "Emitir mediante acto normativo las regulaciones técnicas locales para el ordenamiento territorial, el uso, la gestión y el control del suelo, y la dotación y prestación de servicios básicos, las que guardarán concordancia con la normativa vigente (...)" (el subrayado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* el COOTAD asigna a los GAD municipales competencias exclusivas para ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en sus respectivos cantones, así como prestar los servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y aquellos que establezca la ley; y, *ii)* las competencias exclusivas de los GAD se ejercen únicamente en sus respectivas circunscripciones territoriales.

# 2.2. El procedimiento de adquisición de la propiedad de inmuebles de los particulares por las instituciones del Estado. -

El artículo 323 de la CRE permite a las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, declarar la expropiación de bienes, "previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley", a la vez que prohíbe toda forma de confiscación. Similar previsión es recogida por el primer inciso del artículo 446 del COOTAD, respecto de los GAD.

Sobre el procedimiento de adquisición de inmuebles por el Estado, mediante declaratoria de utilidad pública, el primer inciso del artículo 58 de la LOSNCP prevé que "Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley" (el subrayado me corresponde).

En el mismo sentido, el primer inciso del artículo 216 del Reglamento General de la LOSNCP<sup>6</sup> (en adelante, "RGLOSNCP") determina que "<u>la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado (...)" (el subrayado me corresponde).</u>

Siendo el COOTAD la ley especial en la materia que rige el actuar de los GAD, la letra l) de su artículo 57 dispone que al concejo municipal le corresponde "Conocer las declaraciones



<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> LOOTUGS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 de 5 de julio de 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> RGLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA 0005438-2024 Página. 4

<u>de utilidad pública</u> o de interés social de los bienes materia de expropiación, <u>resueltos por el alcalde</u>, conforme la ley" (el subrayado me corresponde). Agrega el primer inciso del artículo 447 del referido código que, para efectuar expropiaciones, "<u>las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado"</u> en el que constará la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará (el subrayado me corresponde).

Adicionalmente, para la declaratoria de utilidad pública se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien y la certificación presupuestaria de la existencia y disponibilidad de los recursos para la expropiación, en armonía con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>7</sup> (en adelante, "COPLAFIP"), el cual contempla que "Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria".

De lo señalado se desprende que: *i)* la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada debe ser resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado; *ii)* corresponde al concejo municipal conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el alcalde; y, *iii)* para la declaratoria de utilidad pública se debe adjuntar el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien y la certificación presupuestaria de la existencia y disponibilidad de los recursos.

# 2.3. El deber de las instituciones del sector público de coordinar las acciones para el cumplimiento de sus fines. -

De conformidad con lo previsto en el artículo 226 de la CRE, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, 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", teniendo 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 subrayado me corresponde).

En cuanto al principio de colaboración, el primer inciso del artículo 28 del COA dispone que: "<u>Las administraciones trabajarán de manera coordinada</u>, complementaria y <u>prestándose auxilio mutuo</u>", y en tal sentido "<u>Acordarán mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos</u>".

El citado artículo 28 del COA, en su penúltimo y último inciso, especifica que "Las administraciones podrán colaborar para aquellas ejecuciones de sus actos que deban

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arizaga t +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA 0005438-2024

<u>realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencia</u>", para lo cual, "<u>el contenido del deber de colaboración se desarrolla a través de los instrumentos y procedimientos, que de manera común y voluntaria, establezcan</u> entre ellas" (el subrayado me corresponde).

En este contexto, se debe considerar que el literal c) del artículo 3 del COOTAD establece el principio de coordinación y corresponsabilidad que indica que todos los niveles de gobierno tienen una responsabilidad compartida de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de la ciudadanía, así como en promover el desarrollo de las diferentes circunscripciones territoriales, para lo cual, en el marco de sus competencias, se fomentará la cooperación y coordinación interinstitucional, a través de la suscripción de acuerdos o convenios de cooperación.

En relación con el párrafo precedente, el literal n) del artículo 60 ibídem instituye que es atribución de la alcaldesa o alcalde de un GAD municipal; "... Suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado municipal, de acuerdo con la ley...".

Finalmente, es necesario considerar lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>8</sup>, en armonía con el numeral 1 del artículo 18 del Código Civil<sup>9</sup>, los cuales prevén que: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal".

De lo manifestado, se concluye que; *i)* las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y servidores públicos tienen la obligación de coordinar acciones para cumplir con sus objetivos y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; *ii)* los gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden suscribir convenios de cooperación para gestionar sus competencias, con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos ciudadanos y el desarrollo territorial, como bien podría ser uno que tenga como finalidad la expropiación de determinado bien inmueble; y, *iii)* es atribución de la máxima autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal celebrar contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno municipal, de acuerdo con la ley.

# 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 55 letra d), 127 y 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden expropiar únicamente bienes inmuebles de propiedad privada que se encuentren en sus respectivas circunscripciones territoriales.

En consecuencia y en respuesta a la segunda consulta, se concluye que, de acuerdo con el artículo 28 del Código Orgánico Administrativo y los artículos 3 literal c) y 60 literal n) del

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

Jel

<sup>8</sup> LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.



Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ⊚PCEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JIPIJAPA 0005438-2024 Página. 6

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los alcaldes de los diferentes gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos y su desarrollo territorial, suscribir convenios de cooperación interinstitucional para distintas finalidades como, por ejemplo, la expropiación de un determinado bien inmueble.

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



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

Oficio No. 08183

Quito, DM. 1 4 AGO 2021

Abogado
César Escobar Vallejos
ALCALDE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
ANTONIO ANTE
Presente.

## De mi consideración:

Mediante oficio No. 468-GADMAA-A-CE-2024, de 26 de junio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 1 de julio de 2024, se formularon las siguientes consultas:

- 1. "Es legalmente procedente que el GAD Municipal de Antonio Ante, efectué (sic) el pago de la decimotercera y decimocuarta remuneraciones a favor de los ex trabajadores/jubilados patronales de la municipalidad, en función de las disposiciones legales contenidas en los artículos 111, 113 inciso tercero y 216 numeral 2 inciso segundo, del Código del Trabajo, considerando la excepción que plantea el propio artículo 216 ibídem, (sic) para los municipios respecto de la regulación del beneficio de jubilación patronal a través de ordenanza.
- 2. De ser afirmativa la primera consulta, el pago de las remuneraciones adicionales debe efectuarse con carácter retroactivo a favor de los ex trabajadores / jubilados patronales de la municipalidad, es decir, desde su cese en la institución.
- 3. En el supuesto del contexto positivo de pago de las remuneraciones adicionales (decimotercera y decimocuarta), cuál sería el mecanismo de cálculo, considerando que los jubilados patronales no reciben remuneración sino pensión jubilar patronal, valores determinados a través de una ordenanza municipal, en función de lo determinado en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo".

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

1.1. Junto con el oficio de consulta se remitió el criterio jurídico contenido en el memorando No. MAA-PS-2024-259-ST, de 25 de junio de 2024, suscrito por el Procurador Sindico encargado del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Antonio Ante (en adelante "GADM de Antonio Ante). Dicho informe citó, como fundamentos jurídicos, los artículos 1, 11 número 9, 33,37, 82, 226, 227, 238, 239, 326 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante "CRE"), 5, 6, 53, 57 letra a), 58 letra b) del Código

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. 568 de 30 de mayo de 2024.





**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

# @PCEcuador

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante "COOTAD"), 3,4,5,11, 30 y 102 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante "COA"), 4,5,7,95,111,112,113 y 216 del Código del Trabajo (en delante "CT"), 1,5 y Disposición Transitoria Única de la Ordenanza, 34 del Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo (en adelante "CONTRATO COLECTIVO"), 8, 11, Disposiciones Generales Cuarta, Quinta y Sexta y la Disposición Derogatoria Cuarta del Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-140 que contiene las normas generales aplicables al control de las obligaciones del empleador y los procedimientos de inspección, con base en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

# "(...) ANTECEDENTES. -

Mediante documento, de fecha 14 de junio de 2023, suscrito por el señor Fausto Mauricio Puma González, solicita a la alcaldía de Antonio Ante lo siguiente: ....solicito de esta manera comedidamente y administrativamente que se sirva ordenar al departamento correspondiente a fin de que se me dé el respectivo cumplimiento al pago completo de mis pensiones jubilares patronales, adicionales de la décima tercera remuneración y decima (sic) cuarta remuneración desde la fecha en que me acogí en la jubilación patronal y a las que tengo derecho y que no se me ha venido pagando de conformidad con la ley'. Adjunta a su pedido en el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2019-199 del Ministerio del Trabajo, referencia de asistencia en jubilación patronal recuperado del dominio web del ministerio del trabajo, la ley 20023-10 reformatoria al Art. 113 del Código del Trabajo.

Mediante memorando Nro. MAA-DA-JTH-2023-304-ST, de fecha 19 de junio de 2023, suscrito por el Dr. César Patricio Narváez Góngora, Jefe de Talento Humano del GADMAA menciona '...debo indicar el pago de la jubilación patronal de los servidores municipales sujetos al Código del Trabajo, se realiza en función de la 'Ordenanza que Reglamenta la Jubilación Patronal del Gobierno Municipal de Antonio Ante' y sus reformas, en la cual, no existe disposición alguna para dicho pago'.

(...)

# ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES LEGALES

(...)

Los artículos 111 y 113 del Código del Trabajo, establecen como obligaciones de los empleadores (públicos/privados) pagar a las personas trabajadoras los valores correspondientes a la decimotercera y decimocuarta remuneración, sin embargo, el inciso tercero del artículo 113 ibídem, que regula el derecho a la decimocuarta remuneración señala: 'La bonificación a la que se refiere el inciso anterior se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del IESS, pensionistas

COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 584 de 21 de junio de 2024.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> 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.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

08183

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024

del Seguro Militar y de la Policia Nacional.' En el contexto de la petición, aparentemente esta disposición legal, genera un derecho general al pago de la decimocuarta remuneración a favor delos jubilados patronales, beneficio que se ha extendido también a la decimotercera remuneración, a través de la emisión del acuerdo ministerial Nro. MDT.2019-199 que contenía el instructivo para el pago y registro de la decimotercera y decimocuarta remuneración (actualmente derogado por el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2023-140), instructivo que contradice la norma jerárquicamente superior como es el Código del Trabajo, puesto que, el artículo 111 del mencionado código no establece que el pago de la decimotercera remuneración deba efectuarse a favor de los jubilados patronales o ex trabajadores. Esta circunstancia evidencia una inconsistencia en el ejercicio reglamentario por parte del órgano competente en materia laboral, puesto que, en un acuerdo, no puede regular condiciones que no estén establecidas en la norma legal jerárquicamente superior.

En este contexto, queda claro que el pago de la decimocuarta remuneración que refiere el inciso tercero del artículo 113 del Código del Trabajo, a favor de los jubilados patronales, no es extensivo a la decimotercera remuneración, regulada por el artículo 111 ibídem, (sic) clarificada esta circunstancia, se plantea otra disyuntiva jurídica, que es necesario analizarla a la luz de la normativa vigente.

El artículo 216 del Código del Trabajo, regula de manera amplia el derecho al pago de la pensión jubilar por parte de los empleadores a sus ex trabajadores, establece reglas y procedimientos que permiten materializar este ejercicio, tanto en el ámbito público como privado, no obstante, la misma disposición en el numeral 2 inciso segundo refiere: Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable, en este contexto se entiende que la propia normativa ha planteado una excepción de aplicación para los municipios y prefecturas, reconociendo su autonomía en el ámbito político, administrativo y financiero, disponiendo que en función de su atribución normativa, regule los procedimientos de jubilación patronal a través de la emisión de ordenanzas con rigor en sus respectivos territorios.

A partir de esta derivación normativa, el GAD Municipal de Antonio Ante, ha regulado las condiciones de la jubilación patronal para sus extrabajadores, a través de la Ordenanza Sustitutiva que Reglamenta la Jubilación Patronal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Antonio Ante (...)"

# CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

El artículo 216 del Código del Trabajo, regula de manera amplia el derecho al pago de la pensión jubilar por parte de los empleadores a sus extrabajadores, establece reglas y procedimientos que permiten materializar este ejercicio, tanto en el ámbito publico como privado, no obstante, la misma disposición en el numeral 2 inciso segundo refiere: 'Exceptuase de esta disposición a los municipios y consejos provinciales del país que conformen el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las





www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para estos aplicable', en este contexto, se entiende que la propia normativa ha planteado una excepción de aplicación para los municipios y prefecturas, reconociendo su autonomía en el ámbito político, administrativo y financiero, disponiendo que en función de su atribución normativa, regule los procedimientos de jubilación patronal a través de la emisión de ordenanzas con respectivos territorios.

- En este escenario, aplicando el principio de favorabilidad contenido en el artículo 7 del Código del Trabajo, ante la duda razonable que plantea el alcance de las disposiciones legales y reglamentarias en esta materia laboral, el sentido más favorable para el trabajador implicaria que se pague la decimocuarta remuneración, basado en el cálculo definido en la ley, siempre que se encuentre establecida de manera formal en la ordenanza que regula el beneficio de jubilación patronal para los trabajadores del GAD Municipal de Antonio Ante, siendo consecuente con la disposición del artículo 216 del Código del Trabajo.
- El instrumento reglamentario de orden interno 'Ordenanza que Reglamenta la Jubilación Patronal del Gobierno Municipal de Antonio Ante' tiene por objeto regular los pagos por concepto de jubilación patronal para los trabajadores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Antonio Ante que se encuentran sujetos al Código del Trabajo, no prevé el pago de bonos adicionales a la jubilación patronal como el décimo tercer y cuarto sueldo, el pedido realizado por el ex trabajador municipal, no tendría asidero legal para efectuarse, no obstante, de modificarse las condiciones de la ordenanzas y de incluirse este beneficio de pago a favor de los jubilados patronales, aplicaría a partir de su vigencia.(...)"
- 1.2. Del criterio jurídico de la entidad consultante se aprecia que la normativa municipal no prevé el pago de la decimotercera y decimocuarta pensión a favor de los trabajadores que se han jubilado patronalmente de la referida institución. Asimismo, indica que en caso de que se modifique la ordenanza que reglamenta la jubilación patronal, la inclusión de la decimotercera y decimocuarta pensión aplicaría a partir de la vigencia de la normativa municipal.

# 2.- Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Derecho a la decimotercera y decimocuarta pensión; y, ii) Pronunciamiento previo sobre la materia.

# 2.1. Derecho a la decimotercera y decimocuarta pensión.-

El tercer inciso del artículo 229 de la CRE dispone que los obreros del sector público están sujetos al Código del Trabajo; y que, la calificación y determinación del régimen aplicable al personal del sector público corresponde al Ministerio del Trabajo, de conformidad con el



L +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

08183

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

artículo 2 de la Norma Técnica que Regula el Procedimiento para la Calificación de Obreras y Obreros, Servidoras y Servidores del Sector Público<sup>4</sup>.

Por otra parte, el artículo 111 del CT – que contiene la decimotercera remuneración – indica que "los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen mensualmente, la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario". En este sentido, es necesario añadir lo que indica el artículo 1 de la Ley 68-010<sup>5</sup>:

"Los Servidores Públicos y los Trabajadores cuya afiliación a la Caja Nacional del Seguro Social es obligatoria, percibirán, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación adicional, que será pagada en el Litoral y el Archipiélago de Colón, hasta el 15 de abril y en la Sierra y Oriente, hasta el 15 de Septiembre de cada año.

Esta bonificación será computada en la misma forma que el DÉCIMO TERCER SUELDO, de conformidad con el inciso segundo del Art. 1 del Decreto Legislativo de 6 de Noviembre de 1962, publicado en el Registro Oficial No. 316 del 26 de Noviembre del mismo año.

Para los jubilados por la Caja Nacional del Seguro y Pensionistas Militares del Estado y de la Policía Civil Nacional habrá una décima tercera pensión."

Así, el último inciso del artículo antes citado fue interpretado por la Ley Interpretativa No. 096-CL6 indica que "<u>la décima tercera pensión</u> que se dispone pagar en el mencionado inciso, comprende a todos los jubilados y pensionistas Militares del Estado y de la Policía Civil Nacional, <u>incluyéndose entre éstos</u> a los de las Cajas Militar y Policial, <u>jubilados del Estado, jubilados patronales</u> y pensionistas de montepío en general. Esta décima tercera pensión deberá ser pagada en el mes de diciembre de cada año, desde el presente año de 1968, inclusive, por parte de las instituciones que cubren las pensiones de que trata esta disposición" (énfasis añadido). Por otra parte, el último artículo ibidem indica que la ley entrará en vigor desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Respecto de la decimocuarta remuneración, el artículo 113 del CT establece en su tercer inciso que "La bonificación a la que se refiere el inciso anterior se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del IESS, pensionistas del Seguro Militar y de la Policía Nacional" (énfasis añadido).

En este orden de ideas, el cálculo de la jubilación patronal está determinado en el artículo 216 del CT, el mismo que "Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes,

Jer .

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Norma Técnica expedida mediante Acuerdo Ministerial No. 164, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 801 de 2 de octubre de 2012.

Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 41 de 29 de octubre de 1968.

<sup>6</sup> Ley interpretativa publicada en el Registro Oficial No. 94 de 15 de enero de 1969.





MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938. (...)

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Exceptúase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.

Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla " (enfasis añadido).

Sin perjuicio de lo anterior, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0099 señala en su artículo 1 que este "aplica para el cálculo mensual y global de la jubilación patronal contemplada en el artículo 216 del Código del Trabajo". Asimismo, el artículo 5 del Acuerdo citado prescribe que "(...) tanto empleadores como trabajadores, podrán de manera voluntaria, solicitar asistencia técnica para realizar el cálculo del valor de la pensión por jubilación patronal al Ministerio del Trabajo" y señala el procedimiento para tales fines (énfasis añadido).

Respecto de la seguridad jurídica, el artículo 82 de la CRE establece que este derecho se "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".

Así, el primer inciso artículo 425 de la CRE prevé el orden jerárquico de aplicación de las normas, en el cual las leyes – como lo son las Leyes Interpretativas o el Código del Trabajo –, tiene jerarquía superior a las ordenanzas y en caso de normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior. Por lo tanto, las ordenanzas que emitan los gobiernos autónomos descentralizados cantonales deben respetar los derechos que se prevean en normas superiores.

Finalmente, el artículo 326 numeral 2 indica que "<u>Los derechos laborales son irrenunciables e</u> <u>intangibles</u>" (énfasis añadido). En concordancia con lo anterior, el artículo 4 del CT establece que los derechos de los trabajadores son irrenunciables.

De lo analizado previamente, se desprende lo siguiente: *i)* la decimotercera y la decimocuarta remuneración constituyen derechos adicionales que tienen los trabajadores y jubilados patronales; *ii)* la función legislativa interpretó – mediante la Ley Interpretativa No. 96-CL – el último inciso del artículo 1 de la Ley 68-010, de 25 de octubre de 1968, y estableció que la décima tercera pensión se debe pagar a todos los jubilados y pensionistas Militares del Estado y de la Policía Civil Nacional, incluyéndose entre estos a los de las Cajas Militar y Policial, jubilados del Estado, jubilados patronales y pensionistas de montepío en general. Esta décima tercera pensión deberá ser pagada en el mes de diciembre de cada año desde el año de 1968,



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

M @PGEcuador

08183

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

inclusive, por parte de las instituciones que cubren las pensiones de que trata esta disposición; iii) el penúltimo inciso del artículo 216 del Código del Trabajo establece que a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo les compete regular, mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes, la jubilación patronal; iv) los empleadores y trabajadores pueden solicitar asistencia técnica para realizar el cálculo del valor de la pensión por jubilación patronal al Ministerio del Trabajo; y, v) los derechos laborales son irrenunciables.

# 2.2. Pronunciamiento previo sobre la materia.-

Revisado el sistema de consultas absueltas por este organismo, al que se puede acceder a través del portal institucional **www.pge.gob.ec**<sup>7</sup>, consta que la Procuraduría General del Estado <u>se pronunció</u> sobre el tema materia de su consulta, mediante oficio No. 07810, de 7 de febrero de 2020, en el que manifestó:

"(...) El artículo 216 del CT regula la jubilación a cargo de los empleadores, respecto de los trabajadores que cumplan los requisitos previstos en esa norma. Al respecto, se debe entender que la jubilación patronal es una prestación distinta a la que otorga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En tal contexto, respecto a la decimotercera remuneración, el artículo 1118 de ese código prevé el derecho de los trabajadores para que sus empleadores les paguen, mensualmente, el proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario, agregando su segundo inciso que 'A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse en forma acumulada, hasta el veinte y cuatro de diciembre de cada año'.

Sobre el derecho a la decimocuarta remuneración, el artículo 113 del CTº dispone que los trabajadores percibirán, además, una bonificación mensual equivalente a la doceava parte de la remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general, precisando en su segundo inciso que, a pedido escrito del trabajador, 'este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el 15 de marzo en las regiones de la Costa e Insular, y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazónica'. El tercer inciso del referido artículo establece, que dicha bonificación 'se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del IESS, pensionistas del Seguro Militar y de la Policia Nacional'.

De las disposiciones citadas se observa, que tanto la decimotercera como la decimocuarta remuneración constituyen derechos adicionales que tienen los trabajadores, cuyos valores pueden ser cancelados de forma mensual o acumulados, a pedido de estos, teniendo en consideración que, en el caso de la decimocuarta remuneración, según el tercer inciso del artículo 113 del CT, también se reconoce a favor de los jubilados.

Por su parte, mediante Ley No. 96-CL<sup>10</sup>, la Función Legislativa interpretó el último inciso del articulo 1 de la Ley 68-010<sup>11</sup> de 25 de octubre de 1968, que creó 'la décima

10 Ley interpretativa publicada en el Registro Oficial No. 94 de 15 de enero de 1969.

In

<sup>&</sup>lt;sup>a</sup> Artículo sustituido por el Art. 21 de la Ley publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015.

Articulo sustituido por el Art. 22 de la Ley publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015.



+593 2 2941300 www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024 Página 2

tercera pensión para los pensionistas militares del Estado y de la Policía Civil Nacional, igualmente para aquellas personas que perciben pensiones jubilares', siendo el texto interpretado el siguiente:

Que la décima tercera pensión que se dispone a pagar en el mencionado inciso, comprende a todos los jubilados y pensionistas Militares del Estado y de la Policía Civil Nacional, incluyéndose entre estos a los de las Cajas Militar y Policial, jubilados del Estado, jubilados patronales y pensionistas de montepío en general. Esta décima tercera pensión deberá ser pagada en el mes de diciembre de cada año, desde el presente año de 1968, inclusive, por parte de las instituciones que cubren las pensiones de que trata esta disposición.

(...)

## 3. Pronunciamiento. -

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 1 de la Ley Interpretativa No. 096-CL y 113 del CT, los empleadores, inclusive los empleadores públicos, deben cancelar la decimotercera y decimocuarta remuneraciones a sus jubilados patronales. (...)"

# 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta y de conformidad con los artículos 1 de la Ley Interpretativa No. 096-CL, 111 y 113 del CT, los empleadores, inclusive los empleadores públicos (como los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales) deben cancelar la decimotercera y decimocuarta pensión a sus jubilados patronales.

En lo que respecta a la segunda consulta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 237 número 3 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>12</sup>, y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado<sup>13</sup>, le corresponde al Procurador General del Estado absolver las consultas jurídicas con carácter vinculante 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 en los casos en los que aquellos corresponda a otras autoridades, por delegación del Procurador General del Estado<sup>14</sup>. En este contexto, en vista de que la consulta no trata sobre la inteligencia de normas, este organismo está impedido

Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 41 de 29 de octubre de 1968.

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

Ley Orgánica de la Procuraduria 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. - Corresponde 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 la Función Legislativa del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinados 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 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 (...)" (el resaltado me pertenece)

<sup>14</sup> Resolución No. 069 de 13 de enero de 2022, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 633 de 4 de febrero de 2022.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

05133 MUNICIPIO DE ANTONIO ANTE 0005256-2024
Página 2

de atender su requerimiento, en virtud de lo previsto en la normativa citada, considerando el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la CRE, por el cual las instituciones del Estado "(...) ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley".

Finalmente, con relación a la tercera pregunta, se aclara que el cálculo de la pensión jubilar patronal, debe ser determinada mediante una ordenanza municipal conforme el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo. De acuerdo con el artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y el literal k) del artículo 6 del mismo código, corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal implementar los cálculos y la normativa correspondiente por medio de acto normativo del órgano legislativo competente respetando lo que establezca la Constitución y la ley. De considerarlo necesario y oportuno, la entidad consultante puede solicitar asistencia técnica al Ministerio del Trabajo según lo previsto en el artículo 5 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0099.

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 Ivonne Nuñez Figueroa
MINISTRA DE TRABAJO



Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

pCEcuador

Oficio No. 08182

Quito, D.M., 1 4 AGO 2024

Ingeniero
Marco Giovanni López Narváez
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS
Presente. -

# De mi consideración:

Mediante oficio No. SCVS-INPAI-2024-00014925-O, de 27 de febrero de 2024, ingresado en el correo institucional de esta Procuraduría al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

"¿Puede permanecer el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros en el ejercicio de sus funciones, hasta que sea designada legalmente la nueva autoridad entrante por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de la terna que para el efecto remita el primer mandatario?".

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

# 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 05838 y No. 05839, de 05 de marzo de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio del Trabajo (en adelante, "MDT") y al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante, "CPCCS"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta.
- 1.2. El requerimiento efectuado por este organismo fue atendido por la Presidenta del CPCCS mediante oficio No. CPCCS-CPCCS-2024-0276-OF, de 19 de marzo de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo al día siguiente, al cual adjuntó el memorando No.CPCCS-CGAJ-2024-0198-M, de 18 de marzo de 2024, suscrito por la Coordinación General de Asesoría Jurídica del CPCCS, sin que el MDT haya atendido dicho requerimiento hasta la presente fecha.
- 1.3. El informe jurídico del Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional, encargado, de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, "SCVS"), contenido en memorando No. SCVS-INPAI-2024-0285-M, de 27 de febrero de 2024, citó como fundamento jurídico los artículos 120 número 11, 204, 205, 226 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup> (en adelante, "CRE"); 431, 435 y 436 de la Ley de Compañías<sup>2</sup> (en adelante, "LC"); y, 5 número 5 de la Ley Orgánica del Consejo de

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



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



www.pge.gob.ec

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 0004315-2024 Página 2

Participación Ciudadana y Control Social<sup>3</sup> (en adelante, "LOCPCCS"), con fundamento en los cuales concluyó:

## "IV. Criterio Juridico

De acuerdo con lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Compañías, la máxima autoridad de esta Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros desempeñará sus funciones por cinco años.

Es importante señalar que los supuestos expuestos en el artículo 435 de la Ley de Compañías, para que el Intendente Nacional de Compañías asuma el ejercicio de Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, no abarcan el presente caso; esto es, la finalización del periodo para el cual fue designado el Ingeniero Marco López Narváez. Todo esto dicho, sin entrar en la dicotomía de que la designación del tiempo para el cual tuvo que haber sido posesionado, es expresamente contraria a la norma constitucional.

Así, en virtud de los hechos y del análisis normativo realizado, es criterio de esta Intendencia Nacional de Procuraduría de Asesoría Institucional, que si al término de la gestión del actual Superintendente, la Institución quedaría sin su titular hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designe a la máxima autoridad de este órgano de control, conforme lo dispone la Ley, esto es de una terna enviada por el Presidente de la República.

Por las consideraciones expuestas, se concluye que, a fin de garantizar la continuidad y desarrollo de las actividades institucionales de este organismo de control, es procedente que el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros continúe en el desempeño de su cargo hasta que sea legalmente designada la nueva autoridad entrante".

1.4. Por su parte, el criterio jurídico del CPCCS, además de las normas referidas por la consultante, citó los artículos 213 de la CRE; 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>4</sup> (en adelante, "RLOSEP"); y, 25 del Reglamento para la Designación de la Primera Autoridad de la SCVS, por Ternas Propuestas por el Ejecutivo<sup>5</sup> (en adelante, "Reglamento para la Designación de Superintendente de Compañías"), en base a lo cual concluyó lo siguiente:

# "CONCLUSIÓN CRITERIO JURÍDICO

Del análisis realizado la Coordinación General de Asesoria Jurídica concluye lo siguiente:

En lo relativo a la primera autoridad de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, en caso de que faltare la designación de la primera autoridad para el nuevo período, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público en el artículo 105 numeral 4.1, establece diferentes salvedades para el reemplazo o prórroga de funciones

\* RLOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 01 de abril de 2011.

LOCPCCS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 09 de septiembre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Reglamento para la Designación de Superintendente de Compañías, expedido mediante Resolución No. CPCCS-PLE-SG-001-2022-793, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 10 de febrero de 2022.



www.pge.gob.ec

08182

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 0004315-2024 Página 3

en caso de corresponder, con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales".

1.5.- De lo manifestado se evidencia que los informes jurídicos de la SCVS y del CPCCS son concordantes en manifestar que si al término de la gestión del actual Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, faltare la designación de esa autoridad para el nuevo período, es procedente que dicho Superintendente continúe en el desempeño de su cargo hasta que sea legalmente reemplazado, de conformidad con la excepción prevista en el número 4.1 del artículo 105 del RLOSEP, a fin de garantizar la continuidad y desarrollo de las actividades institucionales.

### 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 designación de Superintendente por parte del CPCCS; *ii)* La prórroga de funciones de servidores a periodo fijo; y, *iii)* Pronunciamientos previos sobre prórroga de funciones.

# 2.1. La designación de Superintendente por parte del CPCCS. -

De conformidad con lo determinado en el artículo 204 de la CRE, la Función de Transparencia y Control Social está integrada, entre otras entidades, por las Superintendencias que tienen personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; y, según el artículo 205 ibídem, los representantes de esas entidades "ejercerán sus funciones durante un periodo de cinco años", especificando que, en caso de destitución, se deberá realizar un nuevo proceso de designación.

Según el artículo 207 de la CRE, el CPCCS debe designar a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. En este sentido, el número 10 del artículo 208 ibídem establece como una de las atribuciones del CPCCS el "Designar a la primera autoridad de (...) las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente" (énfasis añadido). Similar disposición consta en el numeral 5 del artículo 5 de la LOCPCCS

De su parte, el inciso segundo del artículo 1 de la LOCPCCS, referente a su ámbito de aplicación, prevé que el CPCCS "promueve e incentiva el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsa y establece los mecanismos de control social; y la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley".

Concordante, el número 8 del artículo 5 ibidem dispone que corresponde al CPCCS, entre otras atribuciones, el "Designar a las autoridades y delegados de la ciudadanía que determine la ley, luego de agotar el proceso de selección correspondiente, con veeduría y derecho a impugnación ciudadana, en los casos que correspondan".

Así también, el inciso tercero del artículo 55 de la LOCPCCS señala que: "El desarrollo de los procesos de veeduría e impugnación ciudadana para la designación (...) de las o los Superintendentes, de las ternas enviadas por la Presidenta o Presidente de la República, serán efectuados directamente por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social".





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

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 0004315-2024 Página 4

En ese orden de ideas, el artículo 68 de la LOCPCCS establece que el CPCCS "designará a la primera autoridad de (...) las superintendencias, de entre las ternas propuestas por la Presidenta o el Presidente de la República, luego del proceso de veeduría e impugnación ciudadana correspondientes", agregando que: "Las ternas propuestas estarán conformadas respetando la alternabilidad entre hombres y mujeres y bajo el principio de interculturalidad".

Agrega el primer inciso del artículo 431 de la LC que la SCVS tiene "personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros". Según el tercer inciso del artículo 435 ibidem, "El Intendente de Compañías con sede en la Oficina Matriz reemplazará al Superintendente de Compañías y Valores en caso de ausencia o impedimento ocasional o ausencia definitiva" (énfasis añadido).

Adicionalmente, el artículo 436 de la LC prevé que, en caso de ausencia definitiva del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, "el Presidente de la República, en el plazo máximo de treinta días, enviará al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la terna para su designación y nombramiento conforme a la Constitución y la ley", precisando que: "El Superintendente así designado durará en el desempeño de sus funciones el tiempo que faltare para completar el período para el cual fue designada la persona en cuyo reemplazo asume el cargo" (énfasis añadido).

En ese orden de ideas, el artículo 25 del Reglamento para la Designación de Superintendente de Compañías, dispone que "La Primera Autoridad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros será designada mediante resolución del Pleno del Consejo, dentro del término de un (1) día una vez culminada la audiencia oral", y corresponde al Pleno del CPCCS remitir a la Asamblea Nacional la resolución con el nombre de la autoridad designada, para su posesión, según lo prevé el artículo 26 ibídem.

De lo manifestado se desprende que: *i)* las Superintendencias están representadas por los Superintendentes quienes ejercen sus funciones por un período de cinco años; *ii)* corresponde al CPCCS designar a los Superintendentes de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del correspondiente proceso de impugnación y veeduría ciudadana; *iii)* en caso de ausencia o impedimento ocasional o ausencia definitiva del Superintendente de Compañías y Valores lo reemplazará el Intendente de Compañías con sede en la Oficina Matriz; y, *iv)* en caso de ausencia definitiva del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, el Presidente de la República, en el plazo máximo de treinta días, enviará una nueva terna para que el CPCCS proceda con su designación y nombramiento, el cual durará en el desempeño de sus funciones el tiempo que faltare para completar el período para el cual fue designada la persona en cuyo reemplazo asume el cargo.

# 2.2. La prórroga de funciones de servidores a periodo fijo. -

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>6</sup> (en adelante, "LOSEP") dispone que esa ley será de aplicación obligatoria "en materia de recursos humanos y remuneraciones", a toda la administración pública que incluye, según su número 1, a los organismos y

<sup>8</sup> LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010.



www.pge.gob.ec

08182

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 0004315-2024 Página 5

dependencias de las funciones del Estado, entre ellas la Función de Transparencia y Control Social.

En este contexto, el artículo 16 de la LOSEP establece que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora. El artículo 17 ibidem, en armonía con el artículo 17 de su Reglamento General, precisan que, para el ejercicio de la función pública, los nombramientos podrán ser, entre otros, "De período fijo", en aquellos casos "cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal" (énfasis añadido).

De conformidad con la letra e) del artículo 47 de la LOSEP, los servidores públicos cesarán definitivamente en sus funciones, entre otros casos, "Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo (...)", sin que dicha remoción constituya sanción alguna.

Respecto de los servidores públicos designados para ejercer un puesto por período fijo, el número 4 del artículo 105 del RLOSEP dispone que su cesación se produce:

"4.1.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, a fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los funcionarios de periodo fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados, conforme a lo siguiente:

- a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de periodo fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se posesione el servidor que resultare electo; y,
- b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se posesione el servidor que resultare electo (...)

En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo" (énfasis añadido).

De lo expuesto se observa que: *i)* en materia de recursos humanos y remuneraciones, la LOSEP es de aplicación obligatoria para toda la administración pública, que incluye a los organismos y dependencias que integran la Función de Transparencia y Control Social, como es el caso de la SCVS; *ii)* entre los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública se encuentran los de período fijo, que son aquellos cuyos titulares son







SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 9004315-2024 Página 6

nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal; *iii)* los nombramientos de período fijo concluyen de manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera formalización de acto administrativo alguno; y, *iv)* como excepción se prevé que los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto hasta que sean legalmente reemplazados a fin de mantener la representación institucional.

# 2.3. Pronunciamientos previos sobre prórroga de funciones. -

Sobre la aplicación del artículo 105 del RLOSEP, cuyo texto conserva vigencia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 12902, de 09 de noviembre de 2017, la Procuraduría General del Estado concluyó:

"(...) en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que de acuerdo con las excepciones previstas en el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, los miembros del Consejo Nacional Electoral cuyos periodos están próximos a vencer, no podrán separarse del desempeño de sus puestos hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designe a sus reemplazos y los mismos se posesionen ante la Asamblea Nacional, (...).

(...)

La continuidad en el cargo que por excepción admite el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General la LOSEP para los funcionarios cuyo periodo ha concluido, se motiva en la necesidad de garantizar la no interrupción de las actividades institucionales y da lugar a que los funcionarios del nivel jerárquico superior no puedan separarse del desempeño del puesto, conserven la calidad que ostentan y mantengan la representación institucional correspondiente, hasta que se perfeccione su reemplazo conforme al procedimiento legal respectivo.

(...) en atención a los términos de su segunda consulta, se concluye que los actuales Presidente y Vicepresidente de ese Organismo mantienen sus calidades y la representación de ese órgano de acuerdo con los incisos segundo y final del numeral 4.1 del artículo 105 del Reglamento a la LOSEP, hasta que se produzca la renovación parcial de los miembros (...)" (énfasis añadido).

En el mismo sentido, mediante oficio No. 09621, de 11 de agosto de 2020, la Procuraduría General del Estado volvió a pronunciarse sobre la aplicación del artículo 105 del RLOSEP, en los siguientes términos:

"En ese orden de ideas, el artículo 105, reformado, del RLOSEP, citado anteriormente, indica en su sexto inciso que, en los casos de cesación de funciones, mientras no se hayan designado nuevos dirigentes 'se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo'.

# 3. Pronunciamiento .-





SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS 0004315-2024 Página 7

En atención a los términos de sus consultas, se concluye que las excepciones a la cesación de los servidores designados en puestos sujetos a periodo fijo, previstas en el numeral 4.1 del artículo 105, reformado, del RLOSEP, son aplicables a los miembros principales de la COPISA y, en su ausencia, a sus suplentes, cuyos períodos hubieren concluido, hasta que el CPCCS designe a sus reemplazos. Esto considerando que, habiéndose declarado la terminación anticipada del procedimiento de selección de los nuevos miembros de ese órgano colegiado, la cesación de dichos funcionarios, incluidos su Presidente y Vicepresidente, interrumpiria las actividades institucionales" (énfasis añadido).

### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en el número 4 del artículo 105 del RLOSEP, las excepciones a la cesación de funciones de los servidores designados en puestos sujetos a periodo fijo son aplicables al Superintendente de Compañías Valores y Seguros, cuyo período hubiere concluido, debiendo permanecer en dicho cargo hasta que el CPCCS designe a su reemplazo y el mismo sea posesionado ante el Pleno de la Asamblea Nacional, en virtud de que, en caso de que se produzca la cesación de dicho funcionario, sin que medie la designación de un remplazo, interrumpiría las actividades institucionales de la SCVS.

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 los casos institucionales específicos.

Atentamente.

c.e.

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Mgs. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa,

Ministra del Trabajo

Ing. Nicole Stephanie Bonifaz López,

Presidenta del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Anexo: Oficio No. 12902, de 09 de noviembre de 2017, y oficio No. 09621, de 11 de agosto de 2020,



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

Oficio No.

08228

Quito, D.M.,

1 5 AGO 2024

Doctor

Eduardo Patricio Haro Ayerve

RECTOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES – UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO (IAEN)

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. IAEN-GU-R-2024-0115-O, de 28 de mayo de 2024, ingresado en el corre institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

"¿Es procedente aplicar las excepcionalidades establecidas en el artículo 105, numeral 4.1, letras a) y b) del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, para prorrogar en funciones a las dignidades de los representantes estudiantiles ante el órgano colegiado superior, máxima autoridad de una Universidad pública, cuyas funciones fenezcan o hayan fenecido por haber concluido el periodo para el cual fueron electos, hasta ser reemplazados legalmente, conforme lo establece la Ley Orgánica de Educación Superior?"

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

## 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. 06812, de 13 de mayo de 2024, este organismo solicitó al Instituto de Altos Estudios Nacionales Universidad de Posgrado del Estado (en adelante, "IAEN"), se sirva reformular los términos de la consulta inicialmente planteada en oficio No. IAEN-GU-R-2024-0103-O, de 9 de mayo de 2024, ingresada en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día, así como remitir el informe jurídico debidamente fundamentado por parte del Director de Procuraduría del IAEN respecto de la consulta reformulada. Este requerimiento fue atendido con el oficio al que se hace referencia al inicio del presente.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios Nos. 07216, 07217 y 07218, de 11 de junio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó los criterios institucionales de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante, "SENECYT"); del Consejo de Educación Superior (en adelante, "CES"); y, del Ministerio del Trabajo (en adelante, "MDT"), sobre la materia objeto de la consulta.





**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

M @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página. 2

- 1.3. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos mediante las siguientes comunicaciones: *i)* por la Subsecretaria de Normativa del MDT mediante oficio No. MDT-SN-2024-0461-O, de 18 de junio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado, el 20 del mismo mes y año; *ii)* por la SENECYT mediante oficio No. SENECYT-CGAJ-2024-0119-CO, de 24 de junio de 2024, ingresado en este organismo el mismo día, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de dicha entidad; y, *iii)* por el CES mediante oficio No. CES-CES-2024-0426-CO, de 25 de junio de 2024, ingresado en la misma fecha en el correo institucional de esta entidad, al que se adjuntó el informe jurídico contenido en oficio s/n, suscrito por la Procuradora del CES.
- El informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. IAEN-IA-1.4. PROC-2024-0178-M, de 28 de mayo de 2024, suscrito por el Director de Procuraduría del IAEN, en el cual citó los artículos 226, 229, 326 número 15, 345, 355 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, "CRE"): 3, 5 letra e), 12, 13 letras f) y g), 17, 18, 45, 46, 47, 60, 61, 63, 67, y Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior<sup>2</sup> (en adelante, "LOES"); 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>3</sup> (en adelante, "LOSEP"); 105 número 4 subnúmero 4.1 letras a) y b) del Reglamento a la LOSEP4 (en adelante, "RLOSEP"); 55 del Código Orgánico Administrativo<sup>5</sup> (en adelante, "COA"); 8 letras a) y b), 13, 14, 15, 17, 21 números 1 y 3, 22, 24 y 67 números 1 y 7 del Estatuto del Instituto de Altos Estudios Nacionales<sup>6</sup> (en adelante, "EIAEN"); 7 y 8 del Reglamento para la elección de representantes de estudiantes al Consejo Universitario del Instituto de Altos Estudios Nacionales<sup>7</sup> (en adelante, "RIAEN"); y, 1, 2, 8, 21 del Reglamento de Funcionamiento del Consejo Académico8 (en adelante, "RFCAIAEN"), y Pronunciamientos vinculantes de la Procuraduría General del Estado con oficios No. 12902, de 9 de noviembre de 2017, y No. 03768, de 14 de mayo de 2019, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

#### "4.- Conclusiones:

(...)

Para ocupar las dignidades de representación estudiantil ante el cogobierno, los candidatos deben cumplir los requisitos establecidos en la Ley, y su elección, se realizará mediante votación universal, directa y secreta, su renovación se realiza acorde con la periodicidad establecida en los estatutos de cada institución. En el caso

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

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> RLOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> EIAEN, publicado en el Registro Oficial No. 41 de 17 de junio de 2005.

RIAEN, https://www.iaen.edu.ec/wp-content/uploads/2024/04/resolucion\_no.\_res-so-005-no.\_018-

<sup>2021</sup> reglamento eleccion representantes estudiantes cau-l-l.pdf

RFCAIAEN,

file:///C:/Users/mmanjarrez.QUITO/Downloads/Reglamento%20de%20funcionamiento%20del%20Consejo%20Acad%C3%A9mico.pdf f



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página: 3

del IAEN, el artículo 17 del Estatuto señala que los representantes estudiantiles y sus alternos durarán un año en sus funciones, pudiendo ser reelegidos por un periodo similar; es así que, el 14 de noviembre de 2023, concluyó el periodo de los representantes estudiantiles posesionados mediante la Resolución Nro. RES-SO-030-No.097/2022, del 14 de noviembre de 2022; y, con fecha 02 de abril de 2024, mediante resolución Nro. RES-SO-008-No.036/2024, el H. CAU convocó a elecciones para elegir a los nuevos representantes a fin de ocupar dicha dignidad; sin perjuicio de aquello, los representantes estudiantiles que cumplieron su periodo continuaron siendo convocados a las sesiones del H. CAU ya que no han sido reemplazados legalmente mediante el proceso electoral interno, según lo contemplado en el artículo 61 de la LOES y normativa interna del IAEN. (El resaltado pertenece al texto original).

La representación de los estudiantes ante el H. CAU es considerada una dignidad según lo establecido en el artículo 61 de la LOES y artículo 17 del Estatuto IAEN; por su parte, la RAE define a la palabra dignidad como "(...) Cargo o empleo honorífico y de autoridad. (...)", por lo tanto, dichos representantes ejercen una dignidad en un órgano colegiado superior de carácter público que es la máxima autoridad institucional del IAEN, cumpliendo funciones públicas por las decisiones que toman durante el periodo para el cual fueron electos, con atribuciones y responsabilidades sujetas a fiscalización por los entes de control, enmarcándose en lo que establece el artículo 229 de la CRE y artículo 4 de la LOSEP. (El resaltado pertenece al texto original).

En tal sentido, conforme las consideraciones que anteceden y sobre la base de lo que establece los artículos 229, 326 numeral 15 y 345 de la CRE; los artículos 3, 12, 13, 18.e, 47, 60 y 61 de la LOES; el artículo 4 de la LOSEP; el artículo 105, numeral 4.1, letras a) y b) del Reglamento a la LOSEP; los artículos 8, letras a) y b), 13, 14, 17, 21, 22, 24 del Estatuto IAEN; y, los pronunciamientos emitidos por la Procuraduria General del Estado a través de los oficios Nro. 12902 de 09 de noviembre de 2017 y Nro. 03768 de 14 de mayo de 2019; los representantes de los estudiantes que ejercen una dignidad ante el H. CAU del IAEN que aún no han sido reemplazadas legalmente, continúan tácitamente en funciones prorrogadas hasta la posesión de las nuevas dignidades en dicho órgano, a fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de la educación y las actividades académicas y administrativas de esta Universidad".

1.5. Por su parte, el criterio jurídico del MTD citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 17 letra d), 47 letra e) de la LOSEP; y, 17 letra d) del RLOSEP, con base en lo que analizó y concluyó:

# "2.- PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Asimismo, se comunica que el Ministerio del Trabajo si hien ejerce rectoria en materia laboral, conforme al artículo 51, letra i) de la Ley Orgánica de Servicio Público, es competente para emitir criterios sobre la aplicación de los preceptos legales (emitidos





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página, 4

por este Ministerio) en materia de remuneraciones, ingresos complementarios y talento humano del sector público y absolver las consultas que formulen las instituciones señaladas en el artículo 3 de la LOSEP; sin embargo, del análisis detallado de su pedido, se evidencia que el mismo requiere que este Ministerio se pronuncie sobre la participación de los estudiantes en los organismos colegiados de cogobierno de las instituciones de educación superior públicas y particulares, lo cual se encuentra reconocido en una normativa sobre la cual esta cartera de Estado no ejerce rectoria como lo es la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos anteriores, dentro de lo que le compete a este Ministerio se indica, de manera general, que el articulo 105 del Reglamento General a la LOSEP es aplicable para cesación de funciones por remoción de servidores y servidoras públicos que presten sus servicios en las instituciones públicas reconocidas en el ámbito de aplicación de la LOSEP. En cambio, el artículo 60 de la LOES habla de "participación" de los estudiantes en los organismos colegiados de cogobierno de las instituciones de educación superior públicas y particulares, lo cual no evidencia la existencia de una relación laboral ní la expedición de un nombramiento de periodo fijo con las regulaciones que requiere el ingreso al servicio público y demás consideraciones legales previstas en la LOSEP y su Reglamento General.

Por otro lado, hay que considerar que la organización, integración, deberes y atribuciones del órgano colegiado superior, del cual participa la representación estudiantil, estará a lo que conste en los respectivos estatutos y reglamentos de las instituciones de educación superior, de conformidad con el Art. 46 de la LOES, siendo que los mismos son expedidos por dichas instituciones en el ejercicio de su autonomía responsable, de conformidad con el Art. 18, letras b, e, i de la Ley ibidem".

**1.6.** El informe jurídico del SENECYT, además de las normas citadas por el IAEN, se refiere a los artículos 353 de la CRE; y, 15, 166 y 169 letras g) y n) de la LOES, y concluye los siguiente:

"Es así que, en ejercicio de sus competencias, mediante Resolución Nro. RPC-SO-21-No.239-2015, el Consejo de Educación Superior, expidió la normativa para elegir rectores de las universidades o escuelas politécnicas del país, en la cual se contempla, entre otras, los casos para la cesación de funciones, el periodo de gestión, y las figuras de subrogación y reemplazo.

Por lo expuesto, y en atención a la consulta remitida, me permito indicar que Senescyt no es la Entidad competente para pronunciarse al respecto; por el contrario el Consejo de Educación Superior, en atención al principio de legalidad y juridicidad, es el organismo competente para absolver las consultas planteadas, toda vez que el mismo ha expedido la normativa para elegir rectores de las Universidades o escuelas politécnicas del país, y es el encargado de monitorear los aspectos académicos y jurídicos de las instituciones de educación superior".



L +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página. 5

08229

1.7. Finalmente, el criterio jurídico del CES, con respecto a la consulta, además de las normas ya señaladas citó los artículos 225 de la CRE, 22 del COA; 3, 5, 16 y 18 de la LOSEP; y, 1 y 14 de la LOES, con fundamento de los cuales concluyó:

"De esta manera, si bien el CES cuenta con potestad normativa entregada por la LOES, esta se limita a expedir los actos normativos necesarios para reglamentar al SES y a los actores que lo conforman. Por lo tanto, considerando que la consulta planteada por el IAEN aludida en el Oficio Nro. 07217, trata explicitamente sobre la procedencia o no de la aplicación de normas de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), la cual fue promulgada por la Asamblea Nacional, se colige que determinar aquello sobrepasaría las atribuciones del CES reconocidas constitucional y legalmente, razón por la cual, este Organismo no estaría facultado para emitir un pronunciamiento respecto a la aplicación de tal Ley.

Sin perjuicio de lo indicado, se exponen a continuación varias precisiones jurídicas que podrían ser de utilidad. La CRE contiene una sección en la que regula lo relativo al sector público; así, en lo principal, el artículo 225 describe las instituciones que forman parte de este sector; y, el artículo 229, define al servidor público como toda persona que en cualquier forma o a cualquier título trabaje, preste servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, cuyos derechos son irrenunciables, dentro de estos derechos se encuentran las remuneraciones.

Lo anterior se desarrolla en la LOSEP que, en su artículo 3, establece que su ámbito de aplicación se enmarca en lo relativo a recursos humanos y remuneraciones de la administración pública; su artículo 5 prescribe los requisitos para ingresar al servicio público; y, en los artículos 16 y 18, se regula lo referente a la emisión de nombramientos y posesión de los servidores, sobre lo cual determina que, una vez emitidos los nombramientos, es obligación de la Unidad de Talento Humano registrarlos en la institución a la que pertenecen los servidores.

Por otra parte, la LOES en su artículo 1 delimita el ámbito de aplicación de la misma, determinando que aquella regula al SES y a los organismos e instituciones que lo integran. Según los artículos 14 y 15 de la Ley ibidem, estas instituciones y organismos son: 1) universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares; 2) institutos y conservatorios superiores, públicos y particulares; y 3) CES, CACES y SENESCYT.

En lo relacionado a los órganos de carácter colegiado de las universidades, escuelas politécnicas, institutos y conservatorios superiores, el artículo 46 de la LOES determina que estas instituciones formarán órganos colegiados de carácter académico y administrativo, cuya organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos, en coherencia con las disposiciones establecidas en la Ley

En cuanto al órgano colegiado superior, la LOES dispone que, de manera obligatoria, las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares tienen como autoridad máxima a un órgano colegiado superior, integrado por autoridades, representantes de los profesores y estudiantes.





**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES. 0005201-2024 Página. 6

Finalmente, sobre la elección de representantes estudiantiles ante los órganos colegiados superiores, el artículo 60 indica que esta se realizará por votación universal, directa y secreta. En cuanto a su renovación, la norma determina que se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de cada institución y que aclara que, de no hacerlo estos perderán su representación. Lo manifestado implica que los representantes estudiantiles cumplen un rol de representación de un estamento ante los órganos colegiados de cogobierno de las instituciones de educación superior, de acuerdo con lo dispuesto por la LOES.

El presente informe aborda estrictamente aspectos normativos y de legalidad con el fin de orientar sobre la aplicación de la normativa aplicable en el caso planteado y se emite teniendo como antecedente la información proporcionada por el requirente. En consecuencia, constituye un elemento de juicio para la toma de decisiones por parte de la administración".

1.8. De lo expuesto, se observa que la entidad consultante con argumento en la cesación de funciones por remoción prevista en el artículo 105 número 4.1 letra a) y b) del RLOSEP, considera que los representantes de los estudiantes ante el Honorable Consejo Académico Universitario del IAEN que no ha sido reemplazado deben continuar tácitamente en sus funciones hasta la posesión de los nuevos representantes de estudiantes.

El MDT y el CES coinciden en señalar que la LOSEP y su Reglamento se refieren a casos de cesación de funciones de servidores públicos pertenecientes a la carrera del servicio público, mientras que en el caso de órgano colegiado superior, de las instituciones de educación superior públicas y particulares, en el que participan los representantes estudiantiles, se deberá observar las disposiciones contenidas en la LOES en sus artículos 46 y 60.

Por su parte, la SENECYT se abstiene de emitir criterio ya que considera que no es competente de pronunciarse por ser un tema que corresponde por competencia al CES.

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos i) Definición de servidor público; y, ii) La autonomía de las Universidades y la elección de la Representación Estudiantil

# 2.1. Definición de Servidor Público. -

El primer inciso del artículo 229 de la CRE contiene una definición genérica de servidor público, estableciendo que "Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un



Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
 ★593 2 2941300

www.pge.gob.ec

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página. 7

cargo, función o dignidad dentro del sector público". Idéntica previsión consta en el artículo 4 de la LOSEP.

El citado artículo 229 de la CRE se remite a la ley para regular el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores, y prevé la aplicación del Código del Trabajo a los obreros del sector público.

En este orden de ideas, el artículo 5 de la LOSEP establece los "Requisitos para el ingreso" al servicio público, e incluye, entre otros, la presentación de la declaración patrimonial juramentada. Además, el primer inciso de su artículo 16 prevé que "Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora" y posesión del "cargo público" (El resaltado me corresponde).

Los tipos de nombramientos son: provisionales o definitivos, de libre nombramiento y remoción y de periodo fijo, así como los contratos de servicios ocasionales, están previstos por la LOSEP para los servidores públicos y constan regulados por sus artículos 17 y 58, respectivamente. Los nombramientos permanentes se expiden para llenar vacantes mediante el procedimiento de selección previsto en esa ley, esto es, mediante concurso; mientras que los casos en que procede otorgar nombramientos provisionales son los descritos por los subliterales b.1 a b.5 del artículo 17; en tanto que los contratos ocasionales están previstos para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, según el artículo 58 de la LOSEP.

Adicionalmente de acuerdo con el artículo 105 de la LOSEP, los servidores públicos son remunerados con cargo a una partida presupuestaria específica a la que está ligado el respectivo puesto o cargo; y, por tanto: "La norma, acto decisorio, acción de personal, o el contrato que fije la remuneración de una servidora o servidor, no podrá ser aplicable si no existe la partida presupuestaria con la disponibilidad efectiva de fondos".

Ahora bien, en cuanto al tema materia de su consulta es oportuno mencionar el artículo 47 letra e) de la ley ibidem, que determina a "la remoción" como una causal de cesación definitiva de los servidores públicos. En este mismo sentido el artículo 105 numeral 4.1 letras a) y b) del RLOSEP menciona lo siguiente:

"Art. 105.- Cesación de funciones por remoción. - En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47, letra e) de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente:





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Páginu. 8

(...)

4.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios de periodo fijo. - La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos:

4.1.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, a fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados, conforme a lo siguiente:

a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de período fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se posesione el servidor que resultare electo; y,

b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se posesione el servidor que resultare electo. (El resaltado me pertenece)

En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo".

De lo expuesto se desprende que: *i)* servidores públicos son todas aquellas personas que trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo dentro del sector público; *ii)* para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato, según la clasificación prevista en la LOSEP; *iii)* la persona que ingresa al servicio público deberá cumplir los requisitos para el ingreso y requiere presentar la declaración patrimonial juramentada al momento de su posesión; *iv)* la LOSEP será la norma encargada del desarrollo profesional, técnico y personal incluido las causas de cesación de los servidores públicos.



www.pge.gob.ec

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
0005201-2024
Página. 9
Página. 9

08229

# 2.2. La autonomía de las Universidades y la elección de la Representación Estudiantil. -

El artículo 351 de la CRE establece que el sistema de educación superior está articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo, y se rige "por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento" (énfasis añadido).

El artículo 352 de la carta magna, en concordancia con el artículo 14 de la LOES, determina que el sistema de educación superior está integrado por "universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados".

La CRE en su articulo 355 determina que el Estado reconoce a las universidades y escuelas politécnicas la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución, principio de autonomía responsable que se desarrolla en los artículos 17 y 18 de la LOES, que establece libertades académicas, administrativas, financieras y orgánicas en cuanto al gobierno y gestión de las universidades y escuelas politécnicas.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la LOES, en cuanto a su ámbito de aplicación señala que "regula el sistema de educación superior en el país, a los organismos e instituciones que lo integran: determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y establece las respectivas sanciones" por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y referida Ley. (El énfasis me corresponde),

El articulo 5 ibidem determina los derechos de los estudiantes, en donde la letra e) incluye dentro de los mismos el "Elegir y ser elegido para las representaciones estudiantiles e integrar el cogobierno, en el caso de las universidades y escuelas politécnicas".

Respecto al cogobierno de las instituciones de educación superior, el artículo 45 de la LOES señala que es "parte consustancial de la autonomía responsable" y agrega que, consiste en la "dirección compartida de las instituciones de educación superior", por parte de los diferentes sectores de la comunidad: "profesores, estudiantes, empleados y trabajadores, acorde con los principios de calidad, igualdad de oportunidades, alternabilidad y equidad de género". El inciso segundo del mismo artículo establece que "Las instituciones de educación superior incluirán este principio en sus respectivos estatutos".





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página, 10

El inciso primero del artículo 46 de la ley ibidem establece que, para el ejercicio el cogobierno, las instituciones de educación superior "definirán y establecerán órganos colegiados de carácter académico y administrativo, así como unidades de apoyo" Su organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos". (el resaltado me pertenece).

De conformidad con el inciso primero del artículo 47 de la LOES, se prevé que las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares "obligatoriamente tendrán como autoridad máxima a un órgano colegiado superior que estará integrado por autoridades, representantes de los profesores y estudiantes".

En cuanto a la participación de los estudiantes en los órganos de cogobierno el artículo 60 de la ley en estudio dispone que la misma será del 25% al 50% del total del personal académico, los mismos que tendrán el derecho al voto y a ser elegidos representantes estudiantiles ante los órganos colegiados, lo cual realizará, a través de "votación universal, directa y secreta". Adicionalmente manifiesta que "Su renovación se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de cada institución"; y en caso de "no hacerlo perderán su representación". Finalmente, el artículo en mención determina que "para estas representaciones, procederá la reelección, consecutivamente o no, por una sola vez" (el énfasis me pertenece).

En tal contexto, el artículo 61 de la LOES señala los requisitos de los estudiantes para las dignidades de representación estudiantil al cogobierno, como: "1. Acreditar un promedio de calificaciones equivalente a muy bueno, que tomará en cuenta toda la trayectoria académica de la o el candidato"; "2. Haber aprobado al menos el cincuenta por ciento de la malla curricular"; y, "3. Presentar un plan de trabajo para la dignidad materia de la candidatura".

De lo señalado, se concluye que: i) las universidades forman parte del sistema de educación superior y deben adherirse al principio de autonomía responsable; ii) la Ley de Educación Superior regula al sistema de educación superior y sus organismos; iii) las instituciones de educación superior contarán con órganos colegiados académicos, cuyos aspectos organizativos, deberes y atribuciones estarán definidos en sus estatutos y reglamentos según el artículo 46 de la LOES; iv) los estudiantes de educación superior pueden ser elegidos como representantes en los cogobiernos de las universidades, y la renovación de estos cargos debe estar establecida en los estatutos y reglamentos de cada institución.

## 3. Pronunciamiento. -

En atención a la consulta, se concluye que las excepciones previstas en el artículo 105, número 4.1, letras a) y b) del Reglamento a la LOSEP no se aplican para prorrogar en funciones a las dignidades de los representantes estudiantiles ante el órgano colegiado superior. Esto se debe a que, al no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES 0005201-2024 Página 11

08229

5 de la LOSEP, los representantes estudiantiles no son considerados servidores públicos. Por lo tanto, sus derechos y procesos de elección están regulados por la Ley de Educación Superior, y deben adherirse a la periodicidad establecida en los estatutos y reglamentos de cada institución, de acuerdo con el artículo 60 de dicha ley. De lo contrario, en caso de no renovarse las dignidades, se perdería la representación estudiantil ante el órgano colegiado superior.

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



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

08312 Oficio No.

Ouito, D.M.,

AGO 2024

Ingeniero Rodolfo Sebastián Cantos Acosta ALCALDE GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL EMPALME Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADMCEE-AL-2024-0247-OF, de 28 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 1 de julio del mismo año, se formuló la siguiente consulta:

"¿De conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 47 de la ley de arbitraje y mediación que prevé que, el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgado, requiere de alguna de las solemnidades previstas para los contratos para su existencia o validez, aun tratándose de la transferencia de un inmueble, para que proceda su inscripción en el Registro de la Propiedad?".

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. GADMCEE-PS-2024-230-M, de 28 de junio de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón El Empalme (en adelante, "GADM El Empalme") citó, en lo principal, los artículos 3 numeral 8, 11 numeral 5, 82, 190, 226, 227 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup> (en adelante, "CRE"); 3 letra a), 60 letras a), i) y n) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>2</sup> (en adelante, "COOTAD"); 14, 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo<sup>3</sup> (en adelante, "COA"); 43 y 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>4</sup> (en adelante, "LAM"); 96 del Código Orgánico General de Procesos<sup>5</sup> (en adelante, "COGEP"); 18 numeral 2, 22 y 26 de la Ley Notarial<sup>6</sup> (en



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CRE, publicado en el Registro Oficial No.449, de 20 de octubre de 2008.

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

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31, de 07 de julio de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LAM, publicada en el Registro Oficial No. 417 el 14 de diciembre de 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> LN, publicada en el Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL EMPALME 0005252-2024

adelante, "LN"); y, 1716, 1717 y 1718 del Código Civil<sup>7</sup> (en adelante, "CC"), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

# "IV. CONCLUSIÓN:

Por los argumentos señalados, es criterio jurídico del área a mi cargo que <u>el artículo 47</u> de la Ley de Arbitraje y Mediación no prevé expresamente el requisito de elevar a escritura pública los acuerdos contenidos en las actas de mediación ni la necesidad de protocolizar las mismas. En tal sentido, <u>el acta de mediación y el acuerdo contenido en esta no requieren de las solemnidades previstas para los contratos en cuanto a su existencia o validez, aun tratándose de la transferencia de un inmueble. Esto se debe a que el acta de mediación resulta de un procedimiento autónomo, en el cual el mediador es responsable de verificar la capacidad de los otorgantes, su libertad y el conocimiento con el que se obligan las partes" (el subrayado me corresponde).</u>

# 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Naturaleza del acta de mediación y requisitos para su validez; y, *ii)* Disposiciones de la LN sobre la protocolización de instrumentos públicos y la celebración por escritura pública de actos y contratos o negocios jurídicos.

# 2.1. Naturaleza del acta de mediación y requisitos para su validez. -

El artículo 226 de la CRE consagra el principio de legalidad por el cual las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, 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. Asimismo, el referido artículo determina 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.

Así, el primer inciso del artículo 190 de la CRE reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En este sentido, el artículo 43 de la LAM reitera que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual "las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto" (el subrayado me corresponde).

El artículo 47 de la LAM, materia de la consulta, en su primer inciso señala que: "<u>El</u> procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo"; agrega también su segundo inciso, que en caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá "por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador" (el subrayado me corresponde).



<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL EMPALME 0005252-2024 Página, 3

08312

Adicionalmente, el tercer inciso del citado artículo establece que: "Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas", en tanto que, el cuarto inciso ibídem determina que: "El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia", aclarando que el juez no aceptará excepción alguna, "salvo las que se hayan originado con posterioridad a la suscripción del acta" (el subrayado me corresponde). En este contexto, el numeral 3 del artículo 363 del COGEP reconoce al acta de mediación como un título de ejecución.

De lo expuesto se desprende que: *i)* la mediación constituye un procedimiento alternativo para la solución de conflictos en el que las partes procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible; *ii)* el procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial o la imposibilidad de lograrlo; *iii)* el acta de mediación debe contener la relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de las partes y sus firmas o huellas digitales y la firma del mediador; *iv)* la firma del mediador presume que el acta y las firmas contenidas en ésta son auténticas; y, v) el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y, como tal, constituye título de ejecución.

# 2.2 Disposiciones del Código Civil y la Ley de Registro sobre la inscripción.

Como ya se mencionó anteriormente, el acta de mediación es un título de ejecución en el cual se pueden recoger obligaciones reales; esto se realiza bajo los parámetros establecidos en el Código Civil, que en su artículo 686 señala lo siguiente:

"Art. 686.- La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales."

Lo antes citado tiene que entenderse en concordancia con el artículo 691 del mismo cuerpo normativo que indica que "Para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. (...)". Por otra parte, los títulos traslativos de dominio se deben inscribir en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, según lo preceptúa el artículo 702 ibidem.

En cuanto a las transferencias de dominio de inmuebles, para que proceda su inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón respectivo, el artículo 1 de la Ley de Registro señala que "La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos: a) Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos; b) Dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio; y, c) Garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse."





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ⊚PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL EMPALME 0005252-2024 Página, 4

8312

En concordancia con lo anterior, el artículo 25 ibidem señala que "Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes: a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces; (...)"

De misma forma, el art. 26 establece lo siguiente: "Art. 26.- En la inscripción se observarán las disposiciones expresadas en el parágrafo 30., Título VI, Libro II del Código Civil y las que contienen los artículos siguientes."

En este sentido, inequívocamente la Ley exige la inscripción de títulos traslativos de dominio o aquellos constitutivos de derechos reales; sin embargo, la ley únicamente permite esta inscripción una vez que los títulos consten en una escritura pública, como así se dispone en todos los títulos de esta naturaleza. Así, encontramos los siguientes casos:

"Art. 781.- <u>El usufructo</u> que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por <u>instrumento público inscrito</u>" (énfasis añadido).

"Art. 826.- Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden <u>de la misma manera que</u> <u>el usufructo</u>" (énfasis añadido).

"Art. 1416.- No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro" (énfasis añadido).

"Art. 1740.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha <u>otorgado escritura pública</u> (...)" (énfasis añadido).

"Art. 1838.- El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, **será necesaria escritura pública**" (énfasis añadido).

"Art. 2311.- La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos" (énfasis añadido).

# 2.3. Disposiciones de la LN sobre la protocolización de instrumentos públicos y la celebración por escritura pública de actos y contratos o negocios jurídicos. -

De conformidad 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. Para este efecto es fundamental que los servidores públicos ejerzan únicamente las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

Los numerales 1 y 2 del artículo 18 de la LN incluyen, entre las atribuciones exclusivas de los notarios, las siguientes: "1.- <u>Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo"; y, "2.- <u>Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal"</u> (el subrayado me corresponde).</u>

&



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**9** @PGEcuador

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL EMPALME 0005252-2024

08312

Página. 5

De acuerdo con el inciso primero del artículo 22 de la LN, los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados "que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados" (el subrayado me corresponde).

Por su parte, el inciso primero del artículo 26 de la LN define a la escritura pública como el "documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo", y su segundo inciso precisa que: "Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados" (el subrayado me corresponde).

De las normas antes señaladas se observa que: *i)* corresponde a los notarios autorizar los actos y contratos a que fueren llamados por ley, además de protocolizar instrumentos públicos por orden judicial o a solicitud de parte interesada; *ii)* los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora, ya sea por mandato de la ley, por orden de autoridad competente o a petición de los interesados; y, *iii)* se otorgan por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados.

### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la LAM, el acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia. Asimismo, debe cumplir con los requisitos establecidos en dicha norma para su plena vigencia y validez.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que el acta contenga obligaciones y derechos de los que se imputan reales (los que recaen sobre bienes inmuebles), se deberá estar también sujeto a las solemnidades que se les disponen a este tipo de actos. Por lo tanto, no se puede inscribir directamente un acta de mediación en el Registro de la Propiedad – cuando se trate de una transferencia de dominio de un inmueble –, sino que se requiere de la celebración de una escritura pública que plasme dichos acuerdos.

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



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

Oficio No. '08311

Quito, DM,

2 1 AGO 2024

Doctora
María Irene Murillo Noriega
GERENTE GENERAL
EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD
TÉCNICA DE AMBATO - UTA EP
Presente.

#### De mi consideración:

Mediante oficio No. UTA-EP-GG-2024-104, de 02 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se reformuló la consulta contenida en el oficio No. UTA-EP-GG-2024-103, de 27 de junio de 2024, en los siguientes términos:

"Conforme a los artículos 4 y 5 del Reglamento a la Ley Orgánica (sic) Sistema Nacional (sic) Contratación Pública; y, a los artículos 67 y 72 de la Norma (sic) Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública, la falta de cumplimiento en los tiempos para emitir la Autorización de Importación al verificar la Producción Nacional por parte de SERCOP, ¿se enmarcaría en lo establecido en el artículo 30 del Código Civil, es decir fuerza mayor o caso fortuito?" (el resaltado pertenece al texto original).

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes .-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Mediante oficios No. 07608, de 02 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Empresa Pública de la Universidad Técnica de Ambato (en adelante, "UTA-EP"), que se reformule la consulta inicialmente presentada en oficio No. UTA-EP-GG-2024-103, de 27 de junio de 2024; requerimiento que fue atendido con oficio No. UTA-EP-GG-2024-104, de 02 de julio de 2024, al que se hizo referencia al inicio del presente.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 07667 y 07982, de 08 y 25 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, "SERCOP") que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Dicho requerimiento fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0190-OF de 4 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional al día siguiente.
- 1.3. El Informe Jurídico No. UTA-EP-DAJ-2024-009, de 02 de julio de 2024, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la UTA EP, citó los artículos 82, 225, 226, 227, 233 y 315

XV.



L +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PCEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)
0005634-2024

08311

05634-2024 Página. 2

de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 30, 1454 y 1562 del Código Civil² (en adelante, "CC"); 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas³ (en adelante, "LOEP"); 6 numerales 6 y 12, 7 y 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, "LOSNCP"); 4, 5, 289 y 295 del Reglamento General a la LOSNCP⁵ (en adelante, "RLOSNCP"), 67 y 72 de la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134 que contiene la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante, "NSSNCP"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

### "3, ANÁLISIS DEL CASO:

El artículo 1454 de nuestro Código Civil manifiesta. – 'Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. (...)'

Desde un punto de vista legal, los contratos deben cumplirse en los términos que han sido pactados, esto significa que la regla general es que los contratos deben cumplirse. Frente a una situación excepcional generada por fuentes externas a las partes contractuales, surge la pregunta relativa a si nuestro ordenamiento jurídico prevé algunos mecanismos para flexibilizar dicho principio, de tal manera que las prestaciones puedan ser cumplidas en términos menos onerosos, reajustadas o, en el caso que su cumplimiento resulte imposible, la posibilidad de poner fin al mismo.

Nuestro Código Civil, establece en el artículo 1562 que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Esta Dirección analizando el articulo pre nombrado respecto a la Buena fe puede manifestar que, para efectos prácticos el comportamiento que deben mantener las partes en un contrato, es el deber de lealtad, de información, de cooperación, del deber de no beneficiarse a costa de su contraparte.

Al momento de celebrar un contrato existe un equilibrio contractual o un equilibrio en las prestaciones donde ambas partes se ven beneficiadas del acuerdo. Esto no implica que un contrato no pueda ser más oneroso para alguna de las partes, pero se entiende que incluso la parte que no obtiene un idéntico beneficio, igual ve satisfecho determinado interés.

¿Ahora hay que preguntarse qué sucede cuando se produce un desequilibrio sobreviniente a la celebración del contrato?

Primero, existe un deber de las partes sobre la premisa de la buena fe, de corregir el desequilibrio y si esto no es posible entonces, segundo, se deben aplicar las soluciones establecidas en nuestra legislación.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CRE, publicada en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto del 2008.
 RLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> NSSNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 03 de agosto de 2023.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP) 0005634-2024

'08311

Página. 3

Podemos entonces referirnos a la pregunta inicial, afirmando que nuestro ordenamiento jurídico prevé soluciones jurídicas ante desequilibrios sobrevinientes al contrato, siendo que nos referiremos principalmente a dos.

El Artículo 30 de nuestro Código Civil nos habla sobre la fuerza mayor o caso fortuito, y manifiesta que es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

Diversos doctrinarios a nivel del mundo han distinguido estos conceptos en los siguientes términos: Caso fortuito implica un evento de la naturaleza que es impredecible. Fuerza mayor implica un evento causado por el hombre que es inevitable.

Es decir, la fuerza mayor y el caso fortuito son mecanismos excepcionales que permiten incumplir los contratos, a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión, que faculta a una de las partes contractuales a pedir una prórroga o una suspensión del plazo de ejecución más aún a una terminación del mismo.

El Artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, nos habla sobre la Administración del Contrato, siendo ellos los responsables en precautelar la ejecución correcta del contrato.

Art. 295 De la administración del contrato. - En todos los procedimientos que se formalicen a través de contratos u órdenes de compra, las entidades contratantes designarán de manera expresa a un administrador del contrato, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales.

La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado designará al administrador del contrato, dicha designación se podrá realizar a través de la resolución de adjudicación, que deberá ser notificada formalmente a la persona sobre la que recaiga esta responsabilidad.

Al momento de suscribirse el contrato administrativo, en la cláusula pertinente constará el nombre de la persona designada quien asumirá la obligación de administrar el contrato; sin perjuicio de que posteriormente se designe a otra para la administración del contrato, particular que deberá ser notificado al contratista, sin necesidad de modificar el contrato.

El administrador del contrato deberá sujetarse a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las resoluciones que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública para el efecto, y las condiciones pactadas en el contrato.

Supletoriamente se podrá recurrir a otras fuentes normativas como el Código Orgánico Administrativo, el Código Civil y cualquier norma que, de manera razonada, sean necesarias y pertinentes para dilucidar cualquier inconveniente con la fase de ejecución contractual.





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)

1 1 0005634-2024
Página. 4

El artículo 289 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública prescribe en todos los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Las prórrogas de plazo proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, alegando que se trata de circunstancias objetivas ajenas a su voluntad, las cuales no pudieron ser previstas al momento de la suscripción del contrato.

#### 4. CRITERIO JURÍDICO:

Conforme a los artículos 4 y 5 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema (sic) Nacional (sic) Contratación Pública y a los artículos 67 y 72 de la Norma Secundaria (sic) Normativa Secundaria del Sistema Nacional De Contratación Pública, la falta de cumplimiento en los tiempos para emitir la Autorización de Importación al verificar la Producción Nacional por parte de SERCOP, se enmarcaría en lo establecido en el artículo 30 del Código Civil, es decir fuerza mayor o caso fortuito".

1.4. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de la normativa invocada por la consultante, citó los artículos 228, 424 y 425 de la CRE; 10 números 12 y 17 y 99 inciso tercero de la LOSNCP; y, 3 del RLOSNCP, con base en los cuales concluyó:

#### "III. PRONUNCIAMIENTO. -

- 3.1. El artículo 3 del RGLOSNCP establece el ámbito territorial por el cual se rigen las contrataciones en el extranjero, siendo enfático en establecer que NO se regirán por las normas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento General de aplicación, y demás normativa conexa, la adquisición y/o arrendamiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por su naturaleza, objeto o alcance deban ser ejecutadas fuera del territorio nacional.
- 3.2. Tanto la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación, así como la Normativa Secundaria del SNCP no prevén que los procedimientos de contratación en el extranjero se rijan por el marco jurídico antes referido, de acuerdo al ámbito de aplicación de territorialidad; por lo tanto, acorde al inciso cuarto del artículo en referencia, es la máxima autoridad de la entidad o su delegado los encargados de emitir de manera motivada, la resolución de inicio del procedimiento, en la que se deberá detallar la normativa a la que estarán sujetas dichas contrataciones, sin que esta pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.
- 3.3. No obstante, el artículo 4 del RGLOSNCP, referente a la adquisición de bienes y servicios a importarse directamente o servicios en el exterior a ejecutarse en territorio ecuatoriano, establece como requisito previo a la importación la verificación de VPN, siendo necesario se considere la disposición pública analizando para el efecto la naturaleza, objeto o alcance de los mismos.





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)
0005634-2024
005634-2024
Página. 5

No omito en advertir, que la consulta planteada por UTA EP. no posee un análisis legal acorde a las preguntas planteadas puesto que, las disposiciones de los artículos 4 y 5 del RGLOSNCP, concordantes con lo ordenado en los artículos 67 y 72 de la NSSNCP, es aplicable previo al inicio de un procedimiento de contratación pública, es decir, en la fase preparatoria; por lo que, no se puede alegar caso fortuito o fuerza mayor al amparo de lo establecido en el artículo 30 del Código Civil, más aún, confundiendo las disposiciones legales sobre administración del contrato, prórrogas y otras circunstancias aplicables a la fase de ejecución contractual, concluyendo que es improcedente e inadmisible alegar caso fortuito o fuerza mayor respecto al cumplimiento de un requisito previo al inicio de un procedimiento de contratación. (Énfasis añadido)

Finalmente este Servicio Nacional de Contratación Pública enmarca sus actuaciones en el marco y cumplimiento de las atribuciones conferidas en el artículo 10 número 17 de la LOSNCP, por consiguiente el presente criterio jurídico realizado no es de carácter vinculante ya que única y exclusivamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública siendo el mismo de carácter orientativo; por lo que, en relación a las necesidades de las entidades contratantes estas deberán aplicar la normativa legal vigente, adoptando las acciones que correspondan en cumplimiento del artículo 99 inciso tercero de la LOSNCP".

1.5. Adicionalmente, con oficio No. UTA-EP-GG-2024-150, de 8 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 12 del mismo mes y año, la Gerente General de la UTA EP remitió un alcance al oficio No. UTA-EP-GG-2024-104, de 02 de julio de 2024, en el cual señala:

"Es así, que la consulta realizada a través del oficio que hago mención en el primer párrafo de esta misiva, así como el criterio jurídico que lo acompañó (informe jurídico No. UTA-EP-DAJ-2024-007 de 13 de junio de 2024), hacen referencia a la etapa contractual, y la provisión de bienes que requieren el trámite de VPN ante el SERCOP, siendo esta empresa pública la Contratista, dentro de un contrato celebrado con otra empresa pública, la cual funge como entidad contratante" (el énfasis corresponde al texto original).

1.6. De los informes jurídicos citados se aprecia que, el criterio jurídico de la UTA EP difiere del criterio jurídico emitido por el SERCOP; así, mientras la empresa consultante considera que los contratos deben cumplirse en los términos que han sido pactados y ejecutarse en base a las reglas de buena fe determinadas en el CC, así como corregir el desequilibrio que pueda surgir en la ejecución del contrato celebrado, considerando que la falta de cumplimiento en los tiempos para emitir la Autorización de Importación al verificar la Producción Nacional por parte de SERCOP, se enmarca en lo establecido en el artículo 30 del CC, es decir fuerza mayor o caso fortuito, siendo causal para solicitar la prórroga de plazo contractual.

Por su parte, el SERCOP señala que, corresponde a la máxima autoridad de la entidad o su delegado emitir, de manera motivada, la resolución de inicio del procedimiento de contratación de acuerdo con la LOSNCP y su Reglamento General; y, en lo referente a la adquisición de bienes y servicios a importarse directamente o servicios en el exterior a ejecutarse en territorio ecuatoriano, establece como requisito previo a la importación, la





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

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)

verificación de producción nacional (en adelante, "VPN"), siendo necesario que se considere la disposición pública analizando para el efecto la naturaleza, objeto o alcance de los mismos.

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Contratación de bienes en el exterior; y, ii) Caso fortuito o fuerza mayor, prórroga y suspensión del plazo de ejecución en contratación pública.

#### 2.1. Contratación de bienes en el exterior. -

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

Según el inciso primero del artículo 315 ibídem, "El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos v el desarrollo de otras actividades económicas"

En ese contexto, el inciso primero a continuación del número 3 del artículo 5 de la LOEP, prevé que, "Las universidades públicas podrán constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en esta Ley para las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o al régimen societario, respectivamente". En la resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario competente se determinarán los aspectos relacionados con su administración y funcionamiento (énfasis añadido).

Por otro lado, el artículo 288 de la CRE establece que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social y "Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas".

Concordante, el artículo 4 de la LOSNCP dispone que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven, "se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional".

De su parte, el artículo 4 del RLOSNCP, al que se refiere la consulta, respecto de la adquisición de bienes a través de importación, establece:

"Para la adquisición de bienes, y que las entidades contratantes vayan a importar directamente, o para la contratación de servicios en el exterior a ejecutarse en territorio nacional, será necesario que la entidad realice previamente el trámite de verificación de producción nacional (VPN), conforme la normativa emitida por el SERCOP.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)

Para el caso previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley. no será necesaria la verificación de producción nacional.

El Servicio Nacional de Contratación Pública emitirá mediante resolución motivada un listado de bienes y servicios categorizados por CPCs. que no tienen producción nacional registrada en la contratación pública. Los bienes o servicios que son parte de este listado se exceptuarán del proceso de verificación de producción nacional, pero será obligatorio realizar el trámite de solicitud de autorización de licencias de importación, según corresponda.

En el caso de bienes, una vez que se realice la adquisición en el extranjero, se tramitará la solicitud de autorización de licencias de importación a través de la Ventanilla Única Ecuatoriana, mediante el uso del sistema ECUAPASS del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

La correcta aplicación de este artículo será de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante y estará sujeto al control y verificación del Servicio Nacional de Contratación Pública, de conformidad con la normativa que se emita para tal efecto. De detectarse el mal uso de esta disposición, se podrá negar la autorización de la licencia en cualquier momento y se procederá conforme lo establecido en el artículo 15 de la LOSNCP.

Para el caso de los bienes establecidos en el numeral 2 del artículo 2 de la LOSNCP, no se sujetarán al proceso de solicitud de autorización de licencias de importación a través de la Ventanilla Única Ecuatoriana. Para estos casos, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en coordinación con el Servicio Nacional de Contratación Pública, emitirá las regulaciones necesarias" (Énfasis añadido).

En ese sentido, el artículo 5 del RLOSNCP, sobre dicha autorización, dispone que "Si del análisis de las manifestaciones de interés la entidad contratante concluye que no existe oferta nacional, o si luego de realizada la verificación no se determina la existencia de producción nacional, el Servicio Nacional de Contratación Pública autorizará la importación correspondiente", con la cual la entidad contratante podrá iniciar el procedimiento de selección en el exterior o de importación (énfasis añadido).

Por su parte, el Capítulo IV "IMPORTACIÓN DE BIENES O CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN EL EXTERIOR" de la NSSNCP, en su artículo 67 manifiesta que, todas las entidades enumeradas en el artículo 1 de la LOSNCP que actúen como contratantes, de manera obligatoria, "publicarán a través del portal COMPRASPÚBLICAS, únicamente sus requerimientos de bienes a importarse o servicios que se requiera contratar en el exterior", agregando que "La publicación la realizará antes de iniciar procedimientos competitivos de selección en el extranjero". No se regirán por este artículo las contrataciones de bienes o servicios, cuya necesidad de compra se origine y se provea en otros países; dichos procesos se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales de aplicación internacional (énfasis añadido).

La referida publicación deberá contener las especificaciones técnicas del bien a importarse o los términos de referencia del servicio a contratarse en el exterior, de conformidad con las normas y/o reglamentaciones técnicas emitidas por el Servicio Ecuatoriano de Normalización. También,





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP) 0005634-2024

00311

95634-2024 Página, 8

deberá seleccionar el código CPC que identifique el bien o servicio que requieren, el valor de umbral mínimo y los parámetros de calificación que deberán cumplir las manifestaciones de interés que presenten los proveedores, según lo previsto en el artículo 68 de la NSSNCP.

De acuerdo con el artículo 69 de la NSSNCP, una vez publicado el procedimiento en el portal COMPRASPÚBLICAS, "se realizará la invitación a los proveedores que se encuentren habilitados en el Registro Único de Proveedores -RUP en la correspondiente categoría CPC del bien o servicio requerido"; sin embargo, todo proveedor habilitado que esté en condiciones de fabricar o producir el bien o servicio requerido, sin perjuicio de haber sido invitado, "enviará dentro del término de tres (3) días contados a partir de la publicación, su manifestación de interés a través del portal COMPRASPÚBLICAS, la que deberá ser analizada por la entidad contratante", según lo previsto en el artículo 70 ibídem.

El artículo 72 de la NSSNCP referido en la consulta prevé que el SERCOP, una vez efectuada la publicación, "verificará en sus bases de datos o en otras con las que tenga interconexión si existe oferta nacional, caso en el cual, notificará a la entidad requirente para que inicie los procedimientos de contratación correspondientes", y también se podrá requerir información a entidades y organismos públicos o privados, con el fin de verificar la existencia de producción nacional.

En este contexto, el artículo 75 ibídem, respecto de la Excepción de Verificación de Producción Nacional para Investigación Responsable, dispone que se exceptúa la realización del procedimiento de verificación de producción nacional u oferta nacional aquellos realizados por "las universidades; escuelas politécnicas públicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes públicos y conservatorios superiores públicos; y, los institutos públicos de investigación para adquirir bienes y/o servicios en el extranjero a través de compras en línea o tiendas virtuales por medio de ínfima cuantía".

De lo manifestado se observa que: i) las universidades públicas pueden constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en la LOSNCP para las empresas creadas por los GAD o al régimen societario, respectivamente; ii) cuando las entidades contratantes vayan a adquisición de bienes por importación directa o para la contratación de servicios en el exterior a ejecutarse en territorio nacional, es necesario que se realice previamente el trámite de verificación de producción nacional (VPN), conforme la normativa emitida por el SERCOP; iii) la publicación de los requerimientos de bienes a importarse o servicios que se requiera contratar en el exterior la realizará la entidad contratante antes de iniciar procedimientos competitivos de selección en el extranjero; iv) el SERCOP emite en resolución motivada el listado de bienes y servicios categorizados por CPCs, que no tienen producción nacional registrada en la contratación pública, los que se exceptuarán del proceso de VPN, pero será obligatorio realizar el trámite de solicitud de autorización de licencias de importación, según corresponda; v) si realizada la verificación no se determina la existencia de producción nacional, el SERCOP notificará a la entidad requirente para que inicie los procedimientos de contratación correspondientes, autorizará la importación correspondiente y la entidad contratante podrá iniciar el procedimiento de selección en el exterior o de importación; y, vi) las universidades, para adquirir bienes y/o servicios en el extranjero a través de compras en línea o tiendas virtuales por medio de ínfima cuantía, están exentas de realizar el procedimiento de verificación de producción nacional u oferta nacional.





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**●** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)
0005634-2024
Página, 9

05311

# 2.2. Caso fortuito o fuerza mayor, prórroga y suspensión del plazo de ejecución en contratación pública. -

Según el artículo 1454 del CC, "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas", y el artículo 1561 ibídem agrega que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Concordante, el artículo 1562 del CC prevé que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella" (énfasis añadido).

El artículo 30 del CC define al caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes términos. "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." (énfasis añadido).

El caso fortuito implica un evento de la naturaleza que es impredecible y la fuerza mayor implica un evento inevitable que es causado por el hombre. En tal sentido, la esencia del artículo que antecede es determinar de forma precisa lo que representa, así como la forma de aplicar criterios de fuerza mayor o caso fortuito. Es así, que describe escenarios inesperados o impensados, que no pueden ser sorteados por no contar con alternativas o elección; consecuentemente, la situación es única y obligada, como lo son los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público; y, esto se entiende de conformidad con sus competencias y a las de la institución pública que representa, al amparo de lo previsto en el artículo 226 de la CRE.

Por su parte, con relación a las prórrogas y suspensiones del plazo contractual, el artículo 289 del RLOSNCP dispone que,

"En todos los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se estipulará una cláusula referente a prórrogas y suspensiones del plazo contractual.

Las prórrogas de plazo proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, alegando que se trata de circunstancias objetivas ajenas a su voluntad, las cuales no pudieron ser previstas al momento de la suscripción del contrato.

La suspensión del plazo se da por iniciativa unilateral de la entidad contratante y procede sólo cuando de manera razonada y motivada no sea conveniente para los intereses institucionales continuar la ejecución de los trabajos".

En ese contexto, el artículo 290 del RLOSNCP establece el procedimiento para solicitar y otorgar una prórroga del plazo contractual, en los siguientes términos:

"En todos los casos de prórroga de plazo se observará el siguiente procedimiento:





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP)

05311

05634-2024 Página. 10

1. El contratista solicitará por escrito y de manera motivada la petición de prórroga de plazo, la cual considerará exclusivamente las circunstancias ajenas a su voluntad, debidamente comprobadas con cualquier medio de prueba que le permita demostrarlas y justificar que las mismas afectan directamente a la ejecución contractual. Adicionalmente deberá justificar que no existen otros medios alternativos para cumplir el objeto de contratación en el tiempo estipulado en el contrato.

Toda petición de prórroga de plazo será dirigida al administrador del contrato, con copia al fiscalizador si es que lo hubiere, dentro del término de quince (15) días de suscitados los hechos que motivan la petición.

- 2. El administrador del contrato tiene la obligación de comprobar la autenticidad de los hechos alegados por el contratista y el nexo causal entre estos y la afectación al cumplimiento del plazo contractual.
- 3. En caso de ser ciertos los hechos que motivan la petición, el administrador del contrato autorizará la prórroga de plazo en un término máximo de cinco (5) días, siempre que no se afecte el plazo total estipulado en la cláusula del contrato. En caso de afectar el plazo total del contrato, emitirá informe favorable y se requerirá de autorización por parte de la máxima autoridad o su delegado mediante resolución motivada.

En caso de ser ciertos los hechos que motivan la petición, el administrador del contrato podrá autorizar la prórroga de plazo fuera del término, máximo hasta cinco (5) días; sin embargo, será sujeto a las sanciones establecidas en la ley y este Reglamento.

La prórroga de plazo se concederá por un tiempo igual al período que dure la circunstancia que motivó la petición; en todo caso, el contratista tiene la obligación en coadyuvar a que se superen tales situaciones, si es que las mismas están a su alcance, o de buscar alternativas para retomar cuanto antes la ejecución del contrato, temas que serán coordinados con el administrador del contrato.

En caso de no lograrse demostrar que por circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, o que estas no tengan un nivel de afectación directa al objeto de contratación, o que se demuestre que existen medios alternativos para el cumplimiento del objeto del contrato en el plazo convenido, o que la petición hubiere sido presentada fuera del término de quince (15) días contados a partir de los hechos que motivan la petición, el administrador del contrato o la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, rechazarán la prórroga de plazo de manera motivada.

En ningún caso se otorgará una prórroga del plazo contractual con la finalidad de ampliar, modificar o complementar el objeto de la contratación.

Todos los documentos relacionados con el procedimiento previsto en este artículo serán publicados en el Portal COMPRASPÚBLICAS" (énfasis añadido).

En el mismo sentido, el artículo 291 del RLOSNCP prevé el procedimiento para la suspensión del plazo contractual, de la siguiente manera:





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO (UTA EP) 0005634-2024

08311

Página. 11

"En todos los casos de suspensión del plazo contractual por iniciativa de la entidad contratante se observará el siguiente procedimiento:

- 1. Informe motivado del administrador del contrato que justifique las causas de suspensión del plazo contractual. En caso de obras, se necesitará adicionalmente el respectivo informe motivado del fiscalizador.
- 2. Resolución motivada de la máxima autoridad ordenando la suspensión del plazo contractual, la cual será notificada al contratista, con copia al administrador del contrato y fiscalizador si es que hubiere".

De lo citado se desprende que: *i*) los contratos legalmente celebrados son ley para los contratantes y solo podrán ser invalidados por consentimiento de las dos partes o por causas legales, debiendo ejecutarse de buena fe; *ii*) la contratista puede solicitar la prórroga de plazo contractual de manera motivada, considerando exclusivamente circunstancias ajenas a su voluntad; *iii*) corresponde a la contratista fundamentar si el caso fortuito o fuerza mayor puede considerarse como circunstancias ajenas a su voluntad para solicitar la prórroga de plazo contractual; y, *iv*) el caso fortuito implica un evento de la naturaleza que es impredecible y la fuerza mayor implica un evento causado por el hombre que es inevitable.

#### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 4 y 5 del RLOSNCP en concordancia con los artículos 67 y 72 de la NSSNCP, la solicitud de Autorización de Importación al verificar la Producción Nacional, por parte del SERCOP, para continuar con el proceso de contratación es un trámite que se realiza en la fase precontractual y no en la fase de ejecución contractual; por consiguiente, no existe fundamento jurídico para solicitar prorroga de plazo de la ejecución contractual por caso fortuito o fuerza mayor amparado en la falta de cumplimiento en los tiempos para emitir la Autorización de Importación al verificar la Producción Nacional por parte de SERCOP, el cual se debe solicitar y emitir previo a la suscripción del respectivo contrato, siendo aplicable tanto para la entidad contratante como para la contratista.

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

Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni

Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

Oficio No. '08320

Quito, DM, 2 2 AGO 2024

Señor PhD
Byron Ernesto Baca Barahona
RECTOR,
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO
Presente.

#### De mi consideración:

Mediante oficio No. 013.DJ. ESPOCH.2024, de 19 de julio del 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 23 del mismo mes y año, se reformuló la consulta inicialmente planteada en oficio sin número ni fecha, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 17 de junio de 2024, en el siguiente tenor:

- "1. En caso de cesación de funciones por destitución de un docente titular que tenga pendiente cumplir la totalidad del plazo de devengamiento por una licencia con remuneración para estudios doctorales, ¿debe la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo realizar el proceso de recuperación de valores conforme lo determinado en el art. 211 literal a) del Reglamento a la LOSEP?
- 2. En el caso de que un Docente titular sea cesado en funciones por destitución y no haya cumplido con la totalidad del plazo de devengamiento del beneficio de Licencia con remuneración, para la recuperación de valores, la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, ¿debe ejecutar la jurisdicción coactiva determinada en el artículo 74 de la LOSEP o la jurisdicción contencioso administrativa que se acordó en el contrato suscrito entre el beneficiario y la ESPOCH en aplicación de lo determinado en el art. 1561 del Código Civil?".

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. De manera previa a atender las consultas planteadas, este organismo le requirió reformular sus consultas en cumplimiento de lo dispuesto en el número 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup> (en adelante, "CRE") y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado<sup>2</sup> (en adelante, "LOPGE"), mediante oficio No. 07344 de 19 de junio de 2024 e insistencia contenida en oficio No. 07702 de 9 de julio de 2024. Lo anterior



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

ESCUELA SUPERIOR POLÍTÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página, 2

fue atendido con oficio No. 013.DJ. ESPOCH.2024, de 19 de julio del 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 23 del mismo mes y año.

1.2. El informe jurídico que se adjuntó al oficio de consulta inicial y de reformulación consta en oficio No. 010.DJ. ESPOCH.2024, de 20 de mayo de 2024, suscrito por el Director Jurídico de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo ESPOCH (en adelante, "ESPOCH") quien "otorga su aval" sobre el informe jurídico que adjunta, contenido en oficio No. 022.GT.DJ. ESPOCH.2024, de 15 de abril de 2024, suscrito por el abogado de la Dirección Jurídica, quien citó los artículos 11 número 5, 82, 226, 350, 351 y 355 de la CRE, 4, 14, 18, 122 y 124 del Código Orgánico Administrativo<sup>3</sup> (en adelante, "COA"), 1454, 1455, 1561, 1562, 1568 y 1570 del Código Civil<sup>4</sup> (en adelante, "CC"), 47 letras f) y j), 73 y 74 de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>5</sup> (en adelante, "LOSEP"), 207, 209, 210 y 211 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>6</sup>, (en adelante, "RGLOSEP"), 27, 35, 36, 61, 67 y Disposiciones Generales Tercera y Undécima del "Reglamento de Becas, Licencias, Comisiones de Servicio, Ayudas Económicas, y Período Sabático para la Capacitación, Formación y el Perfeccionamiento de las y los Profesores e investigadores de la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo<sup>7</sup>" (en adelante, "Reglamento de Becas de la ESPOCH"), que estuvo vigente cuando se confirieron las licencias con remuneración que motivan sus consultas, con base en los cuales analizó y concluyó:

#### "ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 446. CP.2013, de 29 de octubre de 2013, Consejo Politécnico resolvió: 'Artículo 1.- Otorgar beca para estudios de posgrado al INGENIERO ERNESTO MARCELO BONILLA TORRES, PROFESOR TITULAR DE LA FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS, para que realice sus estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Autónoma de México. (...)

8. Con resolución Nro. 183. CP.2023, de fecha 23 de marzo de 2023, Consejo Politécnico resolvió lo siguiente: ' (...) Artículo 2.-Imponer la sanción de separación definitiva (destitución) de la Institución (...)' (...)

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> 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.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> CC, Codificación No. 2005-010, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 27 de junio de 2024.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.294 de 6 de octubre 2010; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 588 de 27 de junio de 2024.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> RGLOSEP, expedido mediante Decreto No. 710, 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.

Reglamento de Becas ESPOCH, expedido mediante Resolución 413 CP.2013.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**Y** @PGEcuador

08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página. 3

13. Con oficio Nro. ESPOCH-DTH-2023-2351-O, de fecha 29 de marzo de 2023, suscrito por la Lcda. Sandra Patricia Cadena Oleas, Mgs. DIRECTORA DE TALENTO HUMANO, describe lo siguiente: '... En el caso del Ing. Ernesto Bonilla Torres, la Licencia con Remuneración otorgada se la realizó de acuerdo al Reglamento antes citado vigente a la fecha de la solicitud, por lo que se colige que el antes referido ex profesor debió devengar 10 años 3 días a partir de la fecha de reingreso a la institución, esto es desde el 03 de enero de 2018 (fecha de reingreso).En razón de lo antes mencionado, se determina que el Ing. Bonilla, ha devengado únicamente 5 años 2 meses y 20 días al 23 de marzo de 2023, fecha en que Consejo Politécnico resolvió la separación definitiva por destitución, motivo por el cual le falta por devengar 4 años 9 meses y 13 días'.

15. Con Informe Técnico Nro. 070.DTH.ESPOCH.2024, de fecha 26 de febrero de 2024, la Dirección de Talento Humano determina en sus partes pertinentes: '... se desprende que el título de Doctorado PhD o su equivalente fue registrado en dicha página...' 'CONCLUSIÓN: (...) El tiempo ha devengar por el Ing. Ernesto Bonilla Torres es de 10 años 03 días. El Ing. Ernesto Bonilla Torres, reingresa de sus estudios el 03 de enero de 2018 y el 23 de marzo de 2023, Consejo Politécnico resuelve separación definitiva (destitución); razón por la cual, ha devengado únicamente 5 años 02 meses y 20 días, quedando por devengar 4 años 09 meses y 13 días'. (...)

#### ANALISIS:

En virtud de la separación definitiva (destitución) del Ing. Ernesto Marcelo Bonilla Torres, Profesor Titular Principal 1 de la Facultad de Administración de Empresas, la Dirección de Talento Humano, mediante Informe Técnico Nro. 070.DTH.ESPOCH.2024, de fecha 26 de febrero de 2024, determina que referido docente por los beneficios otorgados por la Institución, debió devengar 10 años 3 días a partir de la fecha de reingreso a la institución, esto es desde el 03 de enero de 2018, pero el Ing. Ernesto Bonilla, al momento de su desvinculación de la institución, ha devengado únicamente 5 años 02 meses y 20 días, quedando por devengar 4 años 09 meses y 13 días.

(...)

Ahora bien, al existir dos contratos suscritos por las partes, en donde se estipulan compromisos y obligaciones, estas deben ser cumplidas, pues el contrato de conformidad a lo que determina el artículo 1561 del Código Civil es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, en referidos contratos se encuentra determinado cual es la vía a ejecutarse en caso de controversias o diferencias de la aplicación, interpretación, ejecución o liquidación del contrato, siendo que las partes acuerdan someter tales controversias ante los Jueces de lo Contencioso





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página. 4

Administrativo del domicilio de la ESPOCH. Es menester referir que en los dos contratos se cuenta con garantías personales (letras de cambio), la primera por la Licencia con Remuneración por el valor de \$184.220,00 y la segunda por la prórroga de la Licencia por el valor de \$32.681,33.

Por las consideraciones expuestas, para criterio de esta Dirección Jurídica, en virtud de lo determinado en la Normativa Institucional, esto es el Reglamento de Becas, Licencias de la ESPOCH, si un docente de la institución incumple con las obligación del período de compensación o devengamiento, este debe reintegrar a la institución el valor total de lo invertido por la ESPOCH, más los intereses legales, es decir la inversión económica que realizó la ESPOCH por el tiempo de su formación del beneficio de Licencia con Remuneración y su prórroga, de igual forma se indica que la vía que se debe seguir de conformidad a lo determinado en los Contratos es ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la ESPOCH." (El énfasis corresponde al texto original).

- 1.3. A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficios Nos. 07971, 07972, de 24 de julio de 2024, y 08107, de 7 de agosto de 2024, se solicitó el criterio jurídico institucional de la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE"), del Ministerio del Trabajo (en adelante, "MT") y del Consejo de Educación Superior (en adelante, "CES"), respectivamente. Con oficio No. 08101, de 7 de agosto de 2024, se insistió en el requerimiento a la CGE.
- 1.4. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos por: i) la Subsecretaria de Normativa del Ministerio del Trabajo, mediante oficio No. MDT-SN-2024-0624-O, de 5 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha; ii) por el Director Nacional Jurídico encargado, de la CGE con oficio No. 338- DNJ-2024, de 7 de agosto de 2024, ingresado en la misma fecha en el correo único institucional de la Procuraduría; iii) el CES con oficio No. CES-CES-2024-0554-CO, de 16 de agosto de 2024 ingresado en el correo único institucional el 19 de agosto de 2024.
- 1.5. El criterio jurídico institucional del MT, además de las normas señaladas por la universidad consultante, citó los artículos 44 y 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante, "LOES"), con base en los cuales expuso el siguiente criterio jurídico institucional:

# "2. ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO:

Es necesario señalar que las consultas efectuadas por la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo tratan sobre el régimen de formación y capacitación de un personal académico de dicha institución de educación superior, el cual, por lo tanto, debe regirse por lo dispuesto por la Ley Orgánica de Educación Superior y por el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior (...)



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

108320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO
0005713-2024

Lo que corresponde al Ministerio del Trabajo es absolver consultas sobre la Ley Orgánica del Servicio Público y, en este ámbito particular, podemos señalar que dicha Ley reconoce una serie de derechos a los servidores públicos, entre ellos, el gozar de un conjunto de figuras orientadas a su desarrollo profesional por medio de la formación y capacitación, como los permisos para estudios regulares, licencias sin remuneración y comisiones de servicios con remuneración para efectuar estudios regulares de posgrado.

En ese sentido, conforme lo establece el artículo 73 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la formación y capacitación efectuada a favor de las y los servidores públicos, en la que el Estado hubiese invertido recursos económicos, generará la responsabilidad de transmitir y de poner en práctica los nuevos conocimientos adquiridos por un lapso igual al triple del tiempo de formación o capacitación, para lo cual, se deberá suscribir un convenio de devengación en los términos establecidos en el artículo 210 del Reglamento General a la citada Ley.

(...)

En lo concerniente a su segunda consulta, y al haber sido conferida a las instituciones de educación superior la jurisdicción coactiva, la misma deberá ser ejercida para el cobro de los títulos de crédito que se emitan por cualquier concepto de obligaciones, siendo que la obligación de devolver los recursos no devengados en los procesos de formación y capacitación se constituye en una obligación, conforme al contrato o convenio de devengación que estimamos debió haberse suscrito entre la Escuela con su docente (...)".

1.6. El Director Nacional Jurídico encargado de la CGE, manifestó:

"Finalmente, téngase en cuenta que los recursos involucrados son de carácter público, cuyo control es competencia de este Organismo Técnico, mediante la práctica de una auditoría gubernamental, conforme lo establece el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; por lo que, los mismos deben ser recaudados de forma oportuna por la entidad, con la finalidad de precautelar los recursos económicos del Estado". (Énfasis añadido).

1.7. Adicionalmente el CES, se abstuvo de emitir criterio y expone lo siguiente:

#### "4. Conclusión

La normativa que rige al Sistema de Educación Superior y las normas expedidas por el CES, particularmente el RCEPÁSES, ordenan que la determinación de los procedimientos y para metros para la devengación de los montos otorgados dentro de los planes de perfeccionamiento del personal académico, que incluyen licencias, becas y ayudas económicas, le corresponde a cada universidad y escuela politécnica en ejercicio del

88



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

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página. 6

derecho a su autonomía responsable reconocido a nivel constitucional y legal.

Por lo tanto, las consultas formuladas por la ESPOCH en el Oficio 013.DJ. ESPOCH.2024 refieren a aspectos que incumben al ámbito de la descrita autonomía; y, además, sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General para un caso concreto, lo que supera las atribuciones de este Consejo".

1.8. El criterio jurídico de la ESPOCH concuerda con el del MT en cuanto a que, si un docente de la institución incumple con las obligaciones del período de compensación o devengamiento, este debe reintegrar a la institución el valor total de lo invertido, más los intereses legales, por el tiempo de su formación.

En cuanto a la vía para recuperar dichos valores, difieren, por cuanto el MT señala que se hará por vía coactiva, mientras que la ESPOCH considera que la vía que se debe seguir de conformidad a lo determinado en los Contratos es ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la ESPOCH.

#### 2.- Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Pronunciamientos previos sobre el régimen aplicable al personal académico de las Universidades y Escuelas Politécnicas con relación al devengamiento de conocimientos adquiridos por capacitaciones efectuadas mediante comisión de servicios, permiso o licencia; *ii)* Disposiciones del Reglamento de Becas, Licencias, Comisiones de Servicio, Ayudas Económicas, y Período Sabático para la Capacitación, Formación y el Perfeccionamiento de las y los Profesores e investigadores de la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo el año 2013; y, *iii)* Ejercicio de la potestad coactiva por parte de la Universidad y aplicación de las estipulaciones de los contratos de devengamiento de becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado y ayudas económicas.

2.1. Pronunciamientos previos sobre el régimen aplicable al personal académico de las Universidades y Escuelas Politécnicas con relación al devengamiento de conocimientos adquiridos por capacitaciones efectuadas mediante comisión de servicios, permiso o licencia. -

Este organismo se ha pronunciado sobre el deber de reintegrar a la institución el valor total o la parte proporcional de lo invertido en formación o capacitación, cuando no ha transmitido y puesto en práctica los nuevos conocimientos adquiridos, por un lapso igual al triple de tiempo concedido, en los casos de cesación definitiva producida por renuncia, pérdida de derechos por sentencia, destitución y retiro con indemnización, según consta del oficio No. 14903, de 28 de julio de 2021, en el que manifestó:

"Sobre el tema, el artículo 74 de la LOSEP, materia de las consultas, prevé que:



**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

'08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Pávina, 7

'En caso de que la servidora o servidor cese en su puesto en los casos previstos en las letras a), d), f) e i) del artículo 47 de esta ley y no pueda cumplir con la obligación establecida en el artículo 73 de la misma, o haya reprobado en sus estudios, la autoridad nominadora dispondrá la adopción de las medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar. El servidor estará obligado a reintegrar a la institución respectiva el valor total o la parte proporcional de lo invertido en su formación o capacitación, en un plazo no mayor a 60 días, pudiendo dichos valores cobrarse por parte de la Contraloría General del Estado a través de la jurisdicción coactiva o el Ministerio del Trabajo por la misma vía' (el resaltado me corresponde)

(...)

En este contexto, el artículo 95 del RCEPISES se remite a la LOSEP y establece que:

'Se concederá licencia o comisión de servicios al personal académico titular de las instituciones de educación superior públicas en los casos y con las condiciones establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público. Se exceptúan como requisitos para su otorgamiento la exigencia del tiempo mínimo de servicio en la institución, así como la del tiempo máximo de duración de la licencia.

Además de los casos establecidos en la Ley Orgánica de Servicio Público, las universidades y escuelas politécnicas públicas concederán comisión de servicios o licencia, sin remuneración o con remuneración total o parcial, al personal académico titular para:

(...)

2. La realización de estudios de doctorado (PhD o su equivalente) de acuerdo con el artículo 91 de este Reglamento; (...)" (el resaltado me corresponde).

#### 3.-Pronunciamiento. -

Del análisis jurídico efectuado se concluye que, el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior se remite expresamente a la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo artículo 74 establece que es deber del servidor reintegrar a la institución el valor total o la parte proporcional de lo invertido en su formación o capacitación, cuando no ha transmitido y puesto en práctica los nuevos conocimientos adquiridos, por un lapso igual al triple de tiempo concedido. Según esa norma, dicho deber es exigible, únicamente, en los casos de cesación definitiva producida por renuncia, pérdida de derechos por sentencia, destitución y retiro con indemnización, contemplados en las letras a), d), f) e i) del artículo 47 Ley Orgánica del Servicio Público. En consecuencia, los docentes que se acojan al retiro por jubilación,





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Pávina. 8

establecido en la letra j) de la norma citada, no están obligados a realizar tal reintegro (...)".

Asimismo, la Procuraduría General del Estado en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 17372, de 23 de enero de 2022, analizó la aplicación del artículo 211 del RGLOSEP para el personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas que se acogieron a licencias para estudios de doctorado (PhD) y otras normas relacionadas, las cuales se encuentran vigentes. En el referido pronunciamiento, se manifestó:

"Conforme lo previsto en el artículo 349 de la CRE, el Estado garantizará al personal docente en todos los niveles y modalidades 'estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico'; y agrega que 'la ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente'.

(...)

El artículo 350 ibídem prevé que el Sistema de Educación Superior (en adelante SES) tiene como finalidad 'la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; (...)'.

Conforme lo previsto en el inciso primero del artículo 355 ibídem, el Estado reconocerá a las UEP 'autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución'.

El artículo 1 de la LOES señala que sus disposiciones regulan al SES y a los organismos e instituciones que lo integran. En este contexto, las letras f) y h) del artículo 6 ibídem establecen como derechos de los profesores e investigadores, en su orden: "Para el caso de las y los servidores públicos, ejercer los derechos previstos en la Ley Orgánica del Servicio Público. (...)' y 'Recibir una capacitación periódica acorde a su formación profesional y la cátedra que imparta, que fomente e incentive la superación personal académica y pedagógica'.

De su parte, el artículo 70 de la LOES instituye el régimen del personal del SES y, respecto del personal de las UEP públicas en su inciso segundo dispone que los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones 'son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior' (...).

En este contexto, el CES expidió el RCEPASES (Reglamento de Carrera y Escalafón de Personal Académico del Sistema de Educación Superior), cuyo Capítulo I 'PERSONAL ACADÉMICO', Sección VII 'PERFECCIONAMIENTO



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

'08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Pápina. 9

DEL PERSONAL ACADÉMICO', en su artículo 100 prevé, en forma general, que las UEP elaborarán 'el plan de perfeccionamiento para cada periodo académico', en consideración a los requerimientos del personal académico y a los objetivos, fines institucionales y los resultados de la evaluación integral de desempeño; y en su penúltimo inciso agrega que los programas de perfeccionamiento se ejecutarán a través de 'y que las condiciones y los montos de las ayudas económicas 'serán definidos por el órgano colegiado superior de la universidad o escuela politécnica, los mismos que deberán ser planificados y constarán en su presupuesto institucional'. El inciso final del citado artículo, que también es objeto de su consulta, señala que 'la universidad o escuela politécnica deberá establecer los parámetros y procedimientos para su devengación'.

El artículo 102 ibídem, con relación a las facilidades para el perfeccionamiento académico, señala:

'El personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas, podrá solicitar una licencia para la realización de estudios doctorales (PhD). Estas licencias podrán ser remuneradas total o parcialmente, durante el periodo oficial de duración de los estudios, hasta por cuatro años, si es un programa a tiempo completo o hasta por cinco años, si es a tiempo parcial, de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria de la universidad o escuela politécnica. En caso de las licencias sin remuneración, éstas serán por el periodo oficial de duración de los estudios.

El personal académico titular tendrá derecho además, a una licencia sin o con remuneración total o parcial, para actividades de post doctorado o estancias de investigación'.

(...)

En ese orden de ideas, el artículo 104 del RCEPASES determina los casos en los que las UEP concederán licencias, con o sin remuneración, al personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas que lo requieran, entre ellos para: 'a) Realizar estudios de doctorado (PhD o su equivalente) o posdoctorados'; y, 'f) En los casos análogos establecidos en la Ley Orgánica de Servicio Público'. (el resaltado me corresponde)

Al respecto, el artículo 109 del RCEPASES, sobre las condiciones de los procesos de movilidad, señala:

'Las condiciones específicas y los tiempos máximos que se apliquen en los procesos de licencias, comisiones de servicios y traspasos de puestos, serán definidos en la normativa interna de cada universidad o escuela politécnica en ejercicio de su autonomía responsable, observando las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Educación Superior'.





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página. 10

De lo expuesto se observa que el RCEPASES contiene normas generales aplicables a todas las UEP, públicas o privadas.

En tal contexto, respecto del personal de las UEP públicas, por el carácter de servidores públicos de su personal cabe considerar, adicionalmente, la aplicación supletoria de la LOSEP y su reglamento general.

Al respecto, se observa que, el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil incluye entre las reglas de interpretación de la ley que 'A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal'.

En relación a la supletoriedad de las normas y aplicación de la analogía, en pronunciamiento contenido en oficio No. 01558 de 14 de noviembre de 2018, sobre la base de lo previsto en la regla 7 del artículo 18 del Código Civil, citada en el párrafo anterior, este organismo manifestó:

'De las definiciones mencionadas podemos determinar que norma supletoria es aquella que remedia la falta de regulación expresa sobre una materia, y que por tanto complementa a una ley principal.

(...)

De la doctrina y normativa examinada se observa que, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil, la analogía es una técnica de interpretación de la ley, cuya función es integrar vacios normativos que permite en ausencia de norma, aplicar otras que existan en el ordenamiento jurídico, siempre que las situaciones de hecho sean similares y existan las mismas razones'.

(...)

#### 3. Pronunciamiento

Del análisis jurídico efectuado se concluye que los docentes e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos, por lo que en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 73 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 210 de su Reglamento General y 18, numeral 7 del Código Civil, los procesos de devengación establecidos en el artículo 211 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público son aplicables a las universidades y escuelas politécnicas públicas respecto de las licencias concedidas en los casos previstos en la letra f) del artículo 104 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior, de manera subsidiaria, esto es en aquellos casos en los que no se hayan previsto los procesos o mecanismos de devengación".



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página, 11

De lo manifestado, se desprende que: i) los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia de las UEP públicas son servidores públicos sujetos al régimen especial que regula la LOES y el RCEPASES y supletoriamente les son aplicables las reglas que rigen para los servidores públicos; ii) el RCEPASES contiene normas generales aplicables a todas las UEP, entre ellas, las relativas a la concesión de licencias, comisiones de servicio y la autorización de traspasos y traslados de puestos y dispone que las condiciones y tiempos máximos en que apliquen estos procesos deberán ser definidos en la normativa interna de las UEP; iii) cada UEP está facultada a elaborar planes de perfeccionamiento por cada período académico, que se ejecutarán, entre otros mecanismos, mediante ayudas económicas, determinadas por las UEP, así como los parámetros y procedimientos para el devengamiento de las licencias y estas ayudas económicas; iii) ara las UEP públicas, la literal f) del artículo 104 del RECEPASES prevé la concesión de licencias en los casos análogos previstos en la LOSEP, lo que da lugar a la aplicación supletoria de los procesos de devengamiento establecidos en el artículo 211 del RGLOSEP, de manera subsidiaria, en aquellos casos en los que no se hayan previsto los procesos o mecanismos de devengamiento; y, iv) es deber del servidor reintegrar a la institución el valor total o la parte proporcional de lo invertido en su formación o capacitación cuando no ha transmitido y puesto en práctica los nuevos conocimientos adquiridos, por un lapso igual al triple de tiempo concedido, lo cual es exigible en los casos de cesación definitiva producida por renuncia, pérdida de derechos por sentencia, destitución y retiro con indemnización.

2.2. Disposiciones del Reglamento de Becas, Licencias, Comisiones de Servicio, Ayudas Económicas, y Período Sabático para la Capacitación, Formación y el Perfeccionamiento de las y los Profesores e investigadores de la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo del año 2013.-

El artículo 82 de la CRE prescribe 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".

En consonancia con lo analizado en el acápite anterior, la Universidad consultante emitió el Reglamento de Becas de la ESPOCH, que se menciona en el informe jurídico, reglamento que estuvo vigente a la época en que se confirió la licencia para estudios que motiva la consulta, cuyas disposiciones de conformidad con su artículo 1: "regulan las becas, licencias, comisiones de servicio, período sabático y ayudas económicas que se podrá conceder para la capacitación, formación y el perfeccionamiento académico de las y los profesores e investigadores de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo". Según el artículo 27 ibidem "La ESPOCH podrá conceder licencia con remuneración a las y los profesores e investigadores titulares auxiliares o agregados, con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, que desearen cursar estudios de doctorado (PhD), y al personal académico titular para la realización de posdoctorados". Añade el mismo artículo que "En ambos casos se podrá conceder la licencia hasta por el período oficial que duren sus estudios".

Dr.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO
0005713-2024
Página, 12

Sobre el financiamiento de las indicadas licencias, el artículo 29 determina que el mismo formará parte del 6% del total del presupuesto institucional; y, sobre el período de compensación por tales licencias, el artículo 35 prevé que "Es obligación de la o el profesor e investigador beneficiario de la licencia con remuneración devengar el beneficio obtenido, laborando en la institución por un tiempo igual al triple del período concedido".

En armonía con la previsión de la LOES, el Reglamento de Becas de la ESPOCH señala en su artículo 36 que, en caso de que los profesores e investigadores titulares auxiliares o agregados que desearen cursar estudios de doctorado (PhD), y el personal académico titular para la realización de posdoctorados, haya abandonado o reprobado sus estudios, no se reintegre a la institución luego del período autorizado o no cumpla con el período de compensación o devengamiento establecido "el Rector o Rectora dispondrá la adopción de medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar, siendo obligatorio para la o el profesor o investigador reintegrar a la institución el valor total de lo invertido por la ESPOCH, más los respectivos intereses legales, en un plazo no mayor a 60 días, pudiendo dichos valores cobrarse por vía coactiva" (énfasis añadido).

Similar disposición se recoge en el artículo 48 del Reglamento que se analiza, el cual determina que "En caso de que la o el profesor o investigador haya abandonado o reprobado sus estudios de posgrado o posdoctorado, no se reintegre a la institución luego del período autorizado o no cumpla con el período de compensación o devengamiento establecido según el caso, el Rector o Rectora dispondrá la adopción de medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar, siendo obligatorio para el profesor o investigador reintegrar a la institución el valor total de lo invertido por la ESPOCH, más los respectivos intereses legales, en un plazo no mayor a 60 días, pudiendo dichos valores cobrarse por vía coactiva" (énfasis añadido).

En lo que atañe al artículo 61 ibidem, que menciona el informe jurídico de la universidad, cabe señalar que el mismo define a las ayudas económicas como una subvención de carácter excepcional y específico no reembolsable, que otorga la ESPOCH por una sola vez y de forma emergente a su personal académico, para cubrir el costo de rubros inherentes a su formación de posgrado; y, el artículo 67 determina que no es exigible la restitución de los recursos otorgados a través de la concesión de ayuda económica, salvo dos excepciones que establece la misma norma, referidas al destino de tales fondos a fines distintos y la presentación de documentos falsos o falsificados para el acceso a este beneficio.

De su parte, el artículo 68 se refiere al "Contrato de Becas, Licencias, Comisiones de Servicios y Ayuda Económica" y establece la obligación de que los beneficiarios de becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado, y ayudas económicas, de suscribir un contrato con la ESPOCH, en el cual se estipularán todos los beneficios y obligaciones recíprocas establecidas en el correspondiente reglamento.

De las normas señaladas, se desprende: *i)* el Reglamento de Becas de la ESPOCH regula las becas, licencias, comisiones de servicio, período sabático y ayudas económicas que se podrá conceder para la capacitación, formación y el perfeccionamiento académico de las y los



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024 Página, 13

profesores e investigadores del referido centro de educación superior; ii) la ESPOCH podía conceder licencia con remuneración, hasta por el período que duren los estudios, a las y los profesores e investigadores titulares auxiliares o agregados, con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, que desearen cursar estudios de doctorado (PhD), y al personal académico titular para posdoctorados; iii) de acuerdo con el reglamento en mención, es obligación del profesor e investigador beneficiario de la licencia con remuneración devengar el beneficio obtenido laborando en la institución por un tiempo igual al triple del período concedido; iv) cuando el profesor o investigador haya abandonado o reprobado sus estudios, no se reintegre a la institución luego del período autorizado o no cumpla con el período de compensación o devengamiento correspondiente, el rector dispondrá las medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar, siendo obligatorio para la o el profesor o investigador reintegrar a la institución el valor total de lo invertido por la ESPOCH, más los respectivos intereses legales, en un plazo no mayor a 60 días, pudiendo dichos valores cobrarse por vía coactiva; y, v) los beneficiarios de becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado, y ayudas económicas estaban obligados a suscribir un contrato con la ESPOCH, en el cual se estipulen todos los beneficios y obligaciones recíprocas establecidas en el correspondiente reglamento.

2.3. Ejercicio de la potestad coactiva por parte de la Universidad aplicación de las estipulaciones de los contratos de devengamiento de becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado y ayudas económicas. -

El último inciso del artículo 42 del COA determina que "(...) para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código".

El Título II regula el Procedimiento de Ejecución Coactiva y el Capítulo Primero denominado "Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Coactiva", en su artículo 261 señala que: "Las entidades del sector público son titulares de la potestad de ejecución coactiva cuando esté previsto en la ley", de lo que se evidencia que es una potestad de orden público que nace de la ley.

La LOES en su artículo 44, sobre la potestad coactiva de las instituciones de educación superior públicas señala que "tienen derecho a ejercer jurisdicción coactiva para el cobro de los títulos de crédito que se emitan por cualquier concepto de obligaciones" (énfasis añadido).

En armonía con la previsión de la LOES y conforme se citó en el acápite anterior, el Reglamento de Becas de la ESPOCH en sus artículos 36 y 48 ibidem, prevén el cobro por la vía coactiva cuando el profesor o investigador no ha cumplido con sus obligaciones de devengamiento y no ha reintegrado a la institución los valores correspondientes por los beneficios recibidos en base del antedicho reglamento.

De otra parte, cabe resaltar que conforme se mencionó en el acápite anterior, el artículo 68 del Reglamento de Becas de la ESPOCH prevé la obligación de que los beneficiarios de





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

@PGEcuador

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO
0005713-2024
Página. 14

becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado, y ayudas económicas, de suscribir un contrato con la ESPOCH.

Según refiere en su oficio No. 013.DJ. ESPOCH.2024, así como en el informe jurídico contenido en el oficio No. 022.GT.DJ. ESPOCH.2024 "En el contrato de Licencia con Remuneración y en el Contrato Civil para la Devengación de la Prórroga de la Licencia con remuneración, se estipula que, en caso de controversias o diferencias de la aplicación, interpretación, ejecución o liquidación del contrato, las partes acuerdan someter tales controversias ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la ESPOCH".

En este punto es pertinente considerar que el artículo 1454 del CC define "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Según el artículo 1455 el contrato es bilateral "bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

El artículo 1561 del CC dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"; y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1562 ibidem, "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella".

Como se aprecia, el contrato válidamente celebrado es ley para las partes y en el contrato pertinente, según lo señalado en su oficio y en el informe jurídico adjunto, el sometimiento de las partes para las controversias en la "aplicación, interpretación, ejecución o liquidación del contrato", a los Jueces de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la ESPOCH", no excluye el ejercicio de la potestad coactiva, por parte de la Universidad para la recuperación de cualquier tipo de obligación.

De las normas citadas, se desprende lo siguiente: *i)* la LOES otorga a las universidades públicas, potestad coactiva para el cobro de los títulos de crédito que se emitan por cualquier concepto de obligaciones; *ii)* el Reglamento de Becas de la ESPOCH prevé expresamente la posibilidad de ejercer la potestad coactiva para el cobro de los valores relacionados con las licencias, becas, ayudas y obligaciones de devengamiento establecidas en el mismo, lo que comprende el valor total de lo invertido por la ESPOCH, más los respectivos intereses legales; *iii)* el Reglamento de Becas de la ESPOCH determina la obligación de que los beneficiarios de becas de posgrado, becas de investigación, licencias o comisiones de servicios para estudios de posgrado, doctorado (Phd) o posdoctorado, y ayudas económicas, de suscribir un contrato con la ESPOCH; *iv)* todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; *v)* si el contrato de devengamiento suscrito por la Universidad prevé que en caso de controversias o diferencias de la aplicación, interpretación, ejecución o liquidación del contrato, las partes pueden someter estas controversias ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo, dicha estipulación es de



Página. 15

+593 2 2941300

08320

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO 0005713-2024

cumplimiento obligatorio para los contratantes, <u>pero aquello no impide el cobro a través de</u> <u>la potestad coactiva conferida por la ley.</u>

#### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que en caso de cesación de funciones por destitución de un docente titular que tenga pendiente cumplir la totalidad del plazo de devengamiento por una licencia con remuneración para estudios doctorales, la Universidad consultante debe efectuar el proceso de recuperación de valores según lo previsto en la LOES, el Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior y el Reglamento que para el efecto haya expedido la universidad, y de manera subsidiaria se aplicaría el artículo 211 del RGLOSEP, respecto de las licencias concedidas en los casos previstos en la letra f) del artículo 104 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Personal Académico del Sistema de Educación Superior, cuando no se hayan previsto los procesos o mecanismos de devengamiento.

En lo que respecta a la segunda consulta, para el caso de que un docente titular, cesado en funciones por destitución y que no haya cumplido con la totalidad del plazo de devengamiento del beneficio de licencia con remuneración y demás ayudas conferidas, para la recuperación de valores correspondientes, la Universidad consultante debe ejercer la potestad coactiva conferida en los artículos 44 de la LOES y los artículos 36 y 48 del Reglamento de Becas de la ESPOCH.

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,

C.C.

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Xavier Mauricio Torres Maldonado Contralor General del Estado

Abg. Ivonne Nuñez Figueroa Ministra de Trabajo

Econ. Pablo Beltrán Ayala, Ph.D.,

Presidente del Consejo de Educación Superior



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

Oficio No. 08380

Ouito, DM,

2 7 AGO 2024

Ingeniero Byron Marcelo Pinto Guzmán GERENTE GENERAL EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. EP-EMAPA-A-GG-0839-2024, de 26 de julio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 29 del mismo mes y año, se formularon las siguientes consultas:

#### "3.1. Primera. -

En el caso de, los prestadores de servicios básicos (empresas públicas) creados mediante ordenanza por los GAD municipales: ¿Es aplicable directamente la exoneración de los servicios básicos dispuesta en el Art. 36 lit. j) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, sin necesidad que el Concejo Municipal emita una ordenanza de exoneración de tasas, conforme lo exige el Art. 55 lit. e) y Art. 57 lit. c) del COOTAD?

#### 3.2. Segunda .-

En atención a lo dispuesto en la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural: ¿La Empresa Pública debe dotar gratuitamente la totalidad del servicio de agua potable, conforme lo establece el Art. 36 lit. j) de la LOEI, o, hasta el monto que determine la Autoridad Nacional Educativa, según la Disposición General Tercera de la ley en mención?

#### 3.3. Tercera.-

En función de los principios de solidaridad y sostenibilidad, definidos en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, a efecto de garantizar la continuidad y calidad de servicio, quién, debería asumir el subsidio por el servicio exonerados por el Art. 36 lit. j) de la LOEI: ¿Los consumidores de mejor condición socioeconómica, conforme al esquema de subsidio cruzado contemplado en la Regulación Nro. DIR-ARCARG-006-2017, o, el GAD Municipal a través de subsidio directo, según el Art. 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y Art. 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?" (El resaltado pertenece al texto original).

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PCEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página, 2

1.1. El criterio jurídico del Asesor Legal, de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ambato (en adelante, "EMAPA EP"), contenido en memorando No. AJ-0592-2024 de 26 de julio de 2024, citó los artículos 264 números 4 y 5, 301, 315, 318, 375 número 6 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, "CRE"); 6 letra e), 7, 55 letra e), 57 letras a), b), c) y d), 60 letra e), 137, 169, 186, 274, 277, 566, 568 letras c) y h) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>2</sup> (en adelante, "COOTAD"); 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>3</sup> (en adelante, "COPLAFIP"); 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>4</sup> (en adelante "LOEP"); 36 y Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural<sup>5</sup> (en adelante, "LOEI"); 135 al 136 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua<sup>6</sup> (en adelante, "LORHUA"); 112 al 122 del Reglamento a la LORHUA7 (en adelante, "RLORHUA"); 44 de la Resolución No. DIR-ARCA-RG-006-20178 que contiene la "NORMATIVA TÉCNICA PARA ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS TÉCNICOS Y ACTUARIALES PARA LA DETERMINACIÓN DE COSTOS SOSTENIBLES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO Y, PARA LA FIJACIÓN DE TARIFAS POR LOS PRESTADORES PÚBLICOS DE ESTOS SERVICIOS" (en adelante, "Normativa Técnica para la determinación de Costos de Agua Potable"; Sentencia No. 22-16-SIN-CC9 de la Corte Constitucional (en adelante, "CC"); 13 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores<sup>10</sup> (en adelante, "LOPAM"); 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades<sup>11</sup> (en adelante, "LOD"); número 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>12</sup> (en adelante, "LOGJCC"); 3 del Código Tributario<sup>13</sup> (en adelante, "CT"); 12 del Código Civil<sup>14</sup> (en adelante, "CC"); y, Pronunciamientos Previos emitidos por el Procurador General del Estado contenidos en los oficios No. 0730515, No. 1305116 y No. 02438<sup>17</sup>, de 05 de abril del 2012, 07 de mayo de 2013, y 23 de abril de 2019, respectivamente; con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

#### "5. Criterio jurídico institucional

En base o los argumentos expuestos, respecto de la petición del MINEDUC y de una aparente antinomia en la LOEI, se concluye que, acorde a lo dispuesto en el Art. 425 de la CRE, Art. 3 núm, 1 de la LOGJCC y Art. 12 del Código Civil, se entenderá al Art. 36 lit. j) de la LOEI como norma especial, y prevalecerá frente a lo Dispuesto en la Disposición General Tercera de la ley ibidem; en consecuencia, la EP-EMAPA-A como

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>LOEI, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>LORHUA, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 305 de 06 de agosto de 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> RLORHUA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015.

<sup>8</sup> Normativa Técnica para la determinación de Costos de Agua Potable, publicada en el Registro Oficial No. 296 de 28 de febrero de 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Sentencia No. 22-16-SIN-CC de 30 de marzo de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 782 de 23 de junio de 2016.

<sup>10</sup> LOPAM, publicada en el Suplemento del Registro Ofician No. 484 de 09 de mayo de 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> LOD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de septiembre de 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

<sup>14</sup> CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>15</sup> Oficio No. 07305, publicado en el Registro Oficial No. 746 de 16 de julio de 2012.

<sup>16</sup> Oficio No. 13051, publicado en el Registro Oficial No. 029 de 04 de julio de 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Oficio No. 02438, publicado en el Registro Oficial No. 436 de 26 de febrero de 2019.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

08380

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página 3

ente encargado de la prestación de los servicios básicos de agua potable y alcantarillado en el cantón Ambato, le corresponde proveer gratuitamente sus servicios a los establecimientos educativos públicos y fiscomisionales sujetos a la LOEI; previo ajuste del pliego tarifario mediante ordenanza.

En cuanto a la potestad de exonerar las tasas por los servicios que brinda la EP-EMAPA-A, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 264 núm. 5, Art. 301 de la CRE, Art. 7, Art. 55 lit. e), Art. 57 lit. a) b), c), Art. 186, Art. 568 lit. c) h) del COOTAD, y Art. 3 del Código Tributario, le corresponde al Concejo Municipal del GADMA, e independiente del modelo de gestión o del prestador del servicio, está deberá ser regulada mediante ordenanza.

Por otra parte, acorde a lo dispuesto en el Art. 40 de lo LOEP, la EP-EMAPA-A es una empresa pública constituida exclusivamente para brindar servicios básicos que persigue una rentabilidad social, antes que económica. En tal sentido, el pliego tarifario de la EP-EMAPA-A está estructurado únicamente para garantizar la continuidad del servicio, sin que este contemplado un subsidio a las instituciones educativas, mismo que deberá ser definido mediante ordenanza, bajo el esquema de subsidio directo o cruzado, según la Regulación Nro. DIR-ARCARG-006-2017, a efecto de garantizar la continuidad y calidad del servicio. En el caso de, optarse por el subsidio directo la unidad financiera del GADMA registrará el gasto tributario y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente, conforme al Art. 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. La ordenanza que reconozca la exoneración, previo o su tratamiento contará con el informe que determine el impacto presupuestario y financiero, según lo dispone el Art. 169 del COOTAD."

1.2. De lo expuesto se observa que, con relación a las consultas formuladas, la consultante manifiesta sobre la primera consulta que: i) acorde al COOTAD, la facultad de exonerar tasas por los servicios de agua potable corresponde al Consejo Municipal, por lo cual la exoneración prevista en la letra j) del artículo 36 de la LOEI no se puede aplicar de forma directa. En relación con la segunda consulta establece que: ii) la letra j) del artículo 36 de la LOEI es una norma especial y prevalece frente a lo Dispuesto en la Disposición General Tercera de la ley ibidem. Finalmente, sobre la tercera pregunta concluye: iii) en el caso de establecerse un subsidio directo a favor de las instituciones educativas por el servicio de agua potable, se deberá registrar el gasto tributario y se anexará la proforma presupuestaria correspondiente.

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Competencias de los Gobiernos Autónomos Municipales para regular la tarifa del servicio público de agua potable; y, *ii*) Provisión del servicio público de agua potable a los establecimientos educativos públicos y fiscomisionales.

2.1.- Competencias de los Gobiernos Autónomos Municipales para regular la tarifa del servicio público de agua potable. -

El inciso segundo del artículo 5 del COOTAD señala que la autonomía política de los GAD "Se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad", y en tal contexto, la letra k) del artículo 6 ibídem prohíbe a cualquier





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

 @PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página, 4

autoridad o funcionario ajeno "Emitir dictámenes o informes respecto de las normativas de los respectivos órganos legislativos". En este orden de ideas, el inciso primero del artículo 7 ibídem otorga a los concejos metropolitanos y municipales la capacidad para dictar ordenanzas, conforme lo previsto en los artículos 29 letra a) y 53 del COOTAD.

Por su parte, con relación al tema de su consulta la CRE en los numerales 264 numerales 4 y 5 establecen como parte de las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales (en adelante, "GADs Municipales") la prestación de "los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales (...)", y la competencia para "Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras".

En concordancia, el COOTAD, en su artículo 55, letras d) y e), reitera como parte de las competencias exclusivas de los GADs Municipales, la prestación de los "(...) servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial con depuración de aguas residuales (...)" y la facultad de "Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras" (énfasis añadido).

Así, para la emisión de ordenanzas el artículo 57 de la norma ibídem en sus letras b) y c) permiten al Consejo Municipal como el órgano de legislación de los GADs Municipales, el "Regular, mediante ordenanza, la aplicación de tributos previstos en la ley a su favor", y en consecuencia "Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute" (énfasis añadido).

En el mismo sentido, sobre la materia de la consulta referida al servicio público de agua potable, el primer inciso del artículo 137 ibídem establece que "Las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable, en todas sus fases, las ejecutarán los" GADs Municipales "con sus respectivas normativas y dando cumplimiento a las regulaciones y políticas nacionales establecidas por las autoridades correspondientes" (énfasis añadido).

En este contexto, la LORHUA que, de acuerdo con su artículo 3, tiene como su objeto el "garantizar el derecho humano al agua"; en su Capítulo IV "RÉGIMEN ECONÓMICO", Sección I "TARIFAS", artículo 139, establece que se "entenderán por servicios públicos básicos los de abastecimiento de agua potable, saneamiento, riego y drenaje". En este sentido, el segundo inciso de la norma ibídem reitera que corresponde a los prestadores públicos de estos servicios públicos básicos la "competencia para fijar las tarifas (...)".

En esta línea de ideas, sobre la regulación de las tarifas de los servicios públicos de agua potable, el quinto inciso del artículo 137 del COOTAD establece que serán "(...) equitativos, a través de tarifas diferenciadas a favor de los sectores con menores recursos económicos, para lo cual se establecerán mecanismos de regulación y control, en el marco de las normas nacionales" (énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 118 del RLORHUA, establece que cuando en una Ley se indique que una tarifa será diferenciada "ello significa que deberá considerar la situación socioeconómica de las

18 COOTAD, Artículo 56 "Concejo municipal.- El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal. Estará integrado por el alcalde o alcaldesa, que lo presidirá con voto dirimente, y por los concejales o concejalas elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral. En la elección de los concejales o concejalas se observará la proporcionalidad de la población urbana y rural prevista en la Constitución y la ley". (el énfasis me corresponde).



+593 2 2941300

08380

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página 5

personas con menores ingresos y condición de discapacidad de los consumidores de los servicios y, en su caso, los incentivos del Estado para determinadas usos o lugares geográficos" (Énfasis añadido).

Como parte de las definiciones previstas en el artículo 5 de la Normativa Técnica para la Determinación de Costos de Agua Potable, se define a los subsidios cruzados y al subsidio directo como:

"Subsidios cruzados.- Esquema mediante el cual los consumidores de mejor condición socioeconómica apoyan a los consumidores en condición de vulnerabilidad para acceder a los servicios públicos básicos.

Subsidio directo.- Es la asignación, transferencia, donación y/o aporte realizado por los diferentes niveles de gobierno o donantes hacia un prestador para garantizar la provisión de los servicios públicos básicos a los consumidores en condición de vulnerabilidad" (énfasis añadido).

De las normas previamente invocadas, se desprende lo siguiente: *i)* los GADs municipales y metropolitanos gozan de autonomía política, que se expresa en sus facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales; *ii)* como parte de las competencias exclusivas de los GADs Municipales, se encuentra la prestación de los servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial con depuración de aguas residuales, acorde al artículo 57 letras b) y c) del COOTAD; *iii)* la competencia para fijar las tarifas de abastecimiento de agua potable corresponde a los GADs Municipales; y, *iv)* la modificación de tarifas, incluida la del servicio público de agua potable, se debe realizar mediante ordenanzas emitidas por el Consejo Municipal, en su calidad de órgano de legislación de los GADs Municipales.

2.2.- Provisión del servicio público de agua potable a los establecimientos educativos públicos y fiscomisionales. -

La CRE en su artículo 348 establece que la "educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente"; además, reconoce y garantiza en el número 2 de su artículo 66, "El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura fisica, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios", como parte de los derechos de libertad (énfasis añadido).

La LOEI, de acuerdo con su artículo 1, tiene como objeto "normar el Sistema Nacional de Educación"; y su ámbito de aplicación "rige para todo el territorio nacional y garantiza el derecho a la educación para todos y todas a lo largo de toda la vida", según lo dispuesto en su artículo 1.1. El Sistema Nacional de Educación se rige por varios principios, entre los cuales se encuentra la gratuidad de la educación pública garantizada "(...) a través de la eliminación de cualquier cobro de valores por conceptos de: matriculas, pensiones y otros rubros, así como de las barreras que impidan el acceso y la permanencia en el Sistema Educativo" (énfasis añadido); según lo previsto en el literal m de su artículo 2.3.

En este contexto, conforme el literal z) del artículo 6 de la LOEI, es una obligación estatal el "Asegurar los recursos necesarios para mantenimiento de infraestructura educativa, servicios de aseo y limpieza y cobertura de servicios básicos en los establecimientos educativos, textos, alimentación, uniformes y transporte escolares" (Énfasis añadido).





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024

Conforme lo previsto en el artículo 22 de la LOEI, a la Autoridad Educativa Nacional<sup>19</sup> le corresponde de manera exclusiva la "competencia sobre la provisión de recursos educativos" y "de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los Gobiernos Autónomos Descentralizados", de acuerdo con la CRE y la Ley.

Al respecto, según los literales i), l) y v) del referido artículo 22 ibidem, en relación a los recursos financieros, su vigilancia y control, le corresponde a la Autoridad Educativa Nacional: i) "Requerir los recursos necesarios para garantizar la provisión del talento humano, recursos materiales, financieros y tecnológicos necesarios para implementar los planes educativos"; ii) "Vigilar la correcta administración del presupuesto y solicitar las reformas necesarias"; y, iii) "Controlar el buen uso de los recursos de operación de establecimientos educativos de conformidad a la presente Ley y su reglamento".

En este sentido, sobre el servicio público de agua potable materia de su consulta, la LOEI en su Disposición General Tercera contenida en el Título VII "DISPOSICIONES GENERALES", señala que: "(...) Los establecimientos educativos públicos²0 están exentos del pago de impuestos prediales. También estarán exonerados de servicios básicos hasta el monto determinado por la Autoridad Nacional Educativa" (el énfasis me corresponde).

La referida Disposición General Tercera de la LOEI, fue reformada por la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica<sup>21</sup> (en adelante, "LOSPEE"), que en el inciso final de su Disposición Derogatoria eliminó la exoneración de la LOEI "en lo relacionado a la fijación del valor de consumo de la energía eléctrica por parte de la autoridad nacional educativa". Se infiere que la exoneración para el servicio básico de agua potable, prevista en la Disposición General Tercera, no fue derogada por esta norma.

En esta línea de ideas, la Agencia de Regulación y Control de Agua (en adelante, "ARCA"), expidió la Normativa Técnica para la determinación de Costos de Agua Potable, que en el tercer punto del artículo 44 reitera que los prestadores públicos de servicios deberán dar cumplimiento a "La disposición general tercera de la Ley de Educación Intercultural: los planteles educativos públicos estarán exonerados del pago de los servicios básicos hasta el monto determinado por la Autoridad Nacional Educativa" (énfasis añadido).

En este contexto, es necesario mencionar que la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural<sup>22</sup> (en adelante, "Ley Reformatoria a la LOEI"), reformó el artículo 36 de la LOEI; artículo que en su primer inciso sobre las responsabilidades de los GADs Municipales estableció que no podrán contrariar "(...) lo establecido en la Constitución de la República, las leyes y, en particular, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

Además, la Ley Reformatoria a la LOEI incluyó en el literal j del artículo 36 de la LOEI, la responsabilidad de los GADs Municipales de "Proveer gratuitamente, por sí o a través de sus

<sup>19</sup> LOEI, "Art. 21.- Autoridad Educativa Nacional.- Corresponde a la Función Ejecutiva la calidad de Autoridad Educativa Nacional. La ejercerá el Ministro o Ministra del ramo (...)"

<sup>20</sup> El artículo 59 del Reglamento General a la LOEI (en adelante, "RGLOEI") establece que las instituciones educativas públicas incluirán a "las instituciones educativas fiscales y municipales"

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ley Reformatoria a la LOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 434 de 18 de abril de 2021.



EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página. 7

empresas, los servicios públicos básicos de su competencia a los establecimientos educativos públicas (sic) y fiscomisionales<sup>23</sup>" (el énfasis me corresponde).

Por otra parte, a criterio del consultante, existiría una antinomia entre el literal j del artículo 36 y la Disposición General Tercera de la LOEI, toda vez que la primera norma se refiere a la gratuidad de los servicios básicos para los establecimientos educativos públicos y fiscomisionales, y la segunda establece un límite de la exoneración de servicios básicos, únicamente para los establecimientos educativos públicos, hasta el monto que establezca el Ministro de Educación.

En este sentido, sobre los métodos y reglas de interpretación se debe considerar que de acuerdo con el número 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>24</sup> (en adelante, "LOGJCC"), "Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior" (el énfasis me corresponde). En la especie, la antinomia entre la letra j) del artículo 36 y la Disposición General Tercera de la LOEI, se resolvería dando preferencia a la norma jurídica posterior.

Por otra parte, no existe derogatoria expresa o tácita en la norma ibídem o en sus normas reformatorias citadas en el presente pronunciamiento, por lo cual la Disposición General Tercera de la LOEI, se mantendría vigente.

Al efecto, se debe considerar que de las normas analizadas y realizando una interpretación sistemática<sup>25</sup> de la LOEI, el literal j) del artículo 36 y la Disposición General Tercera de la norma ibídem, son complementarias; es decir, la referida gratuidad de los servicios básicos debe regularse por parte de los GADs Municipales que los provean, en cada circunscripción territorial; y, el límite de la exoneración que podrá establecer la Autoridad Nacional Educativa, se referirá únicamente al control y uso de los recursos de operación de los establecimientos educativos.

De lo expuesto se observa que: *i*) acorde al análisis referido en el primer acápite, la CRE y el COOTAD asignan a los GADs Municipales competencias exclusivas para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas las tarifas de los servicios públicos que proveen, lo cual no se modifica con la LOEI; *ii*) la gratuidad de los servicios básicos prevista en el literal j) del artículo 36 de la LOEI debe contar con una regulación de tarifas, cuya competencia es exclusiva de los GADs Municipales, en sus respectivas circunscripciones territoriales; y, *iii*) el límite de exoneración que podrá determinar la Autoridad Nacional Educativa, prevista en la Disposición General Tercera de la LOEI, se referirá exclusivamente al control de los recursos de operación de los establecimientos educativos, y en ningún caso a la regulación de tarifas de los servicios básicos.

<sup>23</sup> RGLOEI, "Art. 63.- Instituciones educativas fiscomisionales.- Son aquellas que reciben financiamiento total o parcial de fondos públicos, cuya entidad promotora es una organización de derecho privado sin fines de lucro, laica o de denominación confesional -- religiosa, pudiendo serlo también las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional".

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre del 2009.

<sup>25</sup> LOGJCC, "Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: (...)

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. (...)".



www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE AMBATO (EMAPA)
0005530-2024
Página. 8

#### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera y segunda consulta, se concluye que, de conformidad con lo establecido en los literales d) y e) del artículo 55, b) y c) del artículo 57 del COOTAD, y el artículo 139 de la LORHUA, corresponde a GADs Municipales la competencia exclusiva para modificar o suprimir, mediante ordenanzas, las tarifas por servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales. Por lo tanto, para cumplir con la provisión gratuita de los servicios básicos de su competencia, según lo previsto en el literal j) del artículo 36 de la LOEI, se requiere contar con el acto normativo correspondiente, expedido por el órgano legislativo del GAD cantonal.

En relación a la tercera consulta, en virtud de los artículos 137 del COOTAD, y 118 del Reglamento a la LORHUA, la regulación de tarifas de los servicios públicos de agua potable se realizará a través de tarifas diferenciadas; y, en relación a la exoneración para los establecimientos educativos, se deberá considerar la obligación del Estado de asegurar los recursos necesarios para la cobertura de servicios básicos, de conformidad con la letra z) del artículo 6 y 22 de la LOEI.

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



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

Oficio No., 08420

Quito, DM, 2 8 AGO 2024

Magíster
Johanna Tomalá Castañeda
GERENTE GENERAL SUBOGANTE
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN
NACIONAL DE ELECTRICIDAD CNEL EP
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CNEL-CNEL-2024-0498-O, de 11 de junio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

"Considerando la aplicación de la Disposición Transitoria Segunda (sic) de la Ley Orgánica de Competitividad Energética y las gestiones previas realizadas por CNEL EP y sus distintas Unidades de Negocio con los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs). ¿Es jurídicamente viable aplicar los decretos ejecutivos Nro. 1001, emitido el 17 de abril de 2016, y Decreto Nro. 66, emitido el 13 de julio de 2017, que prorrogó el estado de excepción por 60 días adicionales, estableciendo su término final el 13 de septiembre de 2017, en situaciones donde los GADs no han proporcionado respuesta o no han definido un período para la declaratoria de emergencia en sus respectivos cantones?" (énfasis corresponde al texto original).

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos para atender la consulta, mediante oficios No. 07356, 07357, 07358 y 07359, de 19 de junio de 2024, se solicitó el criterio jurídico institucional del Operador Nacional de Electricidad CENACE (en adelante, "CENACE"), de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad (en adelante, "ARCONEL"), de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME (en adelante, "AME") y del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MEM"). Mediante oficios Nos. 07722, 07723 y 07724, de 10 de julio de 2024, se insistió en los requerimientos al MEM, ARCONEL y AME, respectivamente.
- 1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden: *i)* con oficio No. CENACE-CENACE-2024-0738-O, de 3 de julio de 2024, suscrito por su Director Ejecutivo e ingresado al día siguiente en el correo único institucional de la Procuraduría General del Estado, el CENACE se abstuvo de emitir su criterio;





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CNEL EP 0005507-2024 Página, 2

ii) la Directora Nacional de Asesoría Jurídica Subrogante de la AME, atendió el requerimiento de este organismo, mediante oficio No. AME-DNAJ-2024-0022-O, de 23 de julio de 2024, ingresado en el correo único institucional de la Procuraduría General del Estado, el 25 del mismo mes y año. Hasta la presente fecha el MEM y ARCONEL no han atendido los requerimientos de la Procuraduría General del Estado.

1.3. El informe jurídico contenido en memorando No. CNEL-CORP-GJ-2024-0259-M, de 11 de junio de 2024, suscrito por el Gerente Jurídico de la Empresa Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP (en adelante, "CNEL EP"). Dicho informe citó como fundamentos jurídicos los artículos 11 número 3, 82, 225 números 1 y 3, 226, 227, 315 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup>, (en adelante, "CRE"); 4, 5, 6, 7 y 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>2</sup> (en adelante, "LOEP"); Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Competitividad Energética<sup>3</sup> (en adelante, "LOCE"), 2 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Competitividad Energética<sup>4</sup> (en adelante, "RGLOCE"); 2 y Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General a la Ley Orgánica de Eficiencia Energética<sup>5</sup> (en adelante, "RGLOEE") y Decretos Ejecutivos No. 1001, de 17 de abril de 2016, y 66<sup>6</sup>, de 13 de julio de 2017, con base en los cuales expuso el siguiente criterio jurídico:

## "b) Respecto de la temporalidad establecida en la Disposición Transitoria Primera del Reglamento a la Ley Orgánica de Competitividad Energética.

En virtud de la Promulgación de la Ley Orgánica de Competitividad Energética (LOCE) y su reglamento general, la disposición transitoria segunda establece un marco temporal específico para la condonación de deudas por servicios de energía eléctrica y alumbrado público. Esta disposición es clara en cuanto a que el saldo de la deuda se contabilizará hasta el 11 de enero de 2024. No obstante, para ejecutar esta condonación es indispensable cumplir con el procedimiento detallado en la normativa, lo cual depende de la coordinación efectiva entre la Corporación Nacional de Electricidad (CNEL) y los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs).

El reglamento establece que, dentro de un término de quince días desde la expedición del reglamento, CNEL debe oficiar a los GADs de los cantones de Manabí y Esmeraldas para solicitar información sobre los actos

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> 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.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 475 de 11 de enero de 2024.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOCE, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.475 de 11 de enero de 2024.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> RGLOCE, publicado Suplemento del Registro Oficial No. 507 de 28 de Febrero 2024

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> RGLOEE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 11 de noviembre de 2021

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Decreto Ejecutivo 66, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 37 de 17 de julio de 2017.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CNEL EP 0005507-2024 Página. 3

08420

administrativos que declararon el estado de emergencia en 2016. Esta solicitud es fundamental, ya que permite a CNEL aplicar la condonación del 100% del capital e intereses de las obligaciones pendientes. Sin embargo, el plazo para la recepción de esta información por parte de los GADs es también de quince días, lo que plantea un desafio logístico y administrativo significativo. Una vez recibida la documentación certificada de los GADs, CNEL tiene un plazo de hasta sesenta días para condonar las deudas de todos los consumidores o usuarios finales afectados. La temporalidad de esta proceso es crítica, va que cualquier retraso por parte de los GADs en proporcionar la información requerida puede impactar negativamente en la capacidad de CNEL para cumplir con los plazos establecidos. La falta de respuesta o la recepción de información incompleta por parte de los GADs, como ha sido el caso en Esmeraldas, complica aún más la implementación equitativa de la condonación de deudas.

En el caso específico de la provincia de Manabí, se presentan varios escenarios que afectan la claridad y precisión en la ejecución de la condonación. (...).

Cada uno de estos escenarios requieren una consideración específica y podría afectar el cumplimiento del plazo establecido por la disposición transitoria. Es imperativo recalcar que, a pesar de las insistencias realizadas por las Unidades de Negocio de CNEL, la falta de respuesta de algunos GADs, especialmente en Esmeraldas, o la ausencia de una fecha fin de las declaratorias de emergencia, introduce una incertidumbre significativa. Esta situación impide a CNEL ejecutar con claridad y certeza la condonación de intereses conforme a la LOCE, ya que la normativa no proporciona directrices específicas para manejar los diversos escenarios que se han presentado.

(...)

En virtud de los diversos escenarios presentados en los literales previos, la Gerencia Comercial ha considerado una solución alternativa ante la falta de definición por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs) en cuanto a la fecha final de la emergencia. Esta solución implica la aplicación del Decreto Ejecutivo Nro. 1001, emitido el 17 de abril de 2016 por el Presidente de la República de aquel entonces. Este decreto declaró el estado de excepción en las provincias de Esmeraldas, Manabí, Santa Elena, Santo Domingo, Los Ríos y Guayas debido a los efectos adversos del terremoto del año 2016. Asimismo, se prevé la aplicación del Decreto Nro.66, emitido el 13 de julio de 2017, que extendió el estado de excepción por 60 días más, fijando la fecha final del



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**⋑** @PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP 0005507-2024 Pávina. 4

estado de excepción en el 13 de septiembre de 2017. (El resaltado y subrayado pertenecen al texto original).

La solución propuesta se basa en la interpretación jurídica de que, en ausencia de una definición clara de la fecha final de la declaratoria de emergencia por parte de los GADs, se debe aplicar el marco temporal establecido por los decretos ejecutivos mencionados. Esto proporcionará una base sólida y uniforme para la aplicación de la condonación de deudas, asegurando que los procedimientos administrativos y financieros de CNEL EP sean ejecutados de manera consistente y conforme a la normativa vigente.

## CRITERIO JURÍDICO:

Esta Gerencia Jurídica, cuya misión es '(...) asegurar el normal funcionamiento de la CNEL EP, de conformidad a la Ley, estatutos, reglamentos, procedimientos y demás normativa legal vigente (...)', conforme lo indica el Art. 19 del Estatuto Orgánico de Gestión Organización por Procesos; considera, por ser procedente, elevar a consulta a la Procuraduría General del Estado lo siguiente: (...)

1.4. La Directora Nacional de Asesoría Jurídica Subrogante de la AME, en su oficio No. AME-DNAJ-2024-0022-O, de 23 de julio de 2024, sin citar normativa adicional a la expuesta por la empresa consultante, analizó y emitió el siguiente criterio jurídico institucional:

## " 4.2. Las disposiciones claras emanadas de los Decretos Ejecutivos.

Por otro lado, es importante considerar que según el orden jerárquico de las normas establecido en el Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, los decretos tienen preeminencia sobre las ordenanzas. Por lo tanto, surge la pregunta de por qué el Reglamento de la Ley de Eficiencia Energética requiere la declaración de emergencia por parte de los GAD si ni las ordenanzas ni las resoluciones de los GAD están por encima de los decretos. Esto justifica la aplicación directa de los decretos en este contexto.

## 4.3. Aplicación directa de los Decretos Ejecutivos.

En líneas generales un Decreto Ejecutivo, suscrito por el Presidente de la República, es un acto administrativo emitido en ejercicio de sus facultades ejecutivas. Este tipo de decreto tiene fuerza de ley y es utilizado para regular aspectos específicos de la administración pública o para implementar disposiciones necesarias para la ejecución de leyes previamente aprobadas por el órgano legislativo. Los Decretos Ejecutivos



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CNEL EP 0005507-2024 Página, 5

08420

pueden abarcar una variedad de temas, incluvendo la regulación económica, medidas de emergencia, políticas públicas, organización administrativa, entre otros (el resaltado pertenece al texto original).

De lo expuesto se infiere la naturaleza del decreto ejecutivo que tiene fuerza de lev v al existir disposiciones claras, precisas v específicas para los GAD, perfectamente fueron aplicadas de forma directa sin la necesidad de declarar emergencia alguna; razón por la cual, de forma efectiva se realizaron las acciones a todo nivel para palear las secuelas del terremoto.

Asimismo, es crucial destacar que, durante las circunstancias del terremoto, prevaleció el principio de solidaridad. En este sentido, la Corte Constitucional abordó este principio en su sentencia que analizó la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Solidaridad Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el terremoto del 16 de abril de 2016, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 759, el 20 de mayo de 2016:

'(...) Y la respuesta, en mi opinión, es que sil (sic). En primer lugar, porque la solidaridad es un principio y valor reconocido constitucionalmente como una de las señas del Estado social: entre los deberes de las ecuatorianas y ecuatorianos, estal (sic) la de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios (Art. 83.9), por lo que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos (...) se reformularán a partir del principio de solidaridad (Art. 85.1.), principio que, en particular, debe informar el sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales (Art. 397.5). En segundo lugar, porque las peculiares necesidades de financiamiento de las actividades estatales derivadas del terremoto del año 2016 justifican la creación de las contribuciones cuestionadas, sin que se vieran transgredidos los principios constitucionales sobre tributación."

En conclusión, la solidaridad juega un papel fundamental y constitucionalmente reconocido en la respuesta a las necesidades derivadas del terremoto de 2016. Este principio no solo guía la prestación de servicios públicos y la reformulación de políticas; sino que también informa el sistema nacional de prevención y gestión de riesgos. Además, las contribuciones específicas creadas para financiar las actividades estatales en respuesta al desastre fueron adecuadamente justificadas, respetando los principios constitucionales sobre tributación sin infringir la normativa vigente.





Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

20100

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP 0005507-2024 Página. 6

## 5. Criterio Institucional.

De lo expuesto se concluye que la declaración de emergencia por parte de los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) no es indispensable para la aplicación de los Decretos Ejecutivos 1001 y 66, ni para la disposición de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética. Esta exigencia reglamentaria puede representar un obstáculo administrativo que dificulta la garantía de los derechos humanos de las personas afectadas por las secuelas del terremoto. Los decretos ejecutivos, al tener fuerza de ley y establecer disposiciones claras para la gestión de crisis como la ocurrida en 2016, permitieron una respuesta efectiva y directa sin depender de la declaración formal de emergencia de los GAD".

## 2.- Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Servicio de energía eléctrica y sus usuarios finales; *ii)* Condonación del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, dispuesta en la LOCE; *iii)* Estado de excepción.

## 2.1. Servicio de energía eléctrica y sus usuarios finales. -

El inciso primero del artículo 313 de la CRE dispone 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", sectores entre los que se encuentra la energía en todas sus formas, por mandato del inciso final de la misma norma (énfasis añadido)

El artículo 314 de la CRE prevé que "El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica (...)", que se regirán por los principios que señalan la misma norma; y, por su parte, el artículo 316 ibidem, sobre la delegación de participación en los sectores estratégicos, establece en su segundo inciso que "El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley".

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica<sup>7</sup> (en adelante, "LOSPEE"), dicha ley 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 (...)".

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> LOSPEE, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 475, 11-1-2024.



+593 2 2941300

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP 0005507-2024 Página. 7

.08420

CNEL EP fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1459, de 13 de marzo de 2013, para prestar servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica, en el área de servicio asignado, bajo el régimen de exclusividad regulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del indicado decreto.

De otra parte, la calidad de consumidor o usuario final, para efectos del servicio público de energía eléctrica, está definido en el artículo 3 de la LOSPEE, "6. Consumidor o usuario final: Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación del servicio público de energía eléctrica, bien como propietario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio."; y, entre los derechos de los consumidores o usuarios finales, determinados en el artículo 4 ibidem, consta "6. Recibir un trato equitativo, no discriminatorio o abusivo, en la prestación del servicio público de energía eléctrica" (énfasis añadido).

De lo expuesto se observa que: *i)* el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre ellos la energía eléctrica en todas sus formas, y también es el responsable de la provisión del servicio público de energía eléctrica, pudiendo de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley; *ii)* la LOSPEE tiene por objeto garantizar que el servicio público de energía eléctrica cumpla los principios constitucionales y regula la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica; *iii)* CNEL EP fue creada para prestar servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica, en el área de servicio asignado, bajo el régimen de exclusividad regulada; y, *iv)* son consumidores o usuarios finales, las personas naturales o jurídicas que se benefician con la prestación del servicio público de energía eléctrica y es derecho de los consumidores o usuarios finales recibir un trato equitativo y no discriminatorio en la prestación del servicio público de energía eléctrica.

# 2.2. Condonación del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, dispuesta en la LOCE. -

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", 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, el artículo 389 de la Constitución de la República señala que es deber del Estado proteger "a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mantenimiento de las condiciones







CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP 0005507-2024 Página. 8

sociales, económicas y ambientales, con el objeto de minimizar la condición de vulnerabilidad" (énfasis añadido)

La condonación de deudas por servicio eléctrico, referida en la consulta, está prevista en la Disposición Transitoria Primera de la LOCE que dispone:

"Primera. - Se condonará el 100% de intereses derivados del saldo de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, a las distintas empresas de distribución del país, así como a los clientes finales, con excepción de los clientes industriales. Para el efecto, deberán cancelar la totalidad del capital hasta el 30 de junio de 2024.

Así también, de oficio se condonará el 100% del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, generadas durante el estado de emergencia a causa del terremoto del año 2016 a los clientes finales de las provincias de Manabí y Esmeraldas, a excepción de los industriales" (énfasis añadido).

La norma citada, en su primer inciso, dispone la condonación del total de los intereses derivados del saldo de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, a las empresas de distribución del país y clientes finales, excepto los industriales, siempre que se cancele el total del capital hasta el 30 de junio de 2024.

El inciso segundo, trata el tema materia de la consulta y dispone la condonación del 100% del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, a los clientes finales, excepto los industriales, de las provincias de Manabí y Esmeraldas, generadas durante el estado de emergencia a causa del terremoto del año 2016.

El RGLOCE, en su Disposición Transitoria Segunda dispone que:

"En la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Competitividad Energética, respecto a la condonación de las deudas establecidas a las distintas empresas de distribución del país, así como a los clientes finales, con excepción de los clientes industriales, respecto al 100% de intereses derivados del saldo de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y del Servicio de Alumbrado Público General, el saldo de la deuda se contabilizará hasta el 11 de enero de 2024.

Las empresas distribuidoras, a través de sus sistemas de contacto con el consumidor, informarán de este beneficio al que pueden acogerse los usuarios o consumidores finales; así como, el valor del capital que debe ser cancelado y



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

corporación nacional de electricidad – cnel ep 0005507-2024
. 18420 Página. 9

los intereses que pueden ser condonados. <u>La Agencia de Regulación y Control</u> competente del sector eléctrico realizará el control de todo el proceso

La Corporación Nacional de Electricidad (CNEL) oficiará, en un término de hasta quince (15) días, contado a partir de la expedición del presente Reglamento, a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de los cantones de las provincias de Manabí y Esmeraldas para que informen, en un término de hasta quince (15) días, de los actos administrativos que declararon el estado de emergencia, a causa del terremoto del año 2016, lo que permitirá a la CNEL aplicar la condonación del 100% del capital e interés de las obligaciones pendientes del consumidor o usuario final del pago por el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general.

Una vez que la Corporación Nacional de Electricidad (CNEL) reciba la documentación certificada de los Gobiernos Autónomos Descentralizados de las provincias de Manabí y Esmeraldas, en el plazo de hasta sesenta (60) días, condonará a todos los consumidores o usuarios finales que consten como deudores en sus sistemas contables, dentro del periodo de estado de emergencia a causa del terremoto del año 2016. La Agencia de Regulación y Control competente del sector eléctrico realizará el control de todo el proceso.

La condonación a la que se refiere la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Competitividad Energética, incluirá las deudas que se encuentran en procesos coactivos" (énfasis añadido).

Por su parte con relación a la naturaleza jurídica de la ARCONEL, el artículo 14 de la LOSPEE dispone que "es el organismo técnico administrativo encargado del ejercicio de la potestad estatal de regular y controlar las actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, precautelando los intereses del consumidor o usuario final" (énfasis añadido) y según el artículo 15 ibidem, es competente para "2. Dictar las regulaciones a las cuales deberán ajustarse las empresas eléctricas; el Operador Nacional de Electricidad (CENACE) y los consumidores o usuarios finales (...)".

Según el artículo 10.18 a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, "*ERJAFE*") determina:

a) Agencia de Regulación y Control. - Organismo técnico que tiene por funciones la regulación de las actividades del sector, el control técnico de las actividades realizadas por los agentes que operan en él y la preparación de informes sobre las normas que debería observar el respectivo organismo de control, de acuerdo con la ley. Su ámbito de acción es específico a un sector

<sup>8</sup> Artículo agregado por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 109, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 30 de octubre de 2009.







307 -

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP
0005507-2024
Página, 10

determinado y estará adscrita a un Ministerio Sectorial o Secretaría Nacional. Dentro de su estructura orgánica tendrá un directorio como máxima instancia de la agencia (énfasis añadido).

De las normas antes señaladas, se desprende lo siguiente: *ii*) la LOCE dispuso la condonación del total de los intereses derivados del saldo de las obligaciones pendientes de pago, hasta el 11 de enero de 2024, por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, a las empresas de distribución del país y clientes finales, excepto los industriales, siempre que se cancele el total del capital hasta el 30 de junio de 2024; *ii*) la LOCE también dispuso la condonación del 100% del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, a los clientes finales, excepto los industriales, de las provincias de Manabí y Esmeraldas generadas durante el estado de emergencia a causa del terremoto del año 2016; *iii*) las referidas condonaciones incluyen las deudas que se encuentren en procesos coactivos; y, *iv*) el control de estos procesos de condonación dispuestos en la LOCE, es competencia de la Agencia de Regulación y Control del sector eléctrico, entidad que, en virtud de los determinado en los artículos 10.1 a) ERJAFE, 14 y 15 número 2 de la LOSPEE, tiene facultad para emitir las regulaciones para las empresas, consumidores y agentes que operan en ese sector.

## 2.3. Estado de excepción. -

El artículo164 de la CRE confiere al Presidente de la República la facultad para decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él, por las causas establecidas en la citada norma constitucional, entre ellas, por desastre natural.

Agrega la norma constitucional en su segundo inciso que: "El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales"; y, por mandato del artículo 165 de la CRE, durante el estado de excepción el Presidente de la República puede adoptar las medidas autorizadas por esa norma (énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado<sup>9</sup> (en adelante, "LSPE") define al estado de excepción como la respuesta a "graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado. El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración"

En concordancia con lo señalado, el primer inciso del artículo 29 de la LSPE reitera la facultad del Presidente de la República para declarar el estado de excepción cumpliendo con los principios y formalidades establecidas en la CRE. En este contexto, el tercer inciso

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> LSPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre 2009; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.279 de 29 de marzo de 2023.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**●** □PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD – CNEL EP
0005507-2024
2001 Página, 11

08420

del mismo artículo prevé que el Decreto Ejecutivo expresará la causa, motivación, ámbito territorial, duración y medidas, y deberá contener en forma clara y precisa "las funciones y actividades que realizarán las instituciones públicas y privadas involucradas"

Al amparo de las facultades constitucionales y legales antes mencionadas, el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo No.  $1001^{10}$ , en virtud de los movimientos telúricos suscitados, declaró el estado de excepción "en las provincias de: Esmeraldas, Manabí, Santa Elena, Santo Domingo de los Tsáchilas, Los Ríos y Guayas, por los efectos adversos de este desastre natural", según el artículo 1 del indicado decreto y por un período de "sesenta días a partir de la suscripción de este decreto ejecutivo. El ámbito territorial de aplicación es en las provincias indicadas", al tenor de lo previsto en el artículo 4 ibidem.

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 66<sup>11</sup>, el Presidente de la República declaró "el estado de excepción en las provincias de: Manabí y Esmeraldas, por los efectos adversos del desastre natural de 16 de abril de 2016 y sus réplicas" y dispuso que "El estado de excepción regirá durante sesenta días a partir de la suscripción de este decreto ejecutivo. El ámbito territorial de aplicación se circunscribe a las provincias de Manabí y Esmeraldas".

Es pertinente tener presente que el número 2 del artículo 11 de la CRE dispone que "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades"; y que, según prevé el número 5 ibidem, "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia", lo cual guarda armonía con el derecho a recibir un "trato equitativo, no discriminatorio o abusivo, en la prestación del servicio público de energía eléctrica" dispuesto en el número 6 del artículo 4 de la LOSPEE, anteriormente citado.

De lo manifestado se desprende que: *i)* es atribución del Presidente de la República decretar el Estado de Excepción, por las causas establecidas en CRE, entre ellas, por desastre natural, determinando su causal, motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan, de acuerdo con la Constitución y a los tratados internacionales; ii) el estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración; *iii)* mediante Decreto Ejecutivo No. 1001, en virtud de los movimientos telúricos suscitados, se declaró el estado de excepción en las provincias de: Esmeraldas, Manabí, Santa Elena, Santo Domingo de los Tsáchilas, Los Ríos y Guayas, por sesenta días; *iv)* mediante Decreto Ejecutivo No. 66, el Presidente de la República declaró estado de excepción en las provincias de: Manabí y Esmeraldas, por los efectos adversos del desastre natural de 16 de abril de 2016, por sesenta días, a partir de la suscripción de ese



<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 742 de 27 de abril 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup>Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 37 de 17 de julio de 2017.



0005507-2024

Página. 12

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD - CNEL EP

601-1

decreto ejecutivo; v, v) el estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración.

## 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta y de conformidad con la atribución que le confieren los artículos 10.1 a) del ERJAFE 14 y 15 número 2 de la LOSPEE, que le facultan para emitir las regulaciones para las empresas, consumidores y agentes que operan en ese sector, así como la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General a la LOCE, le corresponde a la ARCONEL emitir la normativa que permita la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 1001, emitido el 17 de abril de 2016, y Decreto No. 66, emitido el 13 de julio de 2017 para la condonación del 100% del capital y accesorios de las obligaciones pendientes de pago por concepto del servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público, a los clientes finales, excepto los industriales. de las provincias de Manabí y Esmeraldas generadas durante el estado de emergencia a causa del terremoto del año 2016 y efectuar el control de todo el proceso, conforme lo prevé la Disposición Transitoria Segunda de la LOCE.

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. 08448

Quito, DM, 2 9 AGO 2024

Ingeniero Mecánico
Diego Fernando Guerrero Guevara
GERENTE GENERAL, SUBROGANTE
EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR
EP PETROECUADOR
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. PETRO-PGG-2024-0794-O, de 22 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día, se reformularon las consultas inicialmente planteadas en oficio No. PETRO-PGG-2024-0772-O, de 15 de agosto del presente año, en los siguientes términos:

- "1. Considerando las disposiciones del artículo 20 del Código Orgánico Administrativo, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos, y el artículo 31 de la Ley Orgánico de la Contraloría General del Estado, que no otorgan atribuciones al órgano de control para modificar los términos contractuales acordados entre EP Petroecuador y sus contratistas, ¿es procedente que EP Petroecuador modifique los Contratos de Servicios Específicos, en virtud de las recomendaciones emitidas por la CGE, mediante la incorporación de cláusulas de fiscalización de inversiones y la metodología para ejecutarla, a fin de verificar costos y el cumplimiento del monto de las inversiones, cuando estas competencias corresponden exclusivamente a la empresa pública según sus propios procedimientos y modelos contractuales?
- 2. Sobre la premisa prevista en la pregunta anterior ¿son válidas y legalmente procedentes, las estipulaciones pactadas por EP Petroecuador en los Contratos de Servicios Específicos mediante las cuales, las actividades comprometidas por las contratistas en los planes previstos en los contratos son de cumplimiento obligatorio y las inversiones asociadas con dichas actividades son meramente estimativas? Considerando que la CGE al no tener la facultad de modificar los términos contractuales acordados entre EP Petroecuador y sus contratistas, no podría modificar el fondo y la esencia de dichos contratos a través de sus recomendaciones."

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

Der



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

↓ +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

©PCEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024
Página. 2

### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Mediante oficio No. PETRO-PGG-2024-0772-O, de 15 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR (en adelante, "EP PETROECUADOR"), formuló tres consultas que no estaban dirigidas a la inteligencia de norma, sin adjuntar el informe jurídico del Procurador de EP PETROECUADOR. En virtud de lo cual y como alcance al citado oficio, con el oficio al cual se hizo referencia al inicio del presente, se reformularon las consultas en los términos arriba señalados.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 08317, de 22 de agosto de 2024, este organismo solicitó al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MEM") que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, sin que el mismo haya sido atendido hasta la presente fecha.
- 1.3. El informe jurídico del Procurador de EP PETROECUADOR, contenido en memorando No. PETRO-AJU-2024-2160-M, de 21 de agosto de 2024, citó, entre otras normas, los artículos 211, 212, 226, 313 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 8, 19 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado² (en adelante, "LOCGE"); 3, numeral 3, y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas³ (en adelante, "LOEP"); Disposición Derogatoria 9 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, "LOSNCP"); 20 y 22 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, "COA"); 2, 17, 31 letra d) y 56 de la Ley de Hidrocarburos⁶ (en adelante, "CH"); 1453, 1454, 1458, 1460, 1461, 1561, 1576 del Código Civil¹ (en adelante, "CC"); la Disposición General Cuarta del Reglamento Codificado de Aplicación a la Ley de Hidrocarburos⁶; y, 41 y 53 de Reglamento de la LOCGE⁰ (en adelante, "RLOCGE"); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

## "III.- ANÁLISIS:

La CGE tiene la facultad de emitir recomendaciones y observaciones sobre la gestión de entidades públicas, de conformidad con el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que incluye a la EP Petroecuador. Sin embargo, la CGE

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

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 39 de 4 de agosto de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> LH, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.

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

<sup>8</sup> Reglamento Codificado de Aplicación a la Ley de Hidrocarburos, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 446 de 28 de noviembre de 2023.

<sup>9</sup> Reglamento de la LOCGE, publicado en el Registro Oficial No. 119 de 7 de julio de 2003.





EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024
Página. 3

08448

@PGEcuador

no puede sustituir las competencias activas de las entidades controladas. Esto se sustenta en el artículo 20 del Código Orgánico Administrativo (...).

El principio de control transcrito dispone que los órganos con competencias de control no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control en el ejercicio de sus competencias. Por lo tanto, las competencias de EP Petroecuador en relación con la gestión y administración de la operación hidrocarbrurífera (sic) no podría ser menoscabada por una recomendación de la CGE.

EP Petroecuador, según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es una entidad con plena autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. El artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos otorga a EP Petroecuador la facultad de suscribir contratos de servicios específicos, estableciendo que estos contratos pueden ser firmados a cambio de un precio o remuneración en dinero, sin que se contemple la inclusión de cláusulas de fiscalización de inversiones.

Las recomendaciones emitidas por la CGE, basadas en su potestad de control, están limitadas a lo previsto en el artículo 19 de su ley orgánica que determina el alcance de los exámenes especiales, por lo tanto, no pueden alterar las disposiciones contractuales acordadas entre EP Petroecuador y sus contratistas, ni afectar los derechos de estos. En este sentido, las facultades de fiscalización y control de EP Petroecuador sobre las actividades comprometidas por las contratistas ya están claramente definidas en los contratos y en las disposiciones legales aplicables. Ninguna de estas atribuciones de auditoría que tiene la CGE le permite obligar a una empresa pública a modificar o incluir estipulaciones contractuales.

En cuanto a la legalidad de las recomendaciones de la CGE cuando estas sugieren modificaciones a los contratos que mantenga suscritos una entidad pública, como es en el presente caso la incorporación de cláusulas de fiscalización y la metodología para ejecutarla, a fin de verificar costos y el cumplimiento de inversiones comprometidas por los contratistas, hago las siguientes acotaciones.

En relación con los Contratos de Servicios Específicos vigentes, en virtud del principio de no retroactividad y Pacta Sunt Servanda, estos deben respetarse y cumplirse sin ser modificados y respetando la normativa aplicable que se encontraba vigente a la fecha de su suscripción. En este sentido, cualquier recomendación de la CGE cuya consecuencia sea la modificación de un contrato resultaría de imposible cumplimiento. La CGE no tiene la facultad de modificar los términos contractuales acordados entre EP Petroecuador y sus contratistas, menos aún de estipulaciones que ni la Ley de Hidrocarburos ni los reglamentos de contratación de EP Petroecuador lo determinan.

De conformidad con el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado antes citado, la potestad de la CGE está en emitir un comentario, conclusiones y





211

Edificio Amazonas Plaza Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR
0005790-2024
Página. 4

recomendaciones sobre la gestión financiera, administrativa u operativa de las actividades de la empresa pública, en este caso de EP Petroecuador mas no de las contratistas de la empresa pública ni de las regulaciones de contratación que es de competencia exclusiva de la empresa pública. Ninguna de estas atribuciones le permite a la CGE recomendar la modificación de los Contratos de Servicios Específicos suscritos por EP Petroecuador.

(...)

## IV.- CRITERIO JURÍDICO:

- **4.1.-** Con los antecedentes expuestos, al ser EP Petroecuador contraparte contractual de los Contratos de Servicios Específicos, se concluye:
- 4.1.1. La Contraloría General del Estado tiene la facultad de emitir recomendaciones y observaciones sobre la gestión de entidades públicas, de conformidad con el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, la CGE no puede sustituir las competencias activas de las entidades controladas, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Código Orgánico Administrativo, que, respecto del principio de control, dispone que los órganos con competencias de control no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control en el ejercicio de sus competencias.
- 4.1.2. EP Petroecuador, según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es una entidad con plena autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. El artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos otorga a EP Petroecuador la facultad de suscribir contratos de servicios específicos, estableciendo que estos contratos pueden ser firmados a cambio de un precio o remuneración en dinero, sin que se contemple la inclusión de cláusulas de fiscalización de inversiones.
- 4.1.3. Las recomendaciones emitidas por la CGE, basadas en su potestad de control, están limitadas a lo previsto en el artículo 19 de su ley orgánica, por lo tanto, no pueden alterar las disposiciones contractuales acordadas entre EP Petroecuador y sus contratistas, ni afectar los derechos de estos. En este sentido, las facultades de fiscalización y control de EP Petroecuador sobre las actividades comprometidas por las contratistas ya están claramente definidas en los contratos y en las disposiciones legales aplicables.
- 4.1.4. En cuanto a la legalidad de las recomendaciones de la CGE, cuando estas sugieren modificaciones a los contratos que mantenga suscritos una entidad pública, como es en el presente caso la incorporación de cláusulas de fiscalización y la metodología para ejecutarla, a fin de verificar costos y el cumplimiento de inversiones comprometidas por los contratistas, dado que ni la Ley de Hidrocarburos ni su reglamento contemplan tales cláusulas como obligatorias, y considerando que la CGE no tiene la facultad de modificar los términos contractuales acordados entre EP Petroecuador y sus



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ∞PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024
Página. 5

08448

contratistas, <u>estas recomendaciones podrían considerarse un exceso en el ejercicio de</u> sus competencias". (El énfasis corresponde al texto original).

### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Competencias de la Contraloría General del Estado (en adelante, "*CGE*") establecidas en la CRE y la LOCGE; *ii)* Contratos de obras o servicios específicos previstos en la LH; *iii)* Política Hidrocarburífera y competencias regulatorias y de control en materia de hidrocarburos; y, *vi)* Pronunciamientos previos sobre la materia.

## 2.1. Competencias de la CGE establecidas en la CRE y la LOCGE.

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, así como las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, 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".

Por otra parte, el artículo 211 de la CRE determina que la CGE es un organismo técnico encargado "del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos"; y, conforme los numerales 1 y 2 del artículo 212 ibídem la CGE tiene entre otras funciones las siguientes:

- "I. Dirigir el sistema de **control administrativo** que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. (el énfasis me corresponde).
- 2. **Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas** e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalia General del Estado".

En armonía con lo expuesto, el artículo 1 de la LOCGE señala como su objeto el establecer y mantener bajo la dirección de la CGE "el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento" con el fin de "examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos" (el resaltado me corresponde).

Sh



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR
0005790-2024
Página. 6

De acuerdo con el artículo 6 de la LOCGE, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado se realiza por medio del control interno y el control externo<sup>10</sup>. El objeto de este sistema, conforme el artículo 8 ibídem, es la evaluación de la gestión administrativa, financiera y operativa de las entidades, según se aprecia del tenor de la norma, que es el siguiente:

"Art. 8.- Objeto del Sistema de Control.- Mediante el sistema de control, fiscalización y auditoría se examinarán, verificarán y evaluarán las siguientes gestiones: administrativa, financiera, operativa; y cuando corresponda gestión medio ambiental de las instituciones del Estado y la actuación de sus servidores. En el examen, verificación y evaluación de estas gestiones, se aplicarán los indicadores de gestión institucional y de desempeño y se incluirán los comentarios sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados".

Con relación al alcance y ejecución de la auditoría gubernamental, el artículo 18 de la LOCGE determina que el control externo que realizará la CGE lo ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. Al respecto, define a la auditoría gubernamental como "un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos. La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley" (énfasis añadido).

El artículo 19 ibídem señala que, como parte de la auditoría gubernamental, "el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución", para lo cual refiere que "aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones".

En este contexto, el artículo 92 de la LOCGE establece que: "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; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado" (el resaltado me corresponde).

10 LOCGE, Art. 6.- "Componentes del Sistema.- La ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoria del Estado se realizará por medio de: 1.- El control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley; y, 2.- El control externo que comprende: a. El que compete a la Contraloria General del Estado; y, b. El que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias".

y, b. El que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias".

11 LOCGE, "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: (...) 12. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas; (...)"



EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR Página. 7

08448

Adicionalmente, cabe señalar que de conformidad con los artículos 212 numeral 4 de la CRE y 31 numeral 25 de la LOCGE, corresponde a la CGE, "Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de estas".

Adicionalmente, el numeral 5 del artículo 7 de la LOCGE, en armonía con lo previsto en los artículos 31 numeral 22 y 95 ibídem, señala que la CGE adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda, "Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades". En este sentido, los artículos 1 y 2 del Reglamento para la Absolución de Consultas que emite la CGE<sup>12</sup> prescriben que dicho reglamento tiene por objeto regular el procedimiento para la absolución de consultas de competencia de ese órgano de control, que sean formuladas por entidades públicas.

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; iv) la CGE posee competencias de asesoría obligatoria a las instituciones del Estado y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de estas; v) la auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación de los particulares.

#### 2.2. Contratos de obras o servicios específicos previstos en la LH. -

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

<sup>12</sup> Reglamento para la Absolución de Consultas de la CGE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 288 de 20 de julio de 2018.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR
0005790-2024
Página. 8

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

El inciso primero del artículo 2 de la LH dispone que el Estado explorará y/o explotará los yacimientos de hidrocarburos en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos y de manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades, para lo cual establece las modalidades contractuales para la exploración y explotación hidrocarburífera "o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana".

En cuanto a las obras o servicios específicos que EP PETROECUADOR tenga que realizar, el referido artículo 2 de la LH señala que "podrá hacerlos por sí misma o celebrando contratos de obras o de servicios, dando preferencia, en igualdad de condiciones, a las empresas nacionales"; agrega que "Con este propósito PETROECUADOR divulgará en forma oportuna y permanente los programas de obras y servicios que deba realizar".

Respecto de esta forma contractual, el artículo 17 ibídem establece que:

"Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere el inciso segundo del Art.

2 son aquellos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para PETROECUADOR, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley".

Es necesario advertir que los artículos 2 y 17 de la LH fueron modificados por los artículos 131 y 137 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19<sup>13</sup> (en adelante, "*LODESF*"), expedida en el año 2021, y que por efectos de la Sentencia No. 110-21-IN y acumulados<sup>14</sup>, de 28 de octubre de 2022, emitida por la Corte Constitucional, esos artículos fueron declarados inconstitucionales por la forma "*con efectos a futuro desde su publicación el Registro Oficial*"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> LODESF, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Sentencia No. 110-21-IN y acumulados, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 160 de 11 de enero de 2023.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (EN 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.



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

@PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024
Página. 9

08448

## 2.2.1. Obligación de cumplimiento de actividades y naturaleza estimativa de las inversiones. –

EP Petroecuador, en su calidad de empresa pública, goza de plena autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, según lo dispuesto en el artículo 4 de la LOEP. Esta autonomía permite a la entidad gestionar sus contratos y recursos de manera independiente, respetando siempre el marco legal aplicable. En este sentido, como ya se desarrolló en el acápite anterior, el artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos faculta a EP Petroecuador a suscribir contratos de servicios específicos, los cuales estipulan un precio o remuneración en dinero a cambio de la prestación de los servicios contratados. Al respecto, es necesario precisar que la normativa aplicable a la ejecución de los contratos materia de esta consulta, no exigen la inclusión de cláusulas que tengan como objeto fiscalizar las inversiones realizadas por los contratistas.

En este contexto, las estipulaciones contractuales previstas en los contratos de servicios específicos incluyen tanto un detalle de las actividades a ejecutar, como las inversiones estimadas para llevarlas a cabo, estableciéndose que las actividades comprometidas por los contratistas en los planes previstos son de cumplimiento obligatorio, mientras que las inversiones asociadas con dichas actividades se consideran meramente estimativas. De esta manera, la planificación de actividades propuestas para la ejecución contractual asegura que el contratista cumpla con los objetivos pactados en el contrato, sin que las posibles variaciones en los costos durante su ejecución afecten dicho cumplimiento. Por lo tanto, la naturaleza estimativa de las inversiones permite la flexibilidad necesaria en la gestión de los contratos, facilitando que los contratistas ajusten sus gastos conforme las circunstancias reales que atraviesen durante la ejecución del proyecto.

Finalmente, si bien la Ley de Hidrocarburos no obliga a incluir cláusulas de fiscalización de inversiones, EP Petroecuador, de considerarlo necesario, podría incorporarlas para fortalecer la transparencia y el control sobre la ejecución de sus contratos. Por la naturaleza contractual en la que nos encontramos, la inclusión de estas cláusulas implicaría necesariamente un acuerdo entre las partes que refleje dicha incorporación para su plena validez. No obstante, cualquier mecanismo de fiscalización debe enfocarse en verificar que las actividades comprometidas en el plan provisto en el contrato se cumplan conforme lo estipulado contractualmente, sin imponer una fiscalización sobre las inversiones estimadas. Esto permitirá mantener un control adecuado sobre el avance del proyecto, preservando la flexibilidad operativa del contratista.

De lo expuesto se observa 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)* los contratos de obras o servicios específicos son una forma contractual prevista en la LH que faculta a la EP PETROECUADOR para contratar con personas jurídicas que se comprometen a ejecutar para la empresa pública, obras, trabajos o servicios específicos, "aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley", iii) los artículos





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR
0005790-2024
Página, 10

2 y 17 de la LH que regulan este tipo de contratos fueron modificados por la LODESF en el año 2021, reformas que fueron declaradas inconstitucionales en el año 2022; y, iv) las actividades comprometidas en los planes previstos en los contratos de servicios específicos, son de cumplimiento obligatorio, mientras que las inversiones asociadas se deben entender como meramente estimativas.

## 2.3. Política Hidrocarburífera y competencias regulatorias y de control en materia de hidrocarburos. -

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 (actualmente ARCERNNR), 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".

Respecto de las atribuciones de la ARCERNNR, como organismo técnico administrativo "encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburifera", el artículo 11, sustituido de la LH<sup>17</sup>, dispone que son las siguientes:

- "a. Regular, controlar y fiscalizar las operaciones de exploración. explotación. industrialización. refinación, transporte, y comercialización de hidrocarburos;
- b. Controlar la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia hidrocarburífera;
- c. Ejercer el control técnico de las actividades hidrocarburíferas;
- d. Auditor las actividades hidrocarburíferas, por sí misma o a través de empresas especializadas;

(...)

k. Las demás que le correspondan conforme a esta Ley y los reglamentos que se expidan para el efecto"

De lo expuesto se desprende que: *i)* la industria petrolera es altamente especializada y comprende la prospección, exploración, exploración, refinación, industrialización, almacenamiento,

16 Sustituido por el Art. 5 del Decreto Ley publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup>Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocuraburos publicada en el Registro Oficial No. 306 de 13 de agosto de 1982, dispuso que en todos los artículos en que se decía "operaciones hidrocarburíferas", se diga "prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos".



EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024

08448 Página. 11

@PGEcuador

transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados; y, *ii*) la rectoría de la industria petrolera la ejerce el MEM y es normada, regulada y controlada por la ARCERNNR.

## 2.4. Pronunciamientos previos sobre la materia. -

En pronunciamiento contenido en oficio No. 06469, de 10 de marzo de 2009, sobre el ámbito de aplicación del artículo 1 y la Disposición Derogatoria Novena de la LOSNCP, este organismo analizó y concluyó lo siguiente:

"Del estudio que precede se desprende que el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, definido en su artículo 1, está referido exclusivamente a los contratos cuyo objeto constituya la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios regulados por esa ley, incluidos los de consultoría. En cambio, los contratos de concesión de obra y servicios públicos, como los del aeropuerto materia de su consulta, son de naturaleza diferente, y se regulan por las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento". (El subrayado me corresponde).

Por tanto, el numeral 9 de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no incluye ni se extiende a <u>los procedimientos de concesión de servicios públicos regulados por la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento</u>, por tratarse de una materia distinta a aquella que está sujeta al ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...)". (El subrayado me corresponde).

Por otra parte, sobre el principio general de irretroactividad de la ley y la aplicación de la regla 18 del artículo 7 del CC, esta Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en oficio No. 10209, de 17 de abril de 2017, analizó y concluyó:

"(...), el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

(...)

Por su parte, el artículo 7 del Código Civil recoge el principio de irretroactividad de la ley establece las normas a aplicarse en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, en los siguientes términos:

'Art. 7.- 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:

(...)

18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)'

ger



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR
0005790-2024
Página, 12

211 10

De las normas del Código Civil que han quedado citadas, se desprende que la Ley Orgánica para la eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017 y en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo que respecta al principio de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

'Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando los principios de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede, en cambio dar ese efecto: 1) Cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riego si dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más o menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a otra anterior'

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

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

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya



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

**y** ∞PGEcuador

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR 0005790-2024

Página. 13

08448

manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...)'."

## 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta, se concluye que, conforme lo establecido en los artículos 18, 19, 31 numeral 12, y 92 de la LOCGE, las recomendaciones de auditoría emitidas por la CGE en el ejercicio de su control externo, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser implementadas con carácter obligatorio y de manera oportuna.

Adicionalmente, tal como ha señalado este organismo en pronunciamientos anteriores, en virtud del principio general de irretroactividad de la ley y de la aplicación de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, así como lo dispuesto en el artículo 1561 del mismo cuerpo legal, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y en él se entienden incorporadas las leyes y demás normativa vigente al tiempo de su celebración. Por consiguiente, las recomendaciones que emita la CGE están limitadas a lo previsto en los artículos 18 y 19 de su ley orgánica, por lo tanto, no pueden modificar las cláusulas contractuales acordadas entre EP Petroecuador y sus contratistas.

Finalmente, respecto de la segunda consulta, se indica que en virtud del artículo 1561 del CC, las estipulaciones pactadas por EP Petroecuador en los distintos contratos que esta entidad suscriba son válidas y legalmente procedentes siempre que no se opongan al ordenamiento jurídico vigente. En virtud de lo anterior, se señala que el cumplimiento de los planes previstos en los contratos recae únicamente sobre las actividades comprometidas para su ejecución, ya que la inversión estimada solo refleja la gestión del contratista y no representa en ningún caso un compromiso de gasto fijo.

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:

Econ. Octaviano Antonio Gonçalves Savinovich

MINISTRO DE ENERGÍA Y MINAS

+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

₩ @PGEcuador

Oficio No. - 08436

Quito, DM, 2 9 AGO 2024

Ingeniero
Luis Miguel Porras Sotamba
GERENTE GENERAL
EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA - EMAS EP
Presente.

## De mi consideración:

Mediante oficio No. 116- EMAS-EP-G.G.-2024, de 02 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formularon las siguientes consultas:

- "1. ¿De conformidad con el Art. 205 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público (para las instituciones sujetas a su ámbito de aplicación), es viable que las instituciones del sector público contraten externamente el servicio de capacitación con instituciones de educación superior o centros de capacitación legalmente reconocidos en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas?
- 2. ¿Pueden las Empresas Públicas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas contratar externamente el servicio de capacitación con instituciones de educación superior o centros de capacitación legalmente reconocidos en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas, conforme lo establece el Art. 34 de la LOEP en concordancia con los procedimientos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?
- 3. ¿En un proceso de contratación pública, bajo el procedimiento de Ínfima Cuantía, Subasta Inversa Electrónica, menor cuantía, cotización o licitación (según corresponda el monto del presupuesto referencial), para contratar el servicio de capacitación, y que los servidores públicos de nuestra institución participen de manera específica en un evento académico abierto específico (Congreso, Seminario, Curso, etc. efectuado mediante una convocatoria), organizado por una institución de Educación Superior o un centro de capacitación legalmente reconocido en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas; de conformidad con los numerales 1, 2 y 4 del Art. 53 del Reglamento General de la LOSNCP, es viable detallar en los términos de referencia el nombre del programa académico específico, para que los proveedores puedan ofertar de manera concreta la inscripción al evento académico requerido por la institución y no cualquier otro tema similar con otros docentes o malla curricular diferente?
- 4. ¿De conformidad con el Art. 150 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es viable que la entidad contratante realice varias ínfimas cuantías, con proveedores diferentes, cada uno especializado en su área de conocimiento, para ejecutar los programas de capacitación con prestadores del servicio externo (instituciones de educación superior o centros de capacitación







SANTA ROSA (EMAS EP)

0005462-2024 Página. 2

legalmente reconocidos en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas), o debe consolidar todo el plan de capacitación para hacer un solo proceso con un proveedor que subcontrate los diferentes programas académicos y se convierta en un intermediario del servicio de capacitación?"

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

## 1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios No. 07656, No. 07657 y No. 07658, de 05 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, "SERCOP"); al Ministerio del Trabajo (en adelante, "MDT"); y, a la Contraloría General del Estado (en adelante, "CGE"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 07940, de 22 de julio de 2024, este organismo insistió al SERCOP en su requerimiento, sin que se haya recibido respuesta.
- 1.2. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden, por la Directora Nacional Jurídica de la CGE, con oficio No. 307-DN-2024, de 16 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día; y, por la Subsecretaria de Normativa del MDT, a través de oficio No. MDT-SN-2024-0564-O, de 18 de julio de 2024, recibido en el correo de este organismo al día siguiente.
- 1.3. El informe jurídico No. EMASEP-DJL-011-2024-I, de 28 de mayo de 2024, suscrito por la Directora Jurídica y Legal de la Empresa Municipal de Aseo Santa Rosa EMAS EP (en adelante, "EMAS EP") citó, en lo principal, los artículos 82, 225, 227, 234 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); 5, 24, 79 y la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, "LOSNCP"); 44, 53 números 1, 2 y 4, y 150 del Reglamento General a la LOSNCP³ (en adelante, "RGLOSNCP"); 18, 20 y 34 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁴ (en adelante, "LOEP"); 3 numerales 5 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵ (en adelante, "LOGJCC"); 23 letra q), 70 y 71 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁶ (en adelante, "LOSEP"); 195, 196, 201, 202 y 205 de su Reglamento General² (en adelante, "RGLOSEP"); 14 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante, "COA"); 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁶ (en adelante, "COPLAFIP"); el acápite 407-04 de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CRE, publicada en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LOSNCP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> RGLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

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

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



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ⊚PGEcuador

~08436

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO
SANTA ROSA (EMAS EP)
0005462-2024
Página, 3

Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos<sup>10</sup> (en adelante, "Normas de Control Interno"); y, las Sentencias de la Corte Constitucional No. 2403-19-EP/22 de 12 de enero de 2022, No. 2246-17-EP/22, de 14 de septiembre de 2022, y No. 2052-17-EP/22, de 11 de mayo de 2022, referidas al derecho constitucional a la seguridad jurídica, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

## "3. CONCLUSIONES:

(...)

- En cuanto a la **primera consulta**, el criterio del Abogado de la institución es que, <u>si</u> (sic) es jurídicamente viable contratar externamente el servicio de capacitación con instituciones de educación superior o centros de capacitación legalmente reconocidos en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas, toda vez que el Art. 205 del Reglamento General de la LOSEP, así lo prevé expresamente, por lo tanto, en aplicación del derecho constitucional a la seguridad jurídica, dicha contratación es legítima, siempre que se encuentre debidamente justificada la necesidad, se cuenten con los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación, y el proveedor cuente con los requisitos legales para brindar dicho servicio.
- En cuanto a la **segunda consulta**, el criterio del Abogado de la institución es que, <u>si</u> (sic) es jurídicamente viable que las empresas públicas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, <u>puedan contratar externamente el servicio de capacitación con instituciones de educación superior o centros de capacitación legalmente reconocidos en <u>el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas</u>, con la finalidad de mejorar el talento humano de la empresa pública, siempre que se encuentre debidamente justificada la necesidad, se cuenten con los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación, y el proveedor cuente con los requisitos legales para brindar dicho servicio.</u>
- En cuanto a la tercera consulta, el criterio del Abogado de la institución es que, <u>si (sic)</u> es viable determinar con precisión cuál es el programa académico específico, efectuado por una convocatoria abierta, por parte de algún centro de capacitación legalmente reconocido, con la finalidad de que los proveedores oferten específicamente la participación a dicho programa y no propuestas alternativas, que sólo afectarían el interés general, y la debida ejecución del contrato, conforme lo establece el Art. 5 de la LOSNCP.
- En cuanto a la cuarta consulta, el criterio del Abogado de la institución es que, <u>no es jurídicamente viable ejecutar todo el plan de capacitación de la institución de manera consolidada con un solo proveedor externo</u>, por cuanto, la subcontratación es máximo del 30% conforme el Art. 79 de la LOSNCP, y la Disposición General Segunda Ibídem, prohíbe expresamente la contratación a través de intermediarios; toda vez que, las ramas del conocimiento son muy especializadas y <u>dependiendo los temas de capacitación según las necesidades institucionales</u>, la entidad contratante debe ejecutar cada programa de

134

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Normas de Control Interno, expedidas por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No. 004-CG-2023 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página, 4

capacitación con un proveedor especializado diferente y que reúna los requisitos del Ente Rector de la capacitación en el país para ejecutar cada evento académico, sin que esto signifique subdivisión de contratos, ya que la contratación con proveedores diferentes, representa una contratación legítima". (Lo resaltado corresponde al texto original y lo subrayado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico de la CGE, además de las normas señaladas anteriormente citó, en lo principal, los artículos 226 de la CRE; 3, 51 letra g) y 52 letra p) de la LOSEP; 197, 198, 199 y 204 del RGLOSEP; 3, 5, 17, 20, 27, 31, 38 y 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Formación y Capacitación 11 (en adelante, "Norma Técnica de Capacitación"); el acápite 406-03 de las Normas de Control Interno; 4, 5 numeral 1, 16 y 17 de la LOEP; 4, 22, 23 y 52.1 de la LOSNCP; 46, 46.1, 48, 51, 130, 133, 139, 143, 145, 149 v 150 del RGLOSNCP; 278 del Código Orgánico Integral Penal<sup>12</sup> (en adelante, "COIP"); la Sentencia de la Corte Constitucional No. 007-11-SCN-CC, sobre el régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas; y, los pronunciamientos de este organismo contenidos en oficios No. 11163, de 20 de diciembre de 2012, y No. 05168, de 07 de agosto de 2019, sobre la competencia de los Directorios de las empresas públicas para dictar normas relacionadas con la administración de su talento humano, luego de lo cual concluyó:

"(...) en atención a los términos de la primera consulta (...) no se identifica la falta de claridad en la norma u oscuridad alguna para su aplicación; en virtud de lo cual, al existir normas expresas sobre el asunto consultado, no se considera necesario emitir criterio legal alguno; sin embargo, cabe señalar que, según lo preceptuado en los artículos 77 primer inciso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es competencia de las máximas autoridades de cada entidad adoptar oportunamente las decisiones que permitan cumplir las disposiciones legales vigentes, siendo de esta manera responsables de los actos administrativos emanados de su autoridad.

(...) la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado de manera uniforme y reiterada sobre el régimen jurídico aplicable a las empresas públicas, sobre la competencia del Directorio de las Empresas Públicas para dictar normas relacionadas con la administración del talento humano y su conformidad con la LOEP, el Código del Trabajo (en adelante "CT") y las normas que rigen la administración pública (...)

En tal virtud, la aplicación de la garantía constitucional establecida en el artículo 234 de la Carta Magna, antes citada, debería modularse por el Directorio de la propia empresa pública, conforme lo antes expuesto y en armonía con el artículo 20 de la LOEP, que instituye como primer principio que orienta la administración del talento humano de las empresas públicas a la profesionalización y capacitación permanente del personal.

(...)

De las normas transcritas se infiere, por un lado, que, los procedimientos de contratación están diseñados para propender a una amplia participación de oferentes a quienes debe

<sup>11</sup> Normas de Control Interno, expedidas por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No. 004-CG-2023 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

<sup>12</sup> COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 5

08436

tratárseles de forma justa, e igualitaria; y aplicando los principios establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mismos que orientan a que tales procedimientos se desarrollen sin ningún tipo de discriminación y atendiendo a la calidad de los objetos de contratación.

Por otro lado, también se desprende de las normas citadas que, las entidades previo a ejecutar un proceso de contratación deben identificar la necesidad de contratación de manera específica, detallada, clara y concreta, misma que luego será incorporada al Plan Anual de Contratación; es importante subrayar que, el objeto de la contratación será definido por parte de la entidad contratante y deberá contar con la respectiva justificación técnica que será reflejada en los términos de referencia acorde a las necesidades institucionales respetando los principios de trato justo, igualdad y no discriminación, concurrencia y transparencia.

De igual forma, <u>se recalca que los términos de referencia deben establecerse en función de las necesidades específicas</u> de la entidad contratante, ser claros, completos y detallados con la finalidad de que no haya lugar a ambigüedades y que no permita diferentes interpretaciones; y, particularmente, se deben establecer <u>con relación a los servicios objeto del procedimiento no en relación a consultores o proveedores.</u>

- (...) la entidad contratante es la responsable de definir adecuadamente el objeto de contratación siempre observando la normativa que rija para el efecto y con la debida justificación técnica; así como también, identificar si, en el caso de tratarse de procesos de infima cuantía, motivadamente se puede consolidar para constituir una sola contratación o se puede realizar más de una contratación de la prestación de servicios de capacitación tomando en consideración que, el valor total, ya sea de forma consolidada o separada, no podrá superar el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, en el año." (Lo subrayado me corresponde).
- 1.5. Por su parte, el MDT emitió un criterio abstentivo en el cual citó, adicional a las normas ya enunciadas, los artículos 229 de la CRE; 117 y 119 del RGLOSEP; y, 9 del Instructivo sobre el Procedimiento para la Absolución de Consultas Formales del MDT<sup>13</sup> (en adelante, "Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0102"), con base en los cuales manifestó:

"Con respecto a la consulta: '1. (...)'

Una vez analizado los antecedentes descritos en el oficio de esta referencia y de la revisión de la normativa expuesta ut supra; se evidencia que el mismo no refiere a la aplicación de normativas sobre las cuales esta cartera de Estado ejerza la rectoría.

No obstante, para el caso de las instituciones que se encuentran en el ámbito de la LOSEP, que requieran contratar servicios de capacitación para ejecutar su plan de capacitación institucional, deberán considerar los preceptos legales vigentes aplicables al subsistema de capacitación, a través de los cuales se prevén varios medios para ejecutar el proceso de capacitación, entre los cuales, se estipula la contratación de servicios especializados de capacitación que hayan sido calificados por el ente rector

&

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup>Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0102, publicado en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** □PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 6

laboral; es decir que, <u>si la UATH institucional requiere ejecutar su plan de capacitación</u> con servicios especializados de capacitación, la ley le faculta contratar los mismos, siempre que estos estén calificados por el Ministerio del Trabajo a través de la Subsecretaría de Cualificaciones Profesionales y Gestión Artesanal (Ex- Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Cualificaciones y Capacitación Profesional-SETEC), con sujeción a lo estipulado en el artículo 205 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por otra parte, respecto a las consultas 2, 3 y 4, es pertinente indicar que conforme los preceptos legales expuestos; y, de la revisión al contexto de las mismas, se evidencia que no refieren a la aplicación de normativas sobre las cuales esta cartera de Estado ejerza la rectoría, toda vez que bajo ningún concepto es competente para pronunciarse respecto a la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, ni tampoco tiene entre sus competencias establecer acciones para ejecutar funciones específicas de empresas públicas; en tal virtud, se sugiere direccionar su solicitud a la Institución competente de regular los procedimientos para la contratación externa de servicios de capacitación, materia de la consulta, a fin de que puedan atender su requerimiento". (Lo subrayado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se desprende que, respecto de la primera pregunta, el informe jurídico de la entidad consultante coincide con el criterio jurídico del MDT, en el sentido de que es jurídicamente viable contratar externamente el servicio de capacitación. Agrega la referida cartera de Estado que, dichos servicios deberán estar calificados por la Subsecretaría de Cualificaciones Profesionales y Gestión Artesanal. Por su parte, la CGE considera que no existe falta de claridad u oscuridad en la norma.

En cuanto a la segunda pregunta, la consultante coincide con la CGE en que procede la contratación externa del servicio de capacitación con instituciones de educación superior o centros de capacitación legalmente reconocidos en el país o en el extranjero, sean personas naturales o jurídicas, por parte de las empresas públicas, precisando el organismo de control que, el Directorio de las empresas públicas tienen competencia para dictar normas relacionadas con la administración del talento humano.

Respecto de la tercera pregunta, la empresa pública consultante difiere del criterio de la CGE. Para la EMAS EP sí es viable determinar con precisión cuál es el programa académico, en tanto que, para la CGE los procedimientos de contratación deben propender a una amplia participación de oferentes, sin ningún tipo de discriminación y atendiendo a la calidad de los objetos de contratación, estableciéndose los términos de referencia en función de las necesidades específicas, con relación a los servicios objeto del procedimiento y no en relación a los consultores o proveedores.

En relación a la cuarta pregunta, la entidad consultante considera que no es jurídicamente viable ejecutar todo el plan de capacitación de la institución de manera consolidada, con un solo proveedor externo, si no con varios especializados que reúna los requisitos del ente Rector, sin que aquello signifique subdivisión de contratos, en tanto que, para la CGE los procesos de ínfima cuantía se pueden consolidar en una sola contratación o se pueden realizar más de una contratación de la prestación de servicios de capacitación, observando que, el



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**y** ∞PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 7

valor total, ya sea de forma consolidada o separada, no podrá superar el valor previsto por la normativa.

Finalmente, el MDT se abstuvo de emitir su criterio respectos de la segunda, tercera y cuarta consultas.

## 2. Análisis,-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* La capacitación a los servidores públicos y la gestión del talento humano de las empresas públicas; *ii)* Los principios de la contratación pública y regímenes de contratación de las empresas públicas; y, *iii)* La contratación de servicios y la prohibición prevista en la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

## 2.1. La capacitación a los servidores públicos y la gestión del talento humano de las empresas públicas.-

El artículo 234 de la CRE prevé que el Estado "garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos <u>a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público</u>"; y la "coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado" (lo subrayado me corresponde).

Por su parte, el inciso primero 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", que comprende, entre otros, "4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regimenes especiales para la prestación de servicios públicos" (lo subrayado me corresponde).

Conforme lo dispuesto en la letra q) del artículo 23 de la LOSEP, constituye un derecho irrenunciable de los servidores públicos el "Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades" (lo subrayado me corresponde). Al efecto, el artículo 70 ibídem determina que el subsistema de capacitación y desarrollo de personal está orientado al desarrollo integral del talento humano que forma parte del Servicio Público, "a partir de procesos de adquisición y actualización de conocimientos", desarrollo de técnicas, habilidades y valores.

Según el artículo 71 de la LOSEP, para cumplir con su obligación de prestar servicios públicos de óptima calidad, "<u>el Estado</u> garantizará y financiará la formación y capacitación continua" de los servidores públicos "<u>mediante</u> la implementación y <u>desarrollo de programas de capacitación</u>", los mismos que se fundamentarán en "el Plan Nacional de Formación y Capacitación de los Servidores Públicos" y en la obligación de hacer el seguimiento sistemático de sus resultados, "a través de la Red de Formación y Capacitación Continuas del Servicio Público", para cuyo efecto se tomará en cuenta el criterio del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN (lo subrayado me corresponde).

& V



3531

Edificio Amazonas Plaza
 Av. Amazonas N39-123 y Arízaga

**L** +593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página, 8

Sobre el tema, el inciso primero del artículo 205 del RGLOSEP, referido en la primera consulta, señala que las Unidades de Administración del Talento Humano (en adelante, "UATH"), "de conformidad con las políticas, normas e instrumentos", que establezca el MDT, estarán facultadas para contratar servicios especializados de capacitación "con personas naturales o jurídicas, del sector público o privado calificadas por la Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Cualificaciones y Capacitación Profesional", (en adelante, "SETEC"), actual Subsecretaría de Cualificaciones Profesionales y Gestión Artesanal (lo subrayado me corresponde).

En este contexto, el segundo inciso del referido artículo 205 del RGLOSEP especifica que, la SETEC "mantendrá un listado de los ofertantes de capacitación con evaluaciones óptimas, para lo cual las UATH tienen la obligación de remitir a la SETEC la evaluación a los facilitadores que hayan desarrollado eventos en su institución" (lo subrayado me corresponde). Finalmente, el último inciso del artículo ibídem contempla que los servidores y/o instituciones determinadas en el artículo 3 de la LOSEP "podrán brindar servicios de capacitación sobre materias de competencia exclusiva de otras entidades al sector público o privado; con el aval de las instituciones cuya competencia es exclusiva y/o especializada en la materia".

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 17 de la LOEP prevé que, el Directorio de las Empresas Públicas, en aplicación de lo dispuesto por esa Ley, "expedirá las normas internas de administración del talento humano", en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano (lo subrayado me corresponde). Agrega el inciso segundo del artículo 18 ibídem que la prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esa Ley, "a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo".

En relación a los citados artículos de la LOEP, mediante oficio No. 05168, de 7 de agosto de 2019, cuya copia se acompaña, la Procuraduría General del Estado analizó la competencia de los Directorios de las empresas públicas para expedir la normativa que requieran en materia de talento humano, en los siguientes términos:

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

De lo expuesto se desprende que: *i)* corresponde al Estado garantizar y financiar la formación y capacitación continua de los servidores públicos, a través de escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado; *ii)* el desarrollo de los programas de capacitación se fundamentará en el Plan Nacional de Formación y Capacitación de los Servidores Públicos; *iii)* las UATH, de conformidad con las políticas, normas e instrumentos que establezca el MDT, estarán facultadas para contratar servicios especializados de capacitación, con personas naturales o jurídicas, del sector público o privado, calificadas por la SETEC; y, *iv)* la gestión del talento humano de las empresas públicas se rige por la normativa expedida por el





08436

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 9

Directorio para atender los específicos requerimientos empresariales, que debe guardar conformidad con la LOEP, el Código del Trabajo y las leyes de aplicación general para toda la administración pública, y está sujeta al control posterior del MDT.

## 2.2. Los principios de la contratación pública y regímenes de contratación de las empresas públicas.-

La CRE, en su artículo 288, establece que las compras públicas "cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social", en concordancia con lo previsto en el artículo 4 de la LOSNCP que señala que, para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven, "se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional" (lo subrayado me corresponde).

El artículo 315 de la CRE, en concordancia con el artículo 4 de la LOEP, prevé que 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, de acuerdo con la ley 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.

De acuerdo con el artículo 34 de la LOEP, materia de su segunda consulta, las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación: uno común y otro especial. Respecto del régimen común, el numeral 2 de esa norma señala 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, lo que guarda armonía con el objeto y ámbito de aplicación de la LOSNCP, establecido por su artículo 1 reformado.

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, 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 ibídem<sup>14</sup>, previendo que "será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable", y agregando que: "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".

Finalmente, el artículo 150 del RGLOSNCP, materia de la cuarta consulta, dispone que será responsabilidad de la entidad contratante "<u>identificar si los</u> bienes o <u>servicios se pueden</u> consolidar para constituir una sola contratación o si de manera justificada se determina la

Xu.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> 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. (...)"



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024

Página, 10

necesidad de realizar más de una contratación separada" de los mismos bienes o servicios en el año (lo subrayado me corresponde). Agrega el citado artículo que, en ambos casos, "el presupuesto referencial de la contratación consolidada o la sumatoria de todas las contrataciones separadas, deberá ser igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, en el año" (lo subrayado me corresponde).

De las normas citadas tenemos que: i) para la aplicación de la LOSNCP y de los contratos que de ella se deriven se deben observar, entre otros, los principios de legalidad, trato justo e igualdad; ii) las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación: uno común para la contratación de servicios sujetos a la LOSNCP y su reglamento, y otro especial; y, iii) es responsabilidad de la entidad contratante identificar si los servicios se pueden consolidar para constituir una sola contratación o si, de manera justificada, se determina la necesidad de realizar más de una contratación separada.

## 2.3. La contratación de servicios y la prohibición prevista en la Disposición General Segunda de la LOSNCP.-

De conformidad con lo determinado en el primer inciso de la Disposición General Segunda de la LOSNCP, "<u>Se prohibe que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra</u>", excepto en el caso previsto en el numeral 1 del artículo 2 de esa ley, en lo correspondiente a compras realizadas a organismos internacionales<sup>15</sup>.

Agregan el segundo y tercer incisos de la citada disposición que: "<u>El objeto de la contratación</u> o la ejecución de un proyecto <u>no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley</u>"; en este sentido, "<u>Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional</u>" (lo subrayado me corresponde).

El último inciso de la mencionada Disposición General Segunda de la LOSNCP precisa además que, se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, "se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo tal que garantice la unidad del proyecto" (lo subrayado me corresponde).

Por su parte, el artículo 42 del RGLOSNCP, al referirse a la Fase preparatoria, determina que el órgano administrativo requirente de la entidad contratante, con la finalidad de satisfacer y cumplir con los objetivos, metas y demandas institucionales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones, "realizará la identificación específica, detallada, clara y concreta de la necesidad de contratación" (lo subrayado me corresponde).

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> LOSNCP, "Art. 2.-Régimen Especial. - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

<sup>1.</sup> Las de adquisición de fármacos y otros bienes estratégicos determinados por la autoridad sanitaria nacional que celebren las autoridades que presten servicios de salud, incluidos los organismos públicos de seguridad social. Cuando su adquisición se realice a través de organismos internacionales y optimice el gasto público, garantizando la calidad, seguridad y eficacia de los bienes, podrá ser privilegiada por sobre los procedimientos nacionales de adquisición de bienes (...)".





EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 11

08436

El inciso primero del artículo 44 del RGLOSNCP contempla que la determinación de la necesidad incorporará un análisis de beneficio, eficiencia o efectividad, considerando la necesidad y la capacidad institucional instalada, lo cual se plasmará en el informe de necesidad de contratación, que será elaborado por la unidad requirente, previo a iniciar un procedimiento de contratación.

En esta misma línea, el inciso primero del artículo 48 del RGLOSNC dispone que, la entidad contratante "<u>definirá adecuadamente el objeto de contratación, concerniente a</u> la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras o <u>prestación de servicios</u>", incluidos los de consultoría, "<u>en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad y no discriminación, concurrencia y transparencia</u>" (lo subrayado me corresponde).

El inciso segundo del citado artículo 48 establece que la definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, "reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable", acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante y "que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado" (lo subrayado me corresponde).

Los incisos primero y tercero del artículo 51 del RGLOSNCP establecen que, antes de iniciar un procedimiento de contratación pública, la entidad contratante deberá contar con "los términos de referencia para servicios", en concordancia con el segundo inciso del artículo ibídem que determina que: "los términos de referencia constituirán las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará la consultoría o se prestarán los servicios" (lo subrayado me corresponde).

En este contexto, el artículo 53 del RGLOSNCP, objeto de la tercera consulta, señala que, para elaborar los términos de referencia, se tomarán en cuenta los siguientes aspectos:

- "1. Se establecerán en función de las necesidades específicas a ser cubiertas, de los objetivos, características y condiciones de prestación o desarrollo requeridos, así como, de los requisitos técnicos, de sostenibilidad en lo que fuera aplicable, funcionales o tecnológicos, bajo los que deben ser prestados;
- 2. Los términos de referencia <u>deben ser claros, completos y detallados de tal forma que</u> <u>no haya lugar a ambigüedades o contradicciones</u> que propicien o permitan diferentes interpretaciones de una misma disposición, ni indicaciones parciales:
- 3. <u>Los términos de referencia para la contratación de servicios</u> incluidos los de consultaría contendrán obligatoriamente los siguientes aspectos:
- a) Antecedentes;
- b) Objetivos;
- c) Alcance;
- d) Metodologia de trabajo;
- e) Información que dispone la entidad;
- f) Productos o servicios esperados;
- g) Plazo de ejecución: parciales y/o total;
- h) Personal técnico/equipo de trabajo/recursos; y,

&r



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

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 12

68300

i) Forma y condiciones de pago.

4. <u>Los términos de referencia se establecerán con relación exclusiva a los servicios objeto del procedimiento y no con relación a los consultores o proveedores</u>". (Lo subrayado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* la LOSNCP prohíbe que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra, excepto respecto a compras realizadas a organismos internacionales; *ii)* el objeto de la contratación no puede ser subdividido en cuantías menores, con el fin de eludir los procedimientos establecidos en la ley; *iii)* corresponde al órgano administrativo requirente de la entidad contratante realizar la identificación específica, detallada, clara y concreta de la necesidad de contratación, para lo cual se definirá adecuadamente el objeto de contratación, en estricto cumplimiento de los principios de trato justo, igualdad y no discriminación; *iii)* la definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en los términos de referencia, evitando un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado; y, *iv)* los términos de referencia se establecerán con relación exclusiva a los servicios objeto del procedimiento y no con relación a los proveedores.

## 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 205 del RGLOSEP, las UATH de las instituciones del sector público, de acuerdo con las políticas, normas e instrumentos que establezca el MDT, se encuentran facultadas para contratar servicios especializados de capacitación, con personas naturales o jurídicas, del sector público o privado calificadas por la Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Cualificaciones y Capacitación Profesional, actual Subsecretaría de Cualificaciones Profesionales y Gestión Artesanal.

En relación a la segunda consulta se concluye que, según lo previsto en los incisos segundos de los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la gestión del talento humano de las empresas públicas se rige por la normativa expedida por sus Directorios para atender los específicos requerimientos empresariales, la misma que debe guardar conformidad con dicha ley, el Código del Trabajo y las leyes de aplicación general para toda la administración pública, y está sujeta al control posterior del MDT.

Respecto a la tercera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 34 numeral 2 de la LOEP; 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 48 y 53 numeral 4 de su Reglamento General, la entidad contratante debe definir adecuadamente el objeto de contratación concerniente a la prestación de servicios, en estricto cumplimiento de los principios de legalidad, trato justo, igualdad y no discriminación, en tal virtud, no es viable detallar en los términos de referencia el nombre específico del programa académico.

Finalmente, en cuanto a los términos de la cuarta consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del RGLOSNCP, es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante identificar si los servicios se pueden consolidar para constituir una sola contratación o si, de manera justificada, se determina la necesidad de realizar más de una contratación separada,





**y** @PGEcuador

08436

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO SANTA ROSA (EMAS EP) 0005462-2024 Página. 13

considerando que el objeto de la contratación no puede ser subdividido en cuantías menores con la finalidad de eludir los procedimientos establecidos en la ley.

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 easos institucionales específicos.

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C. Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni

Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública

Dr. Mauricio Torres Maldonado, PhD. Contralor General del Estado

Mag. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa Ministra del Trabajo



+593 2 2941300



**y** ∞PGEcuador

Oficio No. . 08462

Quito, D.M.,

3 0 AGO 2024

Magíster
Erika Milena Charfuelán Burbano
DIRECTORA GENERAL, SUBROGANTE
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL
Presente.

#### De mi consideración:

Mediante oficio No. IESS-DG-2024-0478-O, de 20 de junio de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

"¿Considerando que el Ministerio de Educación no canceló al IESS los valores correspondientes al Capital (sic) de aportes y fondos de reserva, correspondientes a los educadores comunitarios o populares, dentro del plazo que le otorgó la Ley para poder acogerse y beneficiarse de la exoneración o remisión de intereses (90 días); y, en atención a las claras normas Constitucionales y legales señaladas en esta consulta, es procedente, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, proceda con el cobro de Intereses (sic) de mora, desde el momento de la exigibilidad de la obligación señalada en el literal a), de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, , (sic) (año 2009), de acuerdo a los claros mandatos contenidos en los Arts. 89 y 100, de la Ley de Seguridad Social; y, muy especialmente, porque perdió el derecho de acogerse a la Remisión o Exoneración (sic) de tales intereses, al no realizar el pago, dentro del plazo máximo que le otorgó la Ley, para que pueda obtener este beneficio. ?"

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

#### 1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 07406 y No. 07407, de 24 de junio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, "MEF") y al





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

@PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 2

Ministerio de Educación (en adelante, "MINEDUC"), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 07704, de 09 de julio de 2024, se insistió en el requerimiento al MEF.

- 1.2. Con oficio No. IESS-DG-2024-0512-O, de 03 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el mismo día, la Directora General, subrogante, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, "IESS"), remitió una ampliación al oficio de consulta citado al inicio del presente, al cual se adjuntó el informe jurídico contenido en memorando No. IESS-PG-2024-0543-M, de 02 de julio del presente año, suscrito por el Procurador General de ese instituto.
- 1.3. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden, por la Ministra de Educación, con oficio No. MINEDUC-MINEDUC-2024-01101-OF, de 08 de julio de 2024, ingresado en este organismo el mismo día, al cual se adjuntó, entre otros documentos, el memorando No. MINEDUC-CGAJ-2024-00387-M, de 07 del mismo mes y año, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de dicha cartera de Estado; y por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, (e) del MEF, con oficio No. MEF-CGAJ-2024-0113-O de 5 de agosto de 2024, recibido en el correo institucional único de este organismo al siguiente día.
- 1.4. El informe jurídico contenido en memorando No. IESS-PG-2024-0503-M de 20 de junio de 2024, suscrito por el Procurador General del IESS citó, en lo principal, los artículos 3 número 1, 82, 368, 371 y 372 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, "CRE"); la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural² (en adelante, "LORLOEI"); y, 8, 89 y 100 de la Ley de Seguridad Social³ (en adelante, "LSS"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

#### "IV. CRITERIO

(...)

4.2. El Ministerio de Educación, es deudor del IESS, desde el año 2009, tal como lo señala el literal a) de La (sic) Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, (....) 'el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme sus atribuciones legales, impulsará las acciones de cobro de las glosas y títulos de crédito que contienen obligaciones de aportes y fondos de reserva, emitidos en contra del Ministerio de Educación (correspondiente a trece provincias, por no afiliar a educadores comunitarios o populares, de acuerdo con

<sup>1</sup> CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LORLOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 434, de 19 de abril de 2021.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> LSS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.



+593 2 2941300

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 3

08462

los detalles que constan en los oficios No. 13111700-362 y No. 13111700 R-9440 de fechas 29 de mayo de 2009 y 23 de febrero de 2010 (....) (sic).

- 4.3. La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, es muy clara al mencionar que El (sic) Ministerio de Educación tiene la calidad de empleador y deudor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, respecto a los educadores populares o comunitarios y manifiesta en el segundo inciso del literal b) de dicha Disposición Transitoria: 'El Ministerio de Educación dentro del plazo previsto en el literal a) podrá en su calidad de empleador deudor para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, celebrar convenios de purga de mora patronal debidamente garantizados o acuerdos de pagos parciales, que contengan las obligaciones patronales respecto a los educadores populares o comunitarios, cuyos derechos han sido reconocidos como sujetos de protección conforme lo establece el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social'.
- **4.4.** El Art. 89 de la Ley de Seguridad Social, dispone: La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos' (sic).
- 4.5. Reforzando lo anterior, la misma Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone: La mora en el pago de aportes, fondos de reserva y otros descuentos dispuestos por el IESS en perjuicio de los educadores comunitarios y populares, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos conforme lo estipula el artículo 89 de la Ley de Seguridad Social.
- **4.6.** Para que opere la remisión de intereses de mora, rendimientos, multas y responsabilidades patronales, el Ministerio de Educación **debió cumplir cabalmente con las obligaciones** en los plazos expresos que señala la disposición Transitoria de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, **esto dentro de los 90 días desde la vigencia de la Ley**.
- 4.7. En vista de que el Ministerio de Educación no procedió con el pago hasta el día 11 de octubre de 2021, plazo que se le otorgó en la disposición transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, perdió el derecho legal a la exención o remisión. Pues la exención o remisión, tiene un plazo establecido para cumplir con el pago y acogerse al beneficio.





C +593 2 2941300

■ www.pge.gob.ec

**y** @PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Pávina. 4

(···) Sayer.

**4.8.** Una vez que el Ministerio de Educación, incumplió el pago y perdió el beneficio de remisión de intereses de mora, establecido por la Ley, el IESS, por exigencia ineludible contemplada en el Art. 100, de la Ley de Seguridad Social, que contempla la **Prohibición de exoneración de intereses y multas**, debe proceder de forma obligada al cobro de la mora desde que la obligación se hizo exigible (año 2009).

4.9. Finalmente, el sistema de seguridad social, de acuerdo con la Constitución, se guía, entre otros principios, por el de inclusión, equidad, suficiencia y solidaridad; siendo el IESS, responsable por la prestación de contingencias a favor de las personas afiliadas; por lo que, tiene dos obligaciones claras y diferenciadas, por un lado, debe responder por las contingencias de las personas afiliadas, garantizando el ejercicio del derecho a la seguridad social; y, por otro lado, debe precautelar la sostenibilidad de los fondos previsionales que administra.

Sin el adecuado financiamiento (3,4), el IESS simplemente no podría cubrir las contingencias y garantizar el derecho a la seguridad social que tiene toda persona afiliada". (El énfasis corresponde al texto original).

1.5. El informe jurídico, adjunto al oficio de ampliación, constante en memorando No. IESS-PG-2024-0543-M, de 02 de julio de 2024 citó, adicionalmente a las normas ya enunciadas, los artículos 663 y 1458 del Código Civil<sup>4</sup> (en adelante, "CC"), luego de lo cual, con relación a una consulta formulada por el MINEDUC a este organismo el 6 de diciembre de 2023, concluyó lo siguiente:

"III.3. Finalmente, debemos establecer como Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – IESS, que consideramos que el pronunciamiento de <u>absolución de la consulta del Ministerio de Educación, ha sido realizada considerando una Sentencia de la Corte Constitucional</u>, pues hacia allá dirigió su consulta el Ministerio, por esto se refiere en la absolución de dicha consulta, a los Art. 93 y 162 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es sobre un cumplimiento de Sentencia.

La consulta correcta, es sobre el cumplimiento de lo Dispuesto por la Ley, esto es la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, tal como lo ha realizado el IESS, refiriéndose a que el Ministerio de Educación no cumplió con el pago dentro del plazo concedido, que le permitía acogerse a la Remisión de Intereses, consecuentemente, al no optar por la remisión, deberá pagar los intereses desde que la obligación es exigible por Ley, esto es desde el año 2009". (El subrayado me corresponde).

<sup>4</sup> CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**●** @PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 5

# 08462

1.6. Por su parte, el criterio jurídico del MINEDUC, además de las normas señaladas anteriormente, citó los artículos 226 de la CRE; innumerado posterior al artículo 1 y artículo final de la Ley que Fija Bonificación para los Educadores Comunitarios (en adelante, "Ley No. 122"); 22 del Código Orgánico Administrativo<sup>5</sup> (en adelante, "COA"); 6, 7 número 6 y 1668 del CC; y, 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado<sup>6</sup> (en adelante, "LOPGE"); y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado con oficio No. 04850, de 15 de diciembre de 2023, luego de lo cual manifestó y concluyó:

"3.3.3. (...) el Ministerio de Educación estaba imposibilitado de enviar aportes y fondos de reserva hasta antes de la entrada en vigencia de la Disposición Transitoria Primera, por no contar con un medio de verificación de la relación laboral, pues como se indicó anteriormente la Ley de Bonificación de Educadores Comunitarios no hacía referencia a la existencia de relación laboral entre el Ministerio de Educación y educadores comunitarios (bonificados) y es a partir de la entrada en vigencia de la Disposición Transitoria Primera de la LOEI que establece la posibilidad de acreditar la relación laboral a través de la presentación por parte del educador comunitario de una declaración juramentada la cual habilita a esta Cartera de Estado construir el catastro; pues, en el derecho público se hace únicamente lo que está escrito. (El énfasis y subrayado corresponden al texto original).

(...)

**3.4.2.** (...) se resalta que en ninguna parte de la Disposición Transitoria Primera (LOEI) hace referencia a la **exención** o **remisión** de intereses como lo señala el IESS en su consulta y tesis jurídica, realizando una interpretación extensiva de la LEY (...) (el énfasis corresponde al texto original).

#### IV. Pronunciamiento Jurídico:

(...) esta Coordinación General de Asesoría Jurídica, se acoge al pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado a través del oficio Nro. 04850 de 15 de diciembre de 2023, que determina que a partir del 11 DE AGOSTO DEL 2021 que la Corte Constitucional levantó la suspensión y se deben de calcular los intereses de mora, rendimientos, multas y responsabilidades patronales por dicho concepto a partir del 12 DE OCTUBRE DE 2021, una vez cumplidos los tiempos a los que hace referencia la Disposición Transitoria Primera (...)" (el énfasis y subrayado corresponden al texto original).

<sup>6</sup> LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril 2004.



<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.



38001

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 6

1.7. El criterio jurídico del MEF además de las normas señaladas anteriormente citó el artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>7</sup> (en adelante, "COPLAFIP") luego de lo cual concluyó lo siguiente:

#### "III .- Criterio

(...)

La Ley de Seguridad Social, dispone que no existe exoneración de intereses y multas por mora patronal, sin embargo, la Ley referida anteriormente, sí permitió que el pago de aportes atrasados que se haga exclusivamente dentro del plazo previsto en el literal a. y c de la Disposición Transitoria Primera y de esa manera se tenga un régimen de excepción y no se genere interés alguno a favor del IESS, ni responsabilidad patronal; eso si, de cumplirse la condición mencionada.

Sin embargo de lo expuesto, la normativa si establece los casos en los que se debe cobrar intereses, por lo que se estima que se considere lo que prevé la ley cuando dispone el cobro de intereses.

Se debe dejar establecido que esta Cartera de Estado dentro de sus competencias establecidas en el artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no contiene una disposición que le permita pronunciarse sobre la consulta que le ha sido presentada a la Procuraduría General del Estado.

Así mismo se debe manifestar que es necesario se considere con el contenido del oficio No. 04850 de 15 de diciembre de 2023, del Procurador General del Estado, el mismo que ya establece un pronunciamiento vinculante respecto de esta temática."

- 1.8. Finalmente, con oficio s/n, de 22 de julio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, el Coordinador Nacional de los Educadores Comunitarios solicitó a este organismo se pronuncie respecto de "la consulta realizada el 20 de junio de 2024, por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social".
- 1.9. De lo expuesto se desprende que el informe jurídico de la entidad consultante difiere del criterio jurídico del MINEDUC, así, el primero considera que dicha cartera de Estado es empleador deudor del IESS a partir del 2009 respecto de los educadores comunitarios, en función de lo previsto en la letra a) de la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI. Agrega el IESS que, por cuanto el MINEDUC no ha procedido con el pago dentro del plazo de 90 días contados a partir de la vigencia de la referida ley reformatoria, éste perdió el derecho legal a la exención o remisión, por lo cual, al existir mora en el pago

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 el 22 de octubre de 2010.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 7

08462

de las obligaciones patronales, aquello causaría un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, a fin de poder cubrir las contingencias y garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados.

Por su parte, el MINEDUC señala que estaba imposibilitado de enviar aportes y fondos de reserva hasta antes de la vigencia de la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI, por cuanto no contaba con un medio de verificación de la relación laboral con los educadores comunitarios, considerando que la Ley No. 122 no hacía referencia a la misma.

Adicionalmente, tanto el MINEDUC y el MEF mencionan que en ninguna parte de la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI se hace referencia a la exención o remisión de intereses, acogiéndose al pronunciamiento emitido por este organismo mediante oficio No. 04850, de 15 de diciembre de 2023, que determina que a partir del 12 de octubre de 2021 se deben calcular los intereses de mora, rendimientos, multas y responsabilidades patronales, una vez cumplidos los respectivos tiempos previstos en la indicada Disposición Transitoria Primera.

#### 2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* El régimen jurídico inicial de los docentes comunitarios y su posterior ingreso al sistema educativo, según la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI; y, *ii)* Derecho Constitucional a la Afiliación al Seguro Social e interés por mora.

# 2.1. El régimen jurídico inicial de los docentes comunitarios y su posterior ingreso al sistema educativo, según la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI. -

El artículo 1, reformado<sup>8</sup>, de la Ley No. 122, dispuso que el personal que prestaba sus servicios en las áreas de acción de las direcciones nacionales de Educación Popular Permanente Hispana e Intercultural Bilingüe, en los colegios de ciclo básico y diversificado populares, centros de formación artesanal, PREDAFORP y promotores, "percibirá una bonificación no inferior al equivalente a seis salarios mínimos vitales de los trabajadores en general".

Con posterioridad, el artículo 1 de la Ley 2006-56 incorporó un artículo innumerado<sup>9</sup> a continuación del artículo 1 de la Ley No. 122, para el caso de profesores fiscales que hubiesen sido requeridos para prestar servicios adicionales y fuera de su jornada de trabajo, previendo que

yel

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Ley No. 122, artículo I reformado por el Art. I de la Ley 87, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 323 de 22 de mayo de 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ley No. 122, artículo innumerado agregado por el Art. 1 de la Ley 2006-56, publicada en el Registro Oficial No. 369, de 3 de octubre de 2006.



INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página, 8

38280

el pago de la bonificación no constituiría pluriempleo. El inciso segundo del mencionado artículo establecía:

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

En este contexto, el personal del magisterio, al momento de la expedición de la Ley No. 122, se encontraba sujeto a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional<sup>10</sup> (en adelante, "*LCD*"), la misma que fue reformada y posteriormente derogada en el 2011 por la Ley Orgánica de Educación Intercultural<sup>11</sup> (en adelante, "*LOEI*"), vigente en la actualidad con reformas.

Es a partir de la expedición de la LOEI que se incluyó en su Disposición Transitoria Trigésima Novena el ingreso de los docentes comunitarios al sistema educativo, condicionándolo a la obtención del título y el cumplimiento de los requisitos para el ingreso al magisterio, según se aprecia de su tenor:

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

De lo expuesto se desprende que: *i)* los educadores comunitarios, incluidos aquellos que siendo docentes fiscales realizaron dicha actividad en forma adicional, estaban sujetos a la Ley No. 122; y, *ii)* a partir de la promulgación de la LOEI en 2011, el ingreso de los educadores comunitarios al sistema educativo estuvo condicionado a la obtención del título profesional en materia educativa, al cumplimiento de los requisitos de ingreso al magisterio y al concurso de méritos y oposición, en el que recibirían un puntaje adicional.

# 2.2. Derecho Constitucional a la Afiliación al Seguro Social e interés por mora.

El artículo 33 de la CRE establece que "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, inicialmente publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

**♥** @PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL
0005596-2024-AD-JL
Página. 9

08462

personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado."

Por otra parte, respecto del derecho a la seguridad social, el artículo 34 ibidem indica que "El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado". Concordante, el artículo 370 ibidem indica que el IESS es responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.

Respecto de quienes son sujetos "obligados a solicitar protección" del Seguro Universal Obligatorio de sus Afiliados, el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social señala que "(...) las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella (...)" (énfasis añadido).

Sobre la materia, la Corte Constitucional en sentencia Nro. 029-16-SEP-CC, de 27 de enero de 2016, manifestó lo siguiente:

"En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", precisó que "toda persona tiene el derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa". Además, dicho pronunciamiento permitió que la Corte establezca el desarrollo progresivo de este derecho y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

Por otro lado, el artículo 58 de la Constitución Política de 1998 establecía que la prestación del seguro general obligatorio era responsabilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Aquello continúa vigente en el artículo 370 de la Constitución de 2008, cuya norma determina que el sistema de seguridad social está a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad que goza de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, lo cual le permite ejecutarlas tareas encomendadas.

(...)

Por tanto, la obligación que tiene el Ministerio de Educación de afiliar a los educadores comunitarios al IESS constituye un derecho constitucional irrenunciable y como tal, de cumplimiento obligatorio para el Estado, por cuanto aquello les permitirá a los referidos docentes tener acceso a las prestaciones creadas para gozar de una vida digna, lo cual implica la entrega oportuna de los servicios, las rentas y los demás beneficios del seguro general obligatorio, según las circunstancias propias de cada asegurado. No hacerlo, implicaría un retroceso al grado de desarrollo que ha





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página. 10



experimentado en nuestro país el derecho a la seguridad social e iría en contra de los principios que rigen el ejercicio de los derechos, en especial, con respecto al de progresividad y de favorabilidad consagrados en nuestra Constitución, en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". (énfasis añadido).

Con relación al momento en que empieza a regir una ley, y para efectos de la aplicación de las normas de la LORLOEI, cabe considerar que el artículo 6 del Código Civil<sup>12</sup> (en adelante, "CC") dispone que "entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces", sin perjuicio de que la misma ley prevea "un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación". Adicionalmente, el inciso primero del artículo 7 ibídem determina que "La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo".

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural precisa lo siguiente:

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

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

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

c. Dentro del mismo plazo de sesenta días, el Ministerio de Educación y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, validará de manera obligatoria con las organizaciones representativas de los educadores comunitarios o populares a nivel

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Codificación del CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL
0005596-2024-AD-JL
Página, 11

08462

nacional, el catastro y los valores monetarios que garantizarán el derecho a la seguridad social para aquellos educadores comunitarios o populares que acrediten su condición y para quienes se encuentren en trámite de verificación de sus documentos ante el IESS.

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

El Ministerio de Educación dentro del plazo previsto en el literal a) podrá en su calidad de empleador deudor para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme al artículo 91 de la Ley de Seguridad Social, publicada en Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de noviembre del 2001 celebrar convenios de purga de mora patronal debidamente garantizados o acuerdos de pagos parciales, conforme el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, contenido en la Resolución No. C.D. 516, expedida por el Consejo Directivo del IESS, publicada en Registro Oficial Suplemento 687 de 15 de agosto del 2016, que contengan las obligaciones patronales respecto a los educadores populares o comunitarios, cuyos derechos han sido reconocidos como sujetos de protección conforme lo establece el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social.

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

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

Las acciones mencionadas en el inciso anterior solamente se interrumpirán si tales entidades suscribieron convenios de purga de mora patronal, debidamente garantizados. La mora en el pago de aportes, fondos de reserva y otros descuentos dispuestos por el IESS en perjuicio de los educadores comunitarios y populares, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro





+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página, 12



## puntos conforme lo estipula el artículo 89 de la Ley de Seguridad Social.

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

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

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

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

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

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

Concordante, el artículo 100 ibidem indica:

PROHIBICIÓN DE EXONERACIÓN DE INTERESES Y MULTAS.- Prohíbese la exoneración de intereses, multas y más recargos causados por la mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y descuentos que ordenare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Al formular las liquidaciones para convenios permitidos por la Ley,



+593 2 2941300

www.pge.gob.ec

@PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página, 13

n8462

se cuidará de incluir los intereses, multas y más recargos, bajo pena de destitución de todos los funcionarios y servidores encargados de autorizar y tramitar dichos convenio".

Finalmente, El artículo 1567 del Código Civil establece los casos en los que el deudor está en mora, entre ellos, según su numeral 1, "Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se le requiera al deudor para constituirle en mora". Para el caso de obligaciones que consistan en el pago de una cantidad de dinero, el artículo 1575 ibídem prevé que la mora se sujeta a las siguientes reglas: "1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos; 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo; 3. Los intereses atrasados no producen interés; y, 4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones v pensiones periódicas."

Del análisis de lo anterior se destaca lo siguiente:

- 1. La seguridad social es un derecho constitucional irrenunciable;
- 2. Las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella, tienen derecho a ser afiliadas:
- El Ministerio de Educación tiene la obligación de afiliar a los educadores comunitarios al IESS. No hacerlo, implicaría un retroceso al grado de desarrollo que ha experimentado en nuestro país el derecho a la seguridad social e iría en contra de los principios que rigen el ejercicio de los derechos, en especial, con respecto al de progresividad y de favorabilidad consagrados en nuestra Constitución;
- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social generó glosas y títulos de crédito que contienen obligaciones de aportes y fondos de reserva, emitidos en contra del Ministerio de Educación por no afiliar a los educadores comunitarios. El detalle de las glosas y títulos de crédito constan en los oficios Nros. 13111700-362 y No. 13111700 R-9440 de fechas 29 de mayo de 2009 y 23 de febrero de 2010, respectivamente;
- La Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI estableció dos plazos, uno de 60 días y otro de 30 días, respectivamente, contados desde la promulgación de la referida ley. En caso de que el pago se haya realizado dentro de los plazos antes indicados, no se generaría interés alguno a favor del IESS ni responsabilidad patronal;
- La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS causarán un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos; y,
- El deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término 7. estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se le requiera al deudor para





www.pge.gob.ec

@PGEcuador

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL 0005596-2024-AD-JL Página, 14

constituirle en mora.

### 3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 6, 7, 1567 y 1575 del CC, la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEI, 89 y 100 de la Ley de Seguridad Social, corresponde al IESS cobrar los intereses de mora a partir del momento en que las obligaciones patronales se hayan vuelto exigibles, siempre y cuando el empleador haya perdido el derecho de acogerse a la remisión de intereses por no haber realizado el pago dentro de los plazos previstos en la disposición transitoria antes indicada.

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.

En virtud del presente pronunciamiento, se aclara el contenido en el oficio 15 de diciembre de 2023 respecto de la exigibilidad de los intereses producidos por mora patronal y la posibilidad de acogerse a la remisión de estos siguiendo los lineamientos previstos en la Disposición Transitoria Primera de la LORLOEL

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Lic. Alegría Crespo Cordovez, PhD.

Ministra de Educación

Mtr. Juan Carlos Vega Malo

Ministro de Economía y Finanzas

Abg. Franklin Villavicencio Ruiz

Coordinador Nacional de los Educadores Comunitarios

Defendemos al Estado para proteger tus derechos

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec