



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Noviembre 2024

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de noviembre 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	6-nov-24	CORPORACIÓN NACIONAL DE FINANZAS POPULARES Y SOLIDARIAS EXENCIONES DE FIDEICOMISOS	4
2	6-nov-24	CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA EXONERACIÓN DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS	18
3	13-nov-24	BANCO DE DESARROLLO DEL ECUADOR B.P. ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SOMETIMIENTO A LEGISLACIÓN EXTRANJERA	25
4	21-nov-24	PETROECUADOR INHABILIDADES PARA PARTICIPAR EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS	37
5	21-nov-24	SUPERINTENDENCIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, SOT DACIÓN EN PAGO CON BONOS DEL ESTADO	48
6	26-nov-24	AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA ARCSA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO DE NUEVA ENTIDAD QUÍMICA	62
7	27-nov-24	MUNICIPIO DE GUAYAQUIL RESTRICCIÓN DE CONTRATACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE FORMA DIRECTA	75
8	28-nov-24	MUNICIPIO DE GUAYAQUIL FISCALIZACIÓN DE OBRA EN CONTRATOS DE CONCESIÓN	88



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 09293

Quito, D.M., 06 NOV 2024

Economista

Tatiana Patricia Witt Espinosa

**GERENTE GENERAL
CORPORACIÓN NACIONAL DE FINANZAS
POPULARES Y SOLIDARIAS (CONAFIPS)**

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. CONAFIPS-CONAFIPS-2024-0954-OFI, de 11 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se reformularon las consultas inicialmente planteadas con oficio No. CONAFIPS-CONAFIPS-2024-0631-OFI, de 19 de junio de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 6 de agosto del mismo año, en el siguiente tenor:

“1. ¿Es aplicable (sic) los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, de manera subsidiaria, a los fideicomisos amparados en el artículo 312 COMYF, Libro I para el pago de actos de terminación y liquidación tales como: cancelación de tasas de registro, tasas notariales, impuestos, entre otros, ¿tomando en consideración que los fideicomisos son constituidos por cooperativas de ahorro y crédito en liquidación?.

2. En caso de no existir la posibilidad de aplicar los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, ¿Debería la Junta de Política y Regulación Financiera de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 numeral 16 y 18 de COMYF, Libro I, ¿emitir la normativa correspondiente para estos casos?.”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. De conformidad con el número 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”) y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante, “LOPGE”), mediante oficios Nos. 08158, de 13 de agosto de 2024, y No. 08441, de 29 de agosto de 2024, este organismo requirió e insistió a la entidad consultante que reformule las consultas planteadas.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos para atender el requerimiento, se solicitó el criterio de los siguientes organismos y entidades: a) Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante, “JPRF”), mediante oficio No. 08657 de 13 de septiembre de

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

² LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

2024; y, b) Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante, "DINARDAP") con oficio No. 08658 de 13 de septiembre de 2024.

- 1.3. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos: a) por la Presidente de la JPRF mediante oficio No. JPRF-JPRF-2024-0272-O, de 25 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, al que adjuntó el memorando No. JPRF-DJPIF-2024-0010-M, de 20 de septiembre de 2024; y, b) Por el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, subrogante, mediante memorando No. DINARDAP-DINARDAP-2024-0328-M, de 27 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, al cual adjuntó el memorando No. DINARDAP-DJU-2024-0305-M, de 27 de septiembre de 2024.
- 1.4. Al oficio de consulta se adjuntó el informe jurídico que consta en el memorando No. CONAFIPS-GAJP-2024-0747-MEM, de 10 de septiembre de 2024, suscrito por la Gerente de Asesoría Jurídica y Patrocinio de la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias CONAFIPS (en adelante, "CONAFIPS"), quien citó los artículos 226, 309 y 311 de la CRE, 158 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria³ (en adelante, "LOEPS"),⁴ 2⁴ y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999⁵ (en adelante, "LOCCB"), Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal⁶ (en adelante, "LOFPAI"), número 1 el artículo 35 del Código Tributario⁷ (en adelante, "CT") 509 y 537 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁸ (en adelante, "COOTAD"), 100, 103, 109, 110, 118, 125 y 134 de la Ley de Mercado de Valores⁹, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero¹⁰ (en adelante, "COMF"), 14.1 número 16, 312, 316, 317 y 318 del Libro Primero del COMF, artículos 322 y 332, correspondientes a la Sección XVIII¹¹ de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y de Seguros¹² (en adelante, "CRMFVS")² del Decreto Ejecutivo No 705¹³, que contiene la Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del COMF, artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 705¹⁴ así como los pronunciamientos contenidos en oficios No.

³ LOEPS, publicada en el Registro Oficial No. 444 de, 10 de mayo 2011; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

⁴ Artículo sustituido por la Disposición Reformatoria Segunda de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

⁵ LOCCB, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 188 de 20 de febrero 2014; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.

⁶ LOFPAI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto 2018; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 516 de 12 de marzo de 2024.

⁷ CT, Codificación No. 2005-09, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005; última reforma publicada en el Registro Oficial No. 610 de 29 de julio de 2024.

⁸ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁹ Codificación No. 2006-001

¹⁰ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332 de 12 de septiembre 2014; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

¹¹ Sección XVIII, Norma para la Constitución, Operación, Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico, Monetario y Financiero.

¹² CRMFVS, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.22 de 26 de junio de 2017; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 640 de 10 de septiembre de 2024.

¹³ Publicado en el Registro Oficial No. 546 de 17 de julio de 2015.

¹⁴ Decreto Ejecutivo emitido el 17 de julio de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 546 de 17 de julio de 2015.

15052, de 12 de agosto de 2021, y No.19901, de 19 de agosto de 2022, emitidos por la Procuraduría General del Estado, con base en los cuales analizó y concluyó:

"1. ANÁLISIS:

(...)

Por esta razón, la CONAFIPS realiza el siguiente análisis:

Existen disposiciones de la legislación ecuatoriana para casos análogos referente a fideicomisos mercantiles que administraban y vendían bienes incautados de propietarios de entidades financieras de primer piso, disposiciones que tuvieron que en su momento ser perfeccionadas para efectos de liquidar dichos fideicomisos.

En el contexto de los fideicomisos que administra la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias (CONAFIPS) bajo el amparo del artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMYF), Libro I, se puede señalar que existe una similitud con respecto a la transferencia de bienes de entidades financieras en un proceso de liquidación o cierre. En ambos casos, el objetivo es facilitar la resolución de la liquidación y extinción de estas entidades, asegurando la protección de los acreedores y la eficiencia en la gestión de los activos restantes.

Esta justificación radica en la similitud de las situaciones y el propósito de ambas normativas, dado que comparten una esencia común en sus objetivos y circunstancias. La exención de tributos y otros pagos facilitaría la gestión eficiente de los activos, contribuyendo a una resolución más ágil y justa de la liquidación.

Del análisis referente a los hechos, y en concordancia con las disposiciones de la legislación ecuatoriana la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias requiere plantear la siguiente consulta:

Considerando que dentro de los fideicomisos que administra la CONAFIPS existen los siguientes escenarios dentro del proceso de liquidación:

- a) Casos que existen disponibilidad de recursos en el patrimonio, estos les correspondería a los depositantes (acreedores) en un futuro a través de la justicia ordinaria; y,**
- b) En los casos que el fideicomiso no cuenta con recursos económicos disponibles lo que imposibilita la transferencia de dominio a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria del Estado y la liquidación del fideicomiso.**

(...)

1. CONCLUSIÓN

(...)



Que, en lo que referente al proceso de liquidación de los fideicomisos establecidos en el Art. 312 del COMYF libro I; y, tomando en cuenta que existen casos análogos que ya se encuentran ejecutados, referentes a este tipo de procesos con respecto a los fideicomisos mercantiles de las entidades financieras extintas, podría considerarse que para los fideicomisos mercantiles establecidos en el artículo Art. 312 del COMYF libro I, se aplique la normativa determinada para las entidades financieras extintas que se le atribuye en el artículo 2 y artículo 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, que por necesidad se estableció a fin de poder concluir con la liquidación del Fideicomiso, toda vez que los constituyentes de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del COMYF Libro I, son entidades del sector de la economía popular y solidaria que están en liquidación y que al perfeccionarse la constitución del fideicomiso la SEPS extingue a dichas cooperativas.

*Que, en caso de que no se permita la aplicación de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, que ha venido operando que establece para las instituciones financieras extintas la exención de pagos registrales, tasas o tributos, la Junta de Política y Regulación Financiera es el organismo superior cuya principal atribución es **determinar las políticas monetaria, cambiaria y financiera de la Nación conforme a lo dispuesto en la Ley Monetaria y Financiera.**"*
(Subrayado y énfasis corresponden al texto original)

- 1.5. El criterio jurídico de la JPRF, remitido por su Presidente mediante oficio No. JPRF-JPRF-2024-0272-O, de 25 de septiembre de 2024, consta en el memorando No. PRF-DJPIF-2024-0010-M, de 20 de septiembre de 2024, suscrito por el Director Jurídico del Sistema Financiero e Inclusión Financiera de la JPRF, quien además de las normas referidas por la entidad consultante, citó el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, que integra el libro II del COMF y emitió el siguiente criterio jurídico:

"1. ANÁLISIS Y CRITERIO JURÍDICO

1. El artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero hace referencia a las funciones del liquidador de las instituciones del sistema financiero nacional, tanto banca privada como pública, así como las instituciones de la economía popular y solidaria, entre las que se incluyen las cooperativas de ahorro y crédito, respecto del proceso de liquidación de las mencionadas instituciones, y dispone en resumen lo siguiente:

- *El liquidador deberá constituir un fideicomiso mercantil de administración para el caso de los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no puedan ser liquidados según lo dispuesto en el mencionado artículo 312 del Código.*
- *El fiduciario del fideicomiso al que se deben transferir los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieron ser liquidados, serán la Corporación de Finanzas Populares y Solidarias, CONAFIPS, entidad que en este caso formula la consulta la Procuraduría General del Estado, y la Corporación Financiera Nacional.*

- Para el caso particular de los fideicomisos que se constituyen en el marco de los procesos de liquidación de las instituciones del sistema financiero nacional, entre las que se incluyen las cooperativas de ahorro y crédito, el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero da un plazo de dos (2) años, contados a partir de la transferencia al fideicomiso, para la recuperación de los activos y el pago de los pasivos conforme las instrucciones del constituyente.

2. La Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, publicada en el Registro Oficial Suplemento 188 de 20 de febrero de 2014, con posteriores reformas, se expidió tomando en cuenta, entre otros, los siguientes considerandos:

(...)

En el contenido de la consulta constante en el oficio remitido por la Procuraduría General del Estado a la Junta de Política y Regulación Financiera, y cuyo criterio jurídico se solicita a este organismo, no se precisa o explica por qué a la Cooperativa de Ahorro y Crédito a la que se refiere la consulta, se debe aplicar las disposiciones de una ley que tiene un propósito específico y particular en un contexto de crisis, y que, por lo mismo, fue expedida para atender los asuntos derivados, valga la reiteración, de la crisis bancaria del año 1999, y no las de una institución financiera de la economía popular y solidaria que se encuentra en proceso de liquidación, según lo dispone el artículo 312 del libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero.

(...)

4. De la lectura del texto del artículo precedente (113 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero), se desprende con claridad lo siguiente:

- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no genera provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario. Dicha transferencia es un medio para cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato de fideicomiso.
- Siendo así, dicha transferencia no es un hecho generador de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan transferencias a título gratuito y oneroso.
- El indicado artículo 113 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero dispone, en consecuencia, que las transferencias a título de fideicomiso mercantil están exentas del pago de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones.
- Esas exenciones también se aplican a las restituciones del dominio que realice el fiduciario al mismo constituyente.

En consecuencia de lo expuesto y analizado, a criterio de esta Dirección Jurídica no procede la aplicación de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999 a los fideicomisos amparados en el artículo 312 del libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, en razón de que también para el caso



de fideicomisos que se constituyan en el marco del proceso de liquidación de una institución financiera, en este caso de una cooperativa de ahorro y crédito, le es aplicable la exención del pago de impuestos, tasas y contribuciones, según los dispone el artículo 113 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Adicionalmente, y sin perjuicio del ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 14.1, numerales 16 y 18, del Código Orgánico Monetario y Financiero, libro I, a la Junta de Política y Regulación Financiera, en este caso no se considera necesario que la Junta expida una norma regulatoria por existir una disposición legal expresa en el artículo 113 del libro II del mismo Código, que dispone la exención de impuestos, tasas y contribuciones a la transferencia a título de fideicomiso mercantil”. (Énfasis añadido)

- 1.6. Por su parte, el criterio jurídico de la DINARDAP, que consta en el memorando No. DINARDAP-DJU-2024-0305-M, de 27 de septiembre de 2024, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica y que fue remitido mediante memorando No. DINARDAP-DINARDAP-2024-0328-M, de 27 de septiembre de 2024, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículo 414.9¹⁵ de la Ley de Compañías¹⁶ (en adelante “LC”), 9 del Reglamento sobre Disolución, Liquidación, Cancelación y Reactivación de Compañías Nacionales y Revocatoria del Permiso de Operación de Sucursales de Compañías Extranjeras¹⁷, 60 de la LOEPS, 17 del Reglamento General de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria¹⁸ (en adelante, “RGLOEPS”) y la regla primera del artículo 18 del Código Civil (en adelante, “CC”) y concluyó:

“3.- Pronunciamiento

En primer lugar, se debe entender que el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica para el cierre de la crisis bancaria de 1999 recae sobre los fideicomisos de las compañías e instituciones financieras reguladas por la Superintendencia de Bancos, Valores y Seguros.

(...)

El artículo 414.9 de la Ley de Compañías, Valores y Seguros, determina:

‘Art. 414.9.- La cancelación registral de la compañía marcará su extinción, como persona jurídica’

El artículo 9 del Reglamento de Disolución, Liquidación, Reactivación de Compañías:

¹⁵ Artículo sustituido por el numeral. 7 de la Disposición Reformatoria Tercera de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 353 de 23 de octubre de 2018 y posteriormente por el artículo 122 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 347 de 10 de diciembre de 2020.

¹⁶ LC, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 269 de 15 de marzo de 2023.

¹⁷ Reglamento publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No.554 de 7 de octubre de 2021; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 454 de 11 de diciembre de 2023.

¹⁸ RGLOEPS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 648 de 27 de febrero 2012; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 de 4 de agosto de 2020.

'Art. 9.- Conclusión del proceso de liquidación. - Terminado el proceso de liquidación, a compañía se cancelará siguiendo el trámite previsto en la Ley de Compañías. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros procurará que el proceso sea rápido y eficiente y no solicitará más documentos que los que sean estrictamente necesarios para su efectivo cumplimiento. '

Es decir, los fideicomisos que están exentos del pago de aranceles por los servicios notariales, tasas registrales, etc., son aquellos que se han constituido por instituciones financieras extintas. Consecuentemente, se debe analizar que para que una compañía se considere extinta, la Ley de Compañías, Valores y Seguros determina que el procedimiento a seguir es inicialmente la disolución, liquidación y posterior cancelación de la persona jurídica.

Ahora bien, la consulta realizada por la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias radica en las cooperativas de ahorro y crédito que son reguladas por la Superintendencia de Economía, Popular y Solidaria y que se encuentran en proceso de liquidación.

El artículo 60 de la Ley Orgánica de Economía, Popular y Solidaria, señala:

*'Art. 60.- Liquidación. - Salvo en los casos de fusión y escisión, **una vez disuelta la cooperativa se procederá a su liquidación**, la cual consiste en la extinción de las obligaciones de la organización y demás actividades relacionadas con el cierre; para cuyo efecto, la cooperativa conservará su personalidad jurídica, añadiéndose a su razón social, las palabras 'en liquidación. '*

El artículo 17 del Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, precisa:

'Art. 17.- Cancelación de registro. - La Superintendencia, una vez que apruebe el informe final del liquidador, dispondrá la cancelación del registro de la organización, declarándola extinguida de pleno derecho y notificando del particular al Ministerio encargado de la inclusión económica y social, para que, igualmente, cancele su registro en esa entidad. '

Es decir, las cooperativas de ahorro y crédito objeto de la consulta son compañías que se encuentran en proceso de liquidación y cuya cancelación aun (sic) no ha sido inscrita en el Registro Mercantil, por ende, aun no se encuentran canceladas legalmente.

La Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de manera clara determina que la disposición aplica para las instituciones financieras extintas, es decir, que hayan culminado su proceso de liquidación, mas no que se encuentran en liquidación, como en efecto ocurre con las cooperativas de ahorro y crédito consultadas.

El artículo 18 del Código Civil, indica:



'Art. 18- (...) 1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento (...)'.

Por lo tanto, en este caso corresponde aplicar lo que la norma determina en su tenor literal mas (sic) no realizar una interpretación extensiva de la misma, y conforme lo indicado la Ley Orgánica de (sic) para el Cierre de la Crisis Bancaria de manera clara indica que la disposición aplica para las instituciones financieras extintas y no para las que aún se encuentran en proceso”.

- 1.7. El criterio jurídico de la JPRF y de la DINARDAP difieren del de la entidad consultante que considera que los artículos 2 y 5 de la LOCCB, que contienen exenciones, son aplicables a los fideicomisos constituidos al amparo del artículo 312 del Libro I del COMF para la liquidación de entidades financieras de la economía popular y solidaria; y que, en el evento de no serlo, podría ser materia de regulación por parte de la JPRF.

A criterio de la JPRF, las disposiciones de la LOCCB están referidas a entidades financieras que fueron parte de la crisis bancaria del año 1999 y para el caso de los fideicomisos que se constituyan en el marco del proceso de liquidación de una institución financiera, en este caso de una cooperativa de ahorro y crédito, le es aplicable la exención del pago de impuestos, tasas y contribuciones, según lo dispone el artículo 113 del libro II del COMF (Libro II) y, en tal virtud, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 14.1, números 16 y 18, del COMF a la JPRF, no se considera necesario que la Junta expida una norma regulatoria por existir una disposición legal expresa en el artículo 113 del libro II del mismo Código.

Por su parte, la DINARDAP señala que la LOCCB se aplica para las instituciones financieras extintas; es decir, que hayan culminado su proceso de liquidación, más no que se encuentran en liquidación, como en efecto ocurre con las cooperativas de ahorro y crédito consultadas. En consecuencia, a criterio de la DINARDAP corresponde aplicar lo que la norma determina en su tenor literal, mas no realizar una interpretación extensiva de la misma, y conforme lo indicado, la LOCCB de manera clara indica que la disposición aplica para las instituciones financieras extintas y no para las que aún se encuentran en proceso y sobre la posibilidad de que la JPRF norme el tema materia de consulta, no emite criterio.

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Ámbito de la LOCCB, naturaleza jurídica de los artículos 2 y 5 de dicho cuerpo legal, y principios tributarios.; *ii)* Tratamiento tributario de la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil y facultades de la JPRF, establecidas en el artículo 14.1 números 16 y 18 del Libro I del COMF.

2.1. **Ámbito de la LOCCB, naturaleza jurídica de los artículos 2 y 5 de dicho cuerpo legal y principios tributarios.-**

Entre los considerandos de la LOCCB se señalan los siguientes:

“Que, debido a una deficiente regulación se entregaron recursos y se otorgaron garantías desde el Banco Central a favor del sector privado, provocando la nefasta crisis financiera del año 1999 (...);

Que, se debe precautelar los intereses del Estado en las transferencias de activos entre el Banco Central del Ecuador y el Sector Público Ecuatoriano, (...);

(...)

Que, a efectos de cerrar definitivamente el nefasto capítulo de la historia nacional que representa la crisis financiera del año 1999, es imperioso transferir irrevocablemente los activos que en la actualidad administra el Banco Central del Ecuador (...)”

En este contexto, el inciso primero del artículo 1 de la LOCCB hace referencia a *“Los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas o por compañías deudoras inactivas, (...) así como aquellos fideicomisos que contengan bienes que fueron entregados en dación en pago al Banco Central del Ecuador se terminarán de pleno derecho”.*

Así, el inciso final de artículo 1 de la LOCCB dispone que *“Las inscripciones y transferencias de dominio que se realicen en virtud del presente artículo estarán exentas del pago de impuestos, aranceles, contribuciones, tasas y en general de tributos que gravan las mismas conforme lo dispone el artículo 5 de esta Ley”.*

De su parte, el artículo 312 del COMF hace referencia a las funciones del liquidador de las instituciones del sistema financiero nacional, así como las instituciones de la economía popular y solidaria, entre las que se incluyen las cooperativas de ahorro y crédito, respecto del proceso de liquidación de las mencionadas instituciones, y dispone, entre otros aspectos, que *“Los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieren ser liquidados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, serán transferidos a un fideicomiso cuyo fiduciario será la Corporación Financiera Nacional B.P. o la Corporación de Finanzas Populares y Solidarias, el primero para la banca privada y pública; y, el segundo para la economía popular y solidaria”.* Añade que la finalidad del mismo es *“(…) con el objeto de enajenar los remanentes y pagar a los acreedores de la entidad en liquidación de acuerdo al orden de prelación establecido en este Código”.* Además, la misma norma prevé que *“el liquidador, en calidad de representante legal de la entidad financiera en liquidación, será el constituyente del fideicomiso mercantil de administración”.*

Dicho lo anterior, es necesario citar los artículos 2 y 5 de la LOCCB que son materia de las consultas que disponen:

“Art. 2.- *Los registradores de la propiedad registrarán sin costo alguno, a petición de la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público o el Ministerio de Agricultura y Ganadería, la transferencia de los bienes inmuebles urbanos o rurales,*

según corresponda; y, de los contratos, derechos y gravámenes que recaigan sobre estos, que consten inscritos a nombre de las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas, los fideicomisos en los que figuren como constituyentes o como beneficiarios, así como los que consten inscritos a nombre del Banco Central del Ecuador en virtud de la Resolución de Junta Bancaria JB-2009-1427, Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999 y sus reformas, y el Decreto Ejecutivo 705 de 25 de junio de 2015. Para el efecto emitirán los certificados correspondientes, máximo en sesenta (60) días a partir de formulada la petición.

De existir sentencias judiciales ejecutoriadas por procesos iniciados antes de la promulgación de esta Ley, la Secretaría Técnica de Gestión, inmobiliaria del Sector Público o el Ministerio de Agricultura y Ganadería perfeccionarán la transferencia de dominio a favor de terceros beneficiarios de la. sentencia judicial.

Los bienes inmuebles, que de conformidad a (sic) la ley sea transferidos a favor de la Secretaria Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público y del Ministerio de agricultura, serán. registrados, a valor catastral al momento de la transferencia, en la contabilidad del Banco Central del Ecuador o su entidad sucesora en derecho, contra una cuenta por cobrar al ente rector de las finanzas públicas.

Las inscripciones que se realicen en virtud del presente artículo y la transferencia de dominio estarán exentas del pago de impuestos, arancelen, contribuciones, tasas y en general tributos que gravan las mismas conforme lo dispone el artículo 5.

Art. 5.- Exención de tributos y otros pagos. - La terminación y liquidación de los contratos de fideicomisos estarán exentas del pago de todo tipo de tributos y del pago de honorarios por concepto de restitución de los inmuebles. También estarán exentas del pago de aranceles y tributos la transferencia de los activos al MAGAP, INMOBILIAR y a otras entidades del Sector Público. Los tributos y expensas causados que se adeuden por los activos a los que se refiere esta Ley, serán calculados sin intereses y serán registrados en el déficit patrimonial a cargo de las instituciones financieras extintas.

El Banco Central del Ecuador, INMOBILIAR y el MAGAP quedarán exentos del pago de los impuestos, tasas, contribuciones, multas y expensas causados que se adeudaren al momento de la transferencia de los activos a los que se refiere esta Ley (énfasis añadido).

Los artículos 2 y 5 de la LOCCB se refieren a la transferencia de bienes y derechos que consten inscritos a nombre de las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas, fideicomisos en los que figuren como constituyentes o como beneficiarios o aquellos que consten inscritos a nombre del Banco Central del Ecuador, así como la terminación y liquidación de los contratos de fideicomisos suscritos en virtud de la crisis bancaria. Asimismo, dichos traspasos estarán exentos del pago de todo tipo de tributos y honorarios por concepto de restitución de los inmuebles y las transferencias de activos al MAGAP e INMOBILIAR. Adicionalmente, se establecen exenciones a dichas transferencias, tanto de impuestos como de tasas.

En tal virtud, es pertinente considerar el principio de reserva de ley que rige en materia tributaria y que está consagrado en el numeral 3 del artículo 132 de la CRE, que prevé que se requiere de ley para crear, modificar o suprimir tributos y que se replica en el artículo 4 del Código Tributario¹⁹ (en adelante "CT").

Según el artículo 1 del CT, sus preceptos "regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos"; y, de conformidad con el inciso final ibidem, los tributos comprenden impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Sobre la interpretación de las normas tributarias, el artículo 13 del CT prescribe que "Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica".

Específicamente sobre la exención, el artículo 31 del CT la define como: "la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social"; y, el artículo 32 ibidem ratifica el principio de reserva de ley en el siguiente tenor: "Sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal".

Es pertinente considerar que los números 5, 6 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁰ (en adelante, "LOGJCC"), que establece los métodos y reglas de interpretación constitucional y ordinaria, mismos que en su orden señalan:

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

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

7. Interpretación literal. - Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal²¹, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación."

De lo manifestado anteriormente se desprende lo siguiente: i) La LOCCB tiene como finalidad y ámbito la crisis bancaria del año 1999 y los fideicomisos que por ella se suscribieron, y no a las instituciones de la economía popular y solidaria que se encuentran en proceso de liquidación, según lo dispone el artículo 312 del libro I del COMF; ii) Los artículos 2 y 5 de la LOCCB se refieren a la transferencia de bienes y derechos que consten inscritos a nombre de las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas, los fideicomisos en los que figuren como constituyentes o como beneficiarios, los

¹⁹ CT, Codificación No. 2005-09, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005; última reforma publicada en el Registro Oficial No. 610 de 29 de julio de 2024.

²⁰ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52 de 22 de octubre 2009; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.554 de 9 de mayo de 2024.

²¹ Idéntica previsión contiene la regla primera del artículo 18 del Código Civil.



que consten inscritos a nombre del Banco Central del Ecuador, así como la terminación y liquidación de los contratos de fideicomisos suscritos con motivo de la crisis bancaria de 1999, estarán exentas del pago de todo tipo de tributos y del pago de honorarios por concepto de restitución de los inmuebles y las transferencias de activos al MAGAP e INMOBILIAR y establecen exenciones a dichas transferencias, tanto de impuestos como de tasas; es decir, son normas tributarias; *iii*) En materia tributaria rige el principio de legalidad; y, *iv*) La exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, y únicamente mediante disposición expresa de ley se pueden establecer exenciones tributarias.

2.2. Tratamiento tributario de la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil y facultades de la JPRF, establecidas en el artículo 14.1 números 16 y 18 del Libro I del COMF.-

La figura del fideicomiso mercantil se encuentra normada en la LMV, incorporada como Libro II del COMF, Título XV “DEL FIDEICOMISO MERCANTIL Y ENCARGO FIDUCIARIO” y en su artículo 109, inciso primero prescribe que “*Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorpóricas, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica*”, y añade la misma norma, que le corresponde a la fiduciaria y, en tal calidad, a su representante legal, cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

De su parte, el artículo 113²² de la LMV, que integra el Libro II del COMF, que es pertinente para el asunto materia de sus consultas, dispone que “*La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato*”. Sobre el régimen tributario de dichas transferencias, el mismo inciso señala que “*(...) está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas*”.

Además, el inciso segundo del artículo 113 en mención determina que la transferencia de dominio de bienes inmuebles, realizada en favor de un fideicomiso mercantil “*(...) está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos*”; y, en lo que atañe a las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea por falla de la condición prevista en el contrato, caso fortuito o fuerza mayor, o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, “*gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas*”. Sin embargo, el mismo inciso prevé que “*Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen*”.

²² Artículo reformado por el Art. 48 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil., publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 249 de 20 de mayo de 2014.

Sobre los bienes muebles, el inciso tercero del artículo 113 de la LMV prescribe que *“La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo”*.

Agrega el inciso cuarto del mismo artículo que *“Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente”*.

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

Entre las atribuciones de la JPRF, el artículo 14²³ del Libro I del COMF, determina que la Junta es competente para: *“Formular las políticas crediticia, financiera, incluyendo la política de seguros, servicios de atención integral de salud prepagada y valores”*. Añade el mismo artículo, que *“Para el cumplimiento de estas funciones, la Junta de Política y Regulación Financiera expedirá las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar las disposiciones legales. La Junta de Política y Regulación Financiera podrá emitir normativa por segmentos, actividades económicas y otros criterios”* (énfasis añadido).

Adicionalmente, el artículo 14.1, en materia de negocios fiduciarios y fideicomisos, establece entre otras funciones de la JPRF: *“16. Regular la constitución, operación y liquidación de fondos y negocios fiduciarios relacionados con el mercado de valores”*; y, *“18. Regular la gestión fiduciaria de las entidades del sector financiero público”*.

De las disposiciones legales analizadas se desprende lo siguiente: i) La fiduciaria y, como tal, su representante legal deben cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato, ya sea a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario; ii) La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita, ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y es el medio idóneo para que el fiduciario pueda cumplir con las finalidades contractuales y, en consecuencia, esta transferencia está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones; iii) La transferencia de dominio de bienes inmuebles a favor de un fideicomiso mercantil está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos; iv) Están gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen; v) La transferencia de bienes muebles a título de fideicomiso mercantil está exenta

²³ Artículo sustituido por el Art. 10 de la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Monetario y Financiero para la Defensa de la Dolarización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 443 de 3 de mayo de 2021.



del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente; vi) A la JPRF le corresponde formular las políticas crediticia, financiera – incluyendo la política de seguros – servicios de atención integral de salud prepagada y valores, para lo cual expedirá las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar las disposiciones legales. También es competente para regular la constitución, operación y liquidación de fondos y negocios fiduciarios relacionados con el mercado de valores y la gestión fiduciaria de las entidades del sector financiero público.

3. Pronunciamiento. -

En virtud del análisis jurídico precedente y en aplicación de los numerales 5, 6 y 7 del artículo 3 de la LOGJCC, se concluye que los artículos 2 y 5 de la LOCCB regulan la transferencia de bienes y derechos inscritos a nombre de las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas, y los fideicomisos en los que dichas entidades figuren como constituyentes o beneficiarios. Asimismo, regulan aquellos bienes inscritos a nombre del Banco Central del Ecuador, así como la terminación y liquidación de los contratos de fideicomiso suscritos a raíz de la crisis bancaria de 1999. En consecuencia, estas disposiciones no son aplicables a los fideicomisos amparados en el artículo 312 del Libro I del COMF, constituidos por cooperativas de ahorro y crédito en proceso de liquidación, los cuales se rigen, en materia tributaria, por el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, incorporada como Libro II del mencionado código.

Sobre su segunda consulta, se concluye que, de conformidad con las facultades que le otorgan el artículo 14.1 números 16 y 18 del Libro I del COMF, la JPRF es competente para regular la constitución, operación y liquidación de fondos y negocios fiduciarios relacionados con el mercado de valores y regular la gestión fiduciaria de las entidades del sector financiero público, para lo cual, según lo previsto en el artículo 14 del Libro I de dicho código, expedirá las normas en las materias propias de su competencia; no obstante, dicha Junta no está habilitada para emitir normas que otorguen exenciones tributarias, ya que estas deben sujetarse al principio de reserva de ley, conforme lo dispuesto en los artículos 4 y 32 del CT.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Econ. Maria Paulina Vela Zambrano
Presidente de la Junta de Política y Regulación Financiera

Mgs. Diana Carolina Velasco Aguilar
Directora Nacional del Registro de Datos Públicos



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 09298

Quito, D.M., 06 NOV 2024

Abogada

Paola Verenice Pabón Caranqui

PREFECTA

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE PICHINCHA

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. OFI-1046-PRF-24, de 27 de septiembre de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 2 de octubre de 2024, se formuló la siguiente consulta:

“¿El Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha puede aplicar lo previsto en el inciso final del artículo 579 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), para el cálculo de las contribuciones especiales de mejoras, por obras de pavimento en el área rural en lo referente a la exoneración de predios cuya área sea menor a una hectárea y en la capacidad de pago de sus propietarios, conforme se encuentra establecido en el Capítulo V de las Contribuciones Especiales de Mejoras para los Gobiernos Municipales y Metropolitanos?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. El informe jurídico No. INF-1-PS-24, de 16 de septiembre de 2024, del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Pichincha (en adelante *GADP Pichincha*), citó los artículos 82, 225, 226, 263, 300 y 301 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante *CRE*); 42, 55, 166, 172, 181, 182, 183, 225, 569, 570, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante *COOTAD*); 1, 7, 8, 15, 16, 17, 19, 20, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 65, 68 del Código Tributario³ (en adelante *CT*); 4, 13, 13.1, 13.1.1, 13.1.2, 13.2, 13.2.1, 13.3, 13.3.1, 13.3.2, 13.3.3, 13.3.4, 13.3.4.1, 13.3.4.2, 13.3.4.3, 17, 18, 19 de la Ordenanza No. 07-GADPP-2013⁴ *Ordenanza para el Cobro de la Contribución Especial de Mejoras* (en adelante, *Ordenanza No. 07-GADPP-2013*), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

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

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

³ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

⁴ Ordenanza No. 07-GADPP-2013, publicado en el Registro Oficial No. 139 de 9 de diciembre de 2013.

Del

**“III.
CRITERIO:**

(...)

Para el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial, la potestad tributaria se atribuye al Legislativo, con aplicación concordante de los artículos 169, 172, 181, 182, 183, 281 y 340 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; potestad que se ejerce a iniciativa exclusiva del Ejecutivo, conforme el artículo 50, letra e), del mismo Código.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en sus artículos 181, 182 y siguientes, establece un marco normativo que faculta a los GAD provinciales a determinar las contribuciones especiales de mejoras por las obras que, dentro del ámbito de sus competencias, ejecuta y aumentan el valor de las propiedades beneficiadas.

*Sin embargo, el artículo 579 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en el Capítulo V de las Contribuciones Especiales de Mejoras, regula la distribución del costo de pavimentación, apertura o ensanche de calles **en áreas urbanas, de competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales Metropolitanos.***

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización otorga a los gobiernos provinciales la facultad de crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras, ya sean generales o específicas, a través de normas provinciales, por los servicios de su competencia y por las obras ejecutadas en su circunscripción territorial.

Asimismo; el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece que, una vez finalizada una obra que incrementa el valor de propiedades particulares, el gobierno provincial, por medio de su departamento correspondiente, debe determinar el nuevo valor de los predios en las zonas de influencia y establecer el monto que los propietarios beneficiados deberán pagar como contribución especial de mejoras y cuya recaudación podrá ser realizada hasta diez anualidades emitiendo los respectivos títulos de crédito.

El Capítulo V del artículo 579 de la Norma UT SUPRA, que regula las contribuciones especiales de mejoras para los gobiernos municipales y metropolitanos, también contempla, en su disposición final, un procedimiento específico para la distribución del costo de pavimentos en áreas rurales. Esta disposición plantea una aparente superposición de normativas, considerando que los municipios y distritos metropolitanos no tienen competencia en la vialidad rural.

*No obstante, el mismo artículo 579 ibídem, que trata sobre las Contribuciones Especiales de Mejoras de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitanos en su inciso final regula también los costos de pavimentación **en el área rural** y establece un procedimiento de solidaridad, basado en la exoneración de predios menores a una hectárea y la capacidad de pago de los propietarios; es importante recalcar que, la vialidad en el ámbito rural es de competencia exclusiva de los gobiernos autónomos*

descentralizados provinciales, acorde con lo previsto en el artículo 263 de la Constitución de la República del Ecuador y del artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). Esta ambigüedad en la norma genera dudas sobre su correcta y adecuada aplicación.

*De lo expuesto, se considera que, para el cobro de la contribución especial de mejoras por pavimentos en el área rural, corresponde aplicar el procedimiento previsto en los artículos 181 y 182 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, esto es que, una vez finalizada la obra, el departamento correspondiente, calcule el avalúo que debe pagar cada propietario conforme el valor que adquirirán los predios ubicados en las diferentes zonas de influencia y la cantidad que deben pagar los particulares beneficiados por concepto de contribución especial de mejoras, lo cual permitirá que se reinviertan estos ingresos propios, que constituyen una fuente de financiamiento para los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y que posibilitan la ejecución de nuevas obras, como de proyectos en toda la provincia, sin que se aplique el inciso final del artículo 579 de la Norma *Ibidem*, referente a la exoneración del pago por obras de pavimento por contribución especial en el área rural para predios menores a una hectárea que consta en el Capítulo V de la Contribución Especial de Mejoras para los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitanos, pese a que estos **no tienen competencia en vialidad en el ámbito rural (...)**" (el énfasis corresponde al texto original)*

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* Pronunciamientos previos sobre la consulta; y, *ii)* Autonomía y Competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales para regular contribuciones especiales de mejoras.

2.1. Pronunciamientos previos sobre la consulta. -

En relación a la distribución del costo de las obras de pavimentación prevista en el artículo 579 del COOTAD, materia de la consulta, y la competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante *GAD*) Municipales para construir vialidad en las cabeceras de las parroquias rurales, fueron analizadas por la Procuraduría General del Estado en Pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 04772, de 17 de noviembre de 2011, y 08663, de 4 de julio de 2012. El primer Pronunciamiento analizó las competencias de los *GAD* Municipales para construir vialidad en las cabeceras parroquiales, y concluyó que:

"(...)

Respecto al ejercicio de las competencias constitucionales en materia de vialidad que motiva su consulta, el artículo 129 del mencionado Código Orgánico establece lo siguiente:

Art. 129.- Ejercicio de la competencia de vialidad. - El ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, se cumplirá de la siguiente manera:

(...)



Al gobierno autónomo descentralizado municipal le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener la vialidad urbana. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales.

(...)

De conformidad con el Art. 20 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, siendo competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, planificar, construir y mantener la vialidad urbana, por disposición del Art. 55 letra c) del mismo Código Orgánico. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales. En aplicación de las indicadas normas, se concluye que Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal es competente para realizar adoquinados en los centros poblados de las cabeceras parroquiales rurales, para lo cual debe coordinar sus acciones con el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial” (énfasis añadido)

Mientras que el segundo Pronunciamiento analizó el hecho generador y el sujeto activo de la contribución especial de mejoras, y la distribución de costos de las obras de pavimentación urbana:

“El Art. 579 del COOTAD, establece la forma en que se debe distribuir el costo de las obras de pavimentación urbana; y, el Art. 581 ibídem, determina que la totalidad del costo de las aceras construidas por las municipalidades será reembolsado mediante esta contribución por los respectivos propietarios de los inmuebles con frente a la vía, según se examinará al atender su tercera consulta.

Del análisis que precede, con respecto a su primera consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 574 del COOTAD, la Municipalidad de Santa Cruz es sujeto activo de la contribución especial de mejoras por las obras públicas ejecutadas en ese cantón. En consecuencia, corresponde a la Municipalidad recaudar dicho tributo, aún cuando las obras hubieren sido ejecutadas por el extinguido Consejo Provincial de Galápagos (actual Consejo de Gobierno), en virtud de que conforme se ha analizado en este pronunciamiento y existe precedente jurisprudencial, según el tenor del artículo 569 del COOTAD, no integra el hecho generador de la contribución especial de mejoras, que las obras hayan sido ejecutadas por el sujeto activo de ese tributo (...)” (énfasis añadido)

En este orden de ideas, el inciso final del artículo 579 del COOTAD, ubicado en el Título IX “DISPOSICIONES ESPECIALES DE LOS GOBIERNOS METROPOLITANOS Y MUNICIPALES”, Capítulo V “DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES Y METROPOLITANOS”, aborda la distribución del costo de los pavimentos rurales a cargo de los Gobiernos Municipales y Metropolitanos, así como la exoneración de predios beneficiados por estas obras; la norma establece que el costo de pavimentos:

“(…) se distribuirá entre todos los predios rurales aplicando un procedimiento de solidaridad basado en la exoneración de predios cuya área sea menor a una hectárea y en la capacidad de pago de sus propietarios” (énfasis añadido).

De los Pronunciamientos y normativa invocada se desprende lo siguiente: i) el artículo 579 del COOTAD establece la forma en que se deben distribuir los costos de las obras de pavimentación urbana bajo la competencia de los GAD Metropolitanos y Municipales; ii) los GAD Municipales son competentes para realizar adoquinados en centros poblados de cabeceras parroquiales rurales *“para lo cual debe coordinar sus acciones con el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial”*; y, iii) el inciso final del artículo 579 del COOTAD permite la exoneración de los predios rurales cuya área sea menor a una hectárea por contribución especial de mejoras a cargo de los GAD Municipales y Metropolitanos.

2.2. Autonomía y Competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales para regular contribuciones especiales de mejoras. -

De acuerdo con los artículos 238, 239 y 240 de la CRE, los GAD gozan de *“autonomía política, administrativa y financiera”*, y se rigen por la ley correspondiente, teniendo *“facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales”*, a excepción de las juntas parroquiales rurales, que tienen únicamente facultades reglamentarias.

De su parte, el artículo 5 del COOTAD determina que la autonomía de los GAD comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno *“para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes”*, agregando en su inciso segundo que la autonomía política se expresa *“en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad”*.

Por su parte, el artículo 6 del COOTAD dispone que ninguna función del Estado o autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los GAD, salvo lo prescrito en la Constitución y las leyes de la República, estando especialmente prohibido a cualquier autoridad o funcionario ajeno.

Así, en relación a las competencias exclusivas de los GAD provinciales, el artículo 263 de la CRE en su numeral 2 señala el: *“Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas”* y en el inciso final de la norma ibídem agrega que los gobiernos provinciales en el *“(…) ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas provinciales”* (énfasis añadido), en concordancia con la letra b) del artículo 42 y cuarto inciso del artículo 129 del COOTAD.

En relación a la contribución especial de mejoras es importante señalar que el artículo 300 de la CRE prevé que el régimen tributario se regirá *“por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria”*.



Sobre la regulación de las contribuciones especiales, el artículo 301 de la CRE establece que “(...) **Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley**” (énfasis añadido)

Con relación a la facultad tributaria de los GAD Provinciales, es parte de las atribuciones del consejo provincial, prevista en el artículo 47 literal b del COOTAD, el “**Regular, mediante ordenanza provincial, la aplicación de tributos previstos en la ley a favor de este nivel de gobierno** (...)” (énfasis añadido)

En este sentido, la facultad tributaria de los GAD provinciales para crear contribuciones especiales de mejoras se encuentra prevista en el artículo 181 del COOTAD, el cual les permite “**crear, modificar o suprimir mediante normas provinciales**” (...) **contribuciones especiales de mejoras generales o específicas (...) por las obras que se ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción territorial**”; en este sentido, el artículo 182⁵ ibídem establece la base del tributo de las contribuciones especiales de mejoras a favor de los gobiernos provinciales (énfasis añadido)

Sobre la exoneración de las contribuciones especiales de mejoras a favor de los GAD Provinciales, el artículo 183 del COOTAD les permite “**desarrollar proyectos de servicios de sus competencias con la participación pecuniaria o aportación de trabajo de las comunidades organizadas, en cuyo caso éstas no pagarán contribución especial de mejoras**” (énfasis añadido)

Finalmente, en relación con la Ordenanza No. 07-GADPP-2013, de conformidad con la garantía de autonomía prevista en el artículo 6 del COOTAD y la prohibición prevista en su literal k), la Procuraduría General del Estado no emite un dictamen o informe sobre la referida ordenanza.

De lo expuesto se observa que: *i*) corresponde a los GAD Provinciales regular mediante ordenanza provincial la aplicación de tributos previstos a su favor en la ley; *ii*) acorde al artículo 181 del COOTAD, los GAD Provinciales pueden crear, modificar o suprimir contribuciones especiales de mejoras por obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción territorial; y, *iii*) el artículo 183 permite la aportación de trabajo comunitario para los proyectos de competencia de los GAD Provinciales; en estos casos las comunidades se exonerarían del pago de contribuciones especiales de mejoras.

⁵ COOTAD, “Art. 182.- Contribuciones especiales de mejoras. - El propietario no responderá por concepto de contribución especial de mejoras, sino hasta el valor de su propiedad, establecido antes de iniciarse la obra.

Las contribuciones especiales de mejoras determinadas en esta sección serán recaudadas por el gobierno autónomo descentralizado provincial hasta en diez anualidades contadas desde la terminación de la respectiva obra, para lo cual se expedirán los títulos correspondientes.

Al concluirse una obra realizada por el gobierno provincial, que aumente el valor de las propiedades de particulares, este gobierno determinará, por medio del departamento respectivo, el valor que adquirirán los predios ubicados en las diferentes zonas de influencia y la cantidad que deben pagar los particulares beneficiados por concepto de contribución especial de mejoras”.

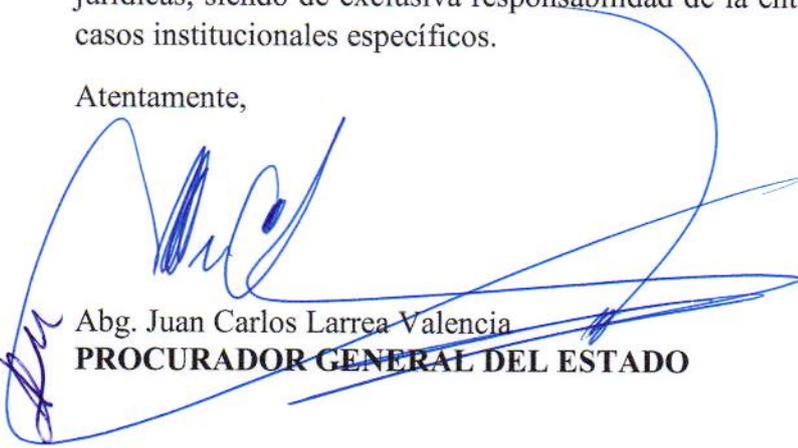
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 47 y 181 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales cuentan con la facultad tributaria para establecer, modificar o suprimir, mediante ordenanzas provinciales, contribuciones especiales de mejoras generales o específicas respecto de las obras ejecutadas dentro de su ámbito de competencias y circunscripción territorial. Para determinar estas contribuciones se deberá observar lo dispuesto en el artículo 182 del mismo código.

En este contexto, el artículo 579 del COOTAD establece la distribución de costos de obras de pavimentación exclusivamente para los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos y Municipales, por lo que esta no es aplicable a los Gobiernos Provinciales en el ejercicio de sus competencias.

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. **09404**

Quito, D.M., **13 NOV 2024**

Magíster
Carlos Julio Rivera Bautista
GERENTE GENERAL
BANCO DE DESARROLLO DEL ECUADOR BP
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. BDE-BDE-2024-0558-OF, de 25 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, se reformuló la consulta inicialmente planteada en oficio No. BDE-BDE-2024-0523-OF, de 9 de septiembre de 2024, ingresado el mismo día, en el siguiente tenor:

“De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero, en el Decreto Ejecutivo No. 867 de 30 de diciembre de 2015, en el artículo 46 de la Codificación del Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., se consulta ¿el Gerente General del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., es la máxima autoridad de esta entidad financiera pública y por tanto competente para suscribir la autorización para sometimiento a arbitraje internacional en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en su calidad de administrador y representante legal?”

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 su requerimiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante “CRE”) y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante “LOPGE”), mediante oficio No. 08638, de 12 de septiembre de 2024, este organismo requirió reformular las consultas. Lo anterior fue atendido con oficio No. BDE-BDE-2024-0558-OF, de 25 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado en la misma fecha.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos para atender la consulta, mediante oficio No. 08798, de 26 de septiembre de 2024, se solicitó el criterio jurídico del

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 568 de 30 de mayo de 2024.

² LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.



Directorio del Banco de Desarrollo, a través de su Presidente, el Ministro de Economía y Finanzas, lo cual fue atendido por la referida Cartera de Estado, con oficio No. MEF-CGAJ-2024-0131-O, de 7 de octubre de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, encargado, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente.

- 1.3. El informe jurídico contenido en Memorando No. BDE-GJU-2024-1195-M, de 19 de septiembre de 2024, suscrito por la Gerente Jurídica del Banco de Desarrollo del Ecuador BP (En adelante (“BDE BP”), citó los artículos 82, 190, 225, 226, 237 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante “CRE”), 47, 53, 55 y 65 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante “COA”), 11 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁵ (en adelante “LOPGE”) 375 numerales 1 y 2, 378 numerales 1, 2, 3 y 4 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero⁶ (en adelante “COMF”), Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁷ (en adelante “COPLAFIP”), 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁸ (en adelante “LAM”), 1, 2, 3, 8 y 9 del Decreto Ejecutivo No. 867⁹, que reorganizó el Banco del Estado y cambió su denominación a Banco de Desarrollo del Ecuador BP, 1, 2, 3, 13, 24, 43, 45, 46 numerales 1, 2, 4, 11, 13 y 17 y 49 numerales 1 y 12 de la Codificación del Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador BP, y con base en dichas normas analizó y concluyó:

“III.- ANÁLISIS

(...)

3.2.- Ahora bien, la génesis para generar esta consulta es el requerimiento de los abogados a la Agencia Francesa de Desarrollo AFD, quienes de manera no oficial señalan ‘(...) Una vez revisado el análisis legal del BDE B.P., lo (sic) abogados locales de la AFD se mantienen en su criterio de que la máxima autoridad del BDE B.P. es el Directorio Institucional, y que, por lo tanto, la autorización debió ser otorgada por dicha instancia.(...)’, desconociendo que las normas constitucionales, legales, regulaciones, controles, y demás normativa entre ellas las internas de esta entidad financiera pública, no prevén ni distinguen la figura de máxima autoridad, como prevé el Código Orgánico Administrativo (Art. 15); y, para el caso que nos ocupa lo previsto en el inciso

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

⁴ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

⁵ LOPGE, Codificación No. 2004-015, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril 2004; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 496 de 9 de febrero de 2024.

⁶ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332 de 12 de septiembre 2014; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 525 de 25 de marzo de 2024.

⁷ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.306 de 22 de octubre 2010; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 488 de 30 de enero de 2024.

⁸ LAM, Codificación No. 2006-014, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto de 2018.

⁹ Decreto expedido el 30 de diciembre de 2015, publicado en Segundo Suplemento del Registro Oficial No.676 de 25 de enero 2016; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 16 de 16 de junio de 2017.

cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación; así en la normativa atinente al Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., el **gobierno** se halla a cargo de la Junta General de Accionistas; en tanto que, la **administración** esta (sic) cargo del Directorio y la Gerencia General (Gerente General), esta última (autoridad) tiene la calidad de representante legal de la entidad, responsable de la ejecución de las políticas y resoluciones que expida el Directorio, de la gestión técnica, operativa, administrativa y financiera de la Institución; designado por el Directorio.

Es decir, con la suficiente facultad legal para haber autorizado de forma expresa el sometimiento a arbitraje internacional, conforme lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y lo señalado en el Oficio No. 07566 de 01 de julio de 2024, por el cual la Procuraduría General del Estado, autorizó al Banco de Desarrollo del Ecuador B.P. pactar el arbitraje internacional y someterse a legislación extranjera, conforme los términos negociados en el Convenio de Financiamiento a suscribirse con la Agencia de Desarrollo.

3.3.- En otro orden, el Código Orgánico Administrativo en relación a los cuerpos colegiados (Ref. Arts. 53, 55), establece que los mismos se sujetan a lo dispuesto a su regulación específica, que para el caso del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., es el Código Orgánico Monetario y Financiero, el Decreto Ejecutivo No. 867 de 30 de diciembre de 2015, el Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., y otros de menor jerarquía; por otra parte, el mismo cuerpo normativo (COA Art. 47), establece que la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública, en nuestro caso entidad financiera pública, la ejerce el responsable - representante legal (Gerente General) para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia (Art. 65 COA), autoridad, que en el caso que nos convoca, autorizó el sometimiento a arbitraje internacional en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

estro caso entidad financiera pública, la ejerce el responsable - representante legal (Gerente General) para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia (Art. 65 COA), autoridad, que en el caso que nos convoca, autorizó el sometimiento a arbitraje internacional en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

3.4.- En el supuesto no consentido, de que hiciera falta capacidad legal del Gerente General, para realizar esta autorización, se debe tomar en cuenta, que el mismo Directorio del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., conforme sus atribuciones y competencias (Art. 375 del COMYF y 43 de la CES-BDE B.P.), aprobó el Programa de Inversiones Multisectorial PIM-AFD, en donde autorizó y delegó al Gerente General, la suscripción de convenios, contratos, actos administrativos, documentos y/o comunicaciones, así como a expedir la normativa necesaria para la implementación y operatividad del Programa (Resolución 2024-DIR-059 de 31 de julio de 2024).



En ese mismo marco, el Directorio Institucional resolvió autorizar la operación de financiamiento a ser contratada con la Agencia Francesa de Desarrollo (AFD), para el financiamiento del 'Programa de Inversiones Multisectorial (PIM-AFD)' por hasta USD 80.000.000,00, misma que contará con la Garantía Soberana de la República del Ecuador, en los términos y condiciones establecidos en el proyecto de Contrato de Facilidad de Crédito previamente negociado; y fundamentalmente, autorizó a la Gerencia General a suscribir el Contrato de Facilidad de Crédito con la AFD, realizar todas las acciones necesarias para la suscripción de convenios, contratos, actos administrativos, documentos y/o comunicaciones, para lo cual podrá, expedir normativa necesaria para su implementación y operatividad de este financiamiento. (Resolución 2024-DIR-060 de 31 de julio de 2024), es decir, en el contrato esta la cláusula de arbitraje internacional al que se someterían los intervinientes, por lo que, inclusive las resoluciones descritas en este numeral convalidan las actuaciones del Gerente General en esta autorización (...)"

- 1.4. El criterio jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas, contenido en el oficio No. MEF-CGAJ-2024-0131-O, de 7 de octubre de 2024, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica Encargado, quien además de las normas referidas por el banco consultante, citó los artículos 1 de la LAM, 362, 365, 366, 368, 371, 373, 377, 379 del COMF, 1, 3, 4, 5, 7, 14, 44, 45, 46, 54 y 56 del COA, 8 y 9 del Decreto Ejecutivo No. 867, 1, 3, 12, 24, 43, 45 y 46 de la Codificación del Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador BP y emitió el siguiente criterio jurídico:

“III. Análisis y pronunciamiento jurídico institucional

(...)

Al respecto, cabe indicar que sobre la base normativa contenida en el acápite II de este informe, y considerando principalmente los artículos 82, 226 de la Constitución de la República del Ecuador, 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero en donde consta que el Gerente General de las entidades financieras públicas, tiene entre otras funciones: **Representar legal, judicial y extrajudicialmente a la entidad; Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del directorio; Dirigir la gestión operativa y administrativa de la entidad;** así como el artículo 47 del Código Orgánico Administrativo que de manera textual dice: **‘Representación legal de las administraciones públicas. La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.’** (El resaltado no consta en el original). El artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 867 de 30 de diciembre de 2015, y el artículo 46 de la Codificación del Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P. que en la parte pertinente indica: 'Funciones. - El o la Gerente General será responsable de la ejecución oportuna de las políticas y resoluciones que expida el Directorio; **de la gestión técnica, operativa,**

administrativa y financiera del banco; y, las demás que le asigne el presente Estatuto Social. Ejercerá las funciones determinadas en el artículo 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero; y, además: 1. Representar, legal, judicial y extrajudicialmente a la entidad; 2. Ejercer la dirección de las operaciones y administración interna en la 18 entidad y ser responsable de la gestión administrativa, técnica y de control; Las demás que establezca el Directorio y las normas legales y reglamentarias correspondientes.'; a criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica, el Gerente General del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P. sería la máxima autoridad de dicha entidad competente para suscribir la autorización institucional para someterse a arbitraje internacional, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en su calidad de administrador y representante legal.

Por tanto, se concluye indicando que, la Coordinación General de Asesoría Jurídica de esta Cartera de Estado, comparte con el criterio jurídico institucional emitido por el Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., frente a la consulta puntual de la referencia que dice: '...la Gerencia Jurídica concluye que el señor Gerente General del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P., observando lo dispuesto en el artículo 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el Decreto Ejecutivo No. 867 de 30 de diciembre de 2015; y, el Estatuto Social de esta entidad financiera pública, en su calidad de máxima autoridad administrativa y como tal su representante legal, es competente para suscribir la autorización expresa para sometimiento a arbitraje internacional en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación'.

- 1.5. El criterio del banco consultante y del Ministerio de Finanzas, coinciden en señalar que la máxima autoridad administrativa de la entidad financiera pública, la ejerce el Gerente General y representante legal y le corresponde a aquel autorizar el sometimiento a arbitraje internacional en los términos señalados en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

2.- Análisis. -

Para el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Arbitraje internacional y sometimiento a legislación extranjera; ii) Máxima autoridad del Banco del Estado del Ecuador BP.

2.1. Arbitraje internacional y sometimiento a legislación extranjera. -

Es necesario considerar que el artículo 82 de la CRE establece 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"*. Así, el artículo 226 ibidem consagra el principio de legalidad en virtud del cual los servidores públicos y las personas que actúen en ejercicio de una potestad



estatal *“ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”*.

El artículo 190 de la CRE reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, los cuales se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Añade el último inciso del mismo artículo que *“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*.

De otra parte, el artículo 237 de la CRE señala que es atribución del Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley, asesorar legalmente y absolver de 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. Asimismo, es facultad de dicha autoridad: *“4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”*.

Sobre el arbitraje, el artículo 11 de la LOPGE dispone lo siguiente:

“Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado” (énfasis añadido).

El artículo 1 de la LAM define al sistema arbitral como *“(…) un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”*.

Sobre el arbitraje internacional, el artículo 41 de la LAM señala los supuestos para que proceda el mismo, mientras que el artículo 42¹⁰ ibidem prevé lo siguiente:

¹⁰ Artículo reformado por Reformado por la Disposición Derogatoria Décima Tercera del Código Orgánico General de Procesos, R.O. 506-S, 22-V-2015; y, por Disposición Derogatoria Segunda de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018.

“El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional” (énfasis añadido).

En este orden de ideas, la Disposición General Quinta del COPLAFIP prescribe que: **“Prevía autorización por el Procurador General del Estado podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras”** (énfasis añadido).

De las normas previamente señaladas, se desprende lo siguiente: *i)* Nuestra legislación reconoce al arbitraje, mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos, los cuales se aplicarán en materias transigibles y con sujeción a la ley; *ii)* son funciones del Procurador General del Estado, el asesoramiento legal y absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, así como el control con sujeción a la ley de los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público; *iii)* para someterse al arbitraje internacional, los organismos y entidades del sector público requerirán autorización de la Procuraduría General del Estado; *iv)* el arbitraje internacional está regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador; y, para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional, se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República, siendo requisito para que proceda, la **autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva**, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes; y, *v)* previa autorización del Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o



controversias relativas a contratos celebrados por el Estado, las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras.

2.1. Máxima autoridad del Banco de Desarrollo del Ecuador BP-

La consulta se orienta a determinar cuál es la máxima autoridad institucional, por lo que, a fin de atender la misma, el análisis jurídico debe efectuarse con relación a las normas que regulan al Banco de Desarrollo del Ecuador BP, tomando en consideración los numerales 5, 6 y 7 del artículo 3 de la LOGJCC que establecen los métodos y reglas de interpretación constitucional y ordinaria, mismos que en su orden señalan:

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

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

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

Según el artículo 6 del COMF, integran el sistema financiero, entre otras, las entidades financieras públicas; y, de conformidad con el artículo 365 ibidem, las entidades del sector financiero público se constituirán como personas jurídicas de derecho público, con autonomía administrativa, financiera y presupuestaria y agrega que **“En el ejercicio de sus actividades y servicios financieros se regirán por las disposiciones de este Código, las que emitan la Junta, los organismos de control, sus respectivos directorios, las aplicables a las instituciones financieras y en lo demás, aplicarán la legislación que rige a las instituciones públicas”** (énfasis añadido). Por otra parte, el artículo 194 del COMF enlista las operaciones que las entidades financieras pueden realizar.

El artículo 368 del COMF determina que el Estatuto Social de las entidades del sector financiero público **“contendrá la estructura institucional general de la entidad y deberá ser conocido y aprobado internamente por su directorio y posteriormente por parte de la Superintendencia de Bancos”**; y, sobre la estructura administrativa de las mismas, el artículo 371 ibidem prevé que **“Los miembros del directorio y el gerente general serán considerados los administradores de la entidad”**. En este contexto, el artículo 373 regula la conformación del Directorio y el artículo 377 los requisitos que debe cumplir el Gerente General.

Ahora bien, es importante referirnos a las principales atribuciones del Directorio y del Gerente General, prescritas en los artículos 375¹¹ y 378 del COMF disponen:

“Art. 375.- Funciones del directorio. - El directorio de las entidades financieras públicas tendrá como funciones las siguientes:

- 1. Dictar las políticas de gestión de la entidad y controlar su ejecución;**
- 2. Conocer y autorizar la contratación de empréstitos u operaciones en el mercado nacional o internacional, por sobre los límites autorizados al gerente general;**
(...)
- 8. Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos presentados en contra de los actos del propio directorio y del Gerente General;**
- 9. Aprobar el estatuto social y sus reformas;**
- 10. Aprobar el estatuto orgánico por procesos de la entidad;**
- 11. Aprobar de forma interna el presupuesto, previo a su envío a la Junta;**
- 12. Aprobar los reglamentos internos;**
- 13. Designar al Gerente General de la entidad;**
(...)
- 18.- Las demás que le asigne la Ley¹².**
(...)

Art. 378.- Funciones del Gerente General. El Gerente General ejercerá las siguientes funciones:

- 1. Representar legal, judicial y extrajudicialmente a la entidad;**
- 2. Acordar, ejecutar y celebrar cualquier acto, hecho, convenio, contrato o negocio jurídico que conduzca al cumplimiento de las finalidades y objetivos de la entidad;**
- 3. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del directorio;**
- 4. Dirigir la gestión operativa y administrativa de la entidad;**
- 5. Preparar el presupuesto, los planes y reglamentos de la entidad y ponerlos a consideración del directorio;**
- 6. Presentar los informes que requiera el directorio;**
- 7. Ejercer la jurisdicción coactiva en representación de la entidad; y,**
- 8. Las demás que le asigne la ley y el estatuto” (énfasis añadido).**

El Decreto Ejecutivo No. 867, de 30 de diciembre de 2015, dispuso la reorganización del Banco del Estado y pasó a denominarse "Banco de Desarrollo del Ecuador BP", cuyo objeto está definido en el artículo 3 ibidem y sobre su gobierno y administración, el artículo 8 dispone que "El gobierno del Banco de Desarrollo del Ecuador B.R estará a cargo de la Junta General de Accionistas, en tanto que la administración se ejercerá a través del Directorio y la Gerencia General". Así, el artículo 9 del mismo decreto señala la conformación de la Junta General de Accionistas, del Directorio y que: "El Gerente General del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, será designado por el

¹¹ Artículo reformado por la letra c) del numeral 8 de la Disposición Reformativa Segunda de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 986 de 18 de abril de 2017.

¹² Numeral agregado por la letra b) del numeral 8 de la Disposición Reformativa Segunda de la Ley Orgánica para la Reestructuración de las Deudas de la Banca Pública, Banca Cerrada y Gestión del Sistema Financiero Nacional y Régimen de Valores, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 986 de 18 de abril de 2017.



Directorio de la entidad, será responsable de la ejecución oportuna de las políticas y resoluciones que expida el directorio; (...) ejercerá su representación legal". El mismo artículo dispone además que **"La organización y estructura administrativa del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, será establecida por el Directorio en el Estatuto Social y en el Estatuto Orgánico por Procesos y se estructurará cumpliendo la normativa vigente"** (énfasis añadido).

Sobre el Gobierno y Administración, el artículo 12 del Estatuto Social del BDE BP dispone que **"El gobierno del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, estará a cargo de la Junta General de Accionistas; en tanto que la administración se ejercerá a través del Directorio y la Gerencia General"** y los enumera en el siguiente orden: **"a) Junta General de Accionistas; b) Directorio; y, c) Gerencia General"**.

El inciso primero del artículo 23 del Estatuto Social del BDE BP, que trata de la conformación del Directorio, expresamente dispone que: **"El Directorio del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, es el órgano superior de administración institucional"**.

El artículo 41 del referido Estatuto, determina varias atribuciones del Directorio referidas a la dirección institucional y adicionalmente destacan las siguientes:

"(...) 3. Designar al Gerente General; y, al Subgerente General;

4. Supervisar las actuaciones del o la Gerente General y adoptar resoluciones sobre los informes que éste deberá presentar acerca de la marcha de la entidad;

(...) 12. Conocer los convenios suscritos con organismos nacionales e internacionales;

(...) 18. Las demás que le establezca la legislación correspondiente".

De su parte, sobre las funciones del Gerente General, el artículo 44 del Estatuto Social del BDE BP señala que:

"El o la Gerente General será responsable de la ejecución oportuna de las políticas y resoluciones que expida el Directorio o; de la gestión técnica, operativa, administrativa y financiera del banco; y, las demás que le asigne el presente Estatuto social. Ejercerá las funciones determinadas en el artículo 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero; y, además:

"1. Representar legal, judicial y extrajudicialmente a la entidad; podrá delegar sus atribuciones según lo dispuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero;

(...) 4. Cumplir y hacer cumplir la legislación y normativa, así como las resoluciones de la Junta General de Accionistas y del Directorio;

(...) 6. **Proponer al Directorio, para su aprobación, el presupuesto anual y los planes estratégico, de crédito y operativo anual; y, supervisar su ejecución;**

(...)10. **Proponer al Directorio proyectos de reformas al Decreto Ejecutivo de reorganización que regula su funcionamiento, y/o a su Estatuto Social, para el trámite posterior correspondiente;**

11. Suscribir los contratos y convenios previstos en el Código Orgánico Monetario y Financiero;

(...) 18. **Las demás que establezca el Directorio y las normas legales y reglamentarias correspondientes.** (Énfasis añadido)

Adicionalmente, la letra a del numeral 6.2 – referido al Directorio – del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos¹³ del BDE BP (en adelante “Estatuto Orgánico”) señala que la misión de dicho cuerpo colegiado es “Ejercer la administración superior del Banco de Desarrollo del Ecuador BP, generando las disposiciones y directrices para su adecuado funcionamiento”; y, la letra b) establece sus atribuciones y responsabilidades que guardan armonía con las del artículo 42 del Estatuto Social del BDE BP.

De otra parte, el numeral 6.12¹⁴ se refiere a la Gerencia General y en la letra a) determina la misión de la Gerencia General, en el siguiente tenor “Planificar, dirigir y evaluar las actividades del negocio y la administración interna del Banco, contribuyendo al cumplimiento de los objetivos institucionales”; y, la letra b) se refiere a las atribuciones y responsabilidades del Gerente General, que tienen consonancia con las del artículo 44 del Estatuto Social del BDE BP, antes transcritas. Así, en la letra b) antes mencionada se destaca la atribución “8. Suscribir contratos o convenios relativos a la operación y administración del Banco”.

De la normativa previamente citada se desprende lo siguiente: i) las entidades del sector financiero público se regirán por las disposiciones del COMF; las que emitan la Junta; los organismos de control; sus respectivos directorios; las aplicables a las instituciones financieras; y, en lo demás, aplicarán la legislación que rige a las instituciones públicas; ii) de conformidad con el COMF, el Directorio y el Gerente General son administradores de dichas entidades. Le corresponde al Directorio, entre otras competencias, aprobar el Estatuto Social y el Estatuto Orgánico por Procesos de la entidad, así como designar al Gerente General de la entidad; iii) entre las funciones del Gerente General, establecidas en el COMF, se destacan el representar legal, judicial y extrajudicialmente a la entidad; cumplir y hacer cumplir las resoluciones del directorio; suscribir los contratos y convenios previstos en el Código Orgánico Monetario y

¹³ Estatuto Orgánico, expedido mediante Resolución No. 2013-DIR-053; última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 296 de 24 de abril de 2023.

¹⁴ Reenumerado por la letra f) del Art. 3 de la Res. 2021-DIR-054, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.544 de 23 de septiembre de 2021.



Financiero; y, presentar informes a dicho organismo; y, iv) el artículo 12 del Estatuto Social del BDE BP dispone que “El gobierno del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, el Directorio del Banco de Desarrollo del Ecuador B.P, es el órgano superior de administración institucional”.

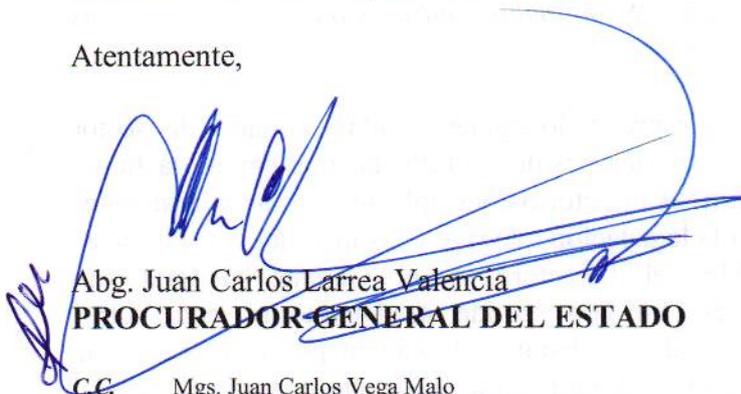
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta planteada y con base en el análisis jurídico precedente, se concluye que el Gerente General del Banco de Desarrollo del Ecuador BP, como representante legal de esta entidad financiera pública, tiene la competencia para suscribir o autorizar la suscripción de contratos que incluyan el sometimiento a arbitraje internacional, conforme lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta facultad se fundamenta en las atribuciones establecidas en el artículo 378 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el artículo 44 del Estatuto Social del Banco de Desarrollo del Ecuador BP, y el numeral 6.12. letra b) número 8 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del BDE BP.

Finalmente, se deberá tener en consideración que, si la autorización para sometimiento a arbitraje internacional está vinculada a una operación que supere los límites autorizados al Gerente General, se requerirá autorización del Directorio, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 375 del COMF.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

CC. Mgs. Juan Carlos Vega Malo
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DEL BANCO DE DESARROLLO DEL ECUADOR BP

Dra. Ana María Larrea Argudo
DIRECTORA NACIONAL DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE

Abg. Juan Pablo Neira Medina
DIRECTOR NACIONAL DE CONTROL DE LEGALIDAD DE CONTRATOS



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

Oficio No. 09485

Quito, D.M., 21 de noviembre de 2024

Magíster

Diego Fernando Guerrero Guevara

GERENTE GENERAL SUBROGANTE

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR

E.P. PETROECUADOR

Quito.

De mi consideración:

Mediante oficio No. PETRO-PGG-2024-0998-O, de 25 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 28 de los mismos mes y año, se reformularon las consultas inicialmente efectuadas con oficio No. PETRO-PGG-2024-0881-O, de 17 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 18 de septiembre de 2024, en el siguiente tenor:

“1) ¿En cumplimiento de las políticas de: Comercialización Internacional de Hidrocarburos; de antisoborno; de prevención y control de lavados de activos; del documento relacionado: Operaciones de Comercio Internacional, que mantiene la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, amparados en lo determinado en el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo; y, en ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1221 y la disposición emitida por su Directorio al Gerente General a través de la Resolución No. DIR-EPP-002-2010, podrá requerir a las personas naturales y/o compañías que participan en los procesos de contratación de actividades relacionadas con el comercio internacional de hidrocarburos del Ecuador, una Declaración Juramentada que manifieste que éstas personas y/o empresas, así como sus representantes legales, mandatarios, directores, gerentes con representación y/o apoderados entre otros, no tengan sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta para realizar tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, o delitos similares ejecutados en el exterior, así como tampoco hayan aceptado su culpabilidad por medio de la suscripción de acuerdos tales como enjuiciamiento diferido o similares?”

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 su requerimiento, este organismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante “CRE”), y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante “LOPGE”), mediante oficio No. 08723, de 20 de septiembre de 2024, e insistencia contenida en oficio No. 08972, de 9 de octubre de 2024, requirió reformular su consulta, lo cual fue atendido con oficio al que se hizo referencia al inicio del presente.
- 1.2. Al oficio de la consulta reformulada, se acompañó el informe jurídico del Procurador de la Empresa Pública de Hidrocarburos E.P. PETROECUADOR (en adelante “EP PETROECUADOR”), contenido en el memorando No. PETRO-AJU-2024-2934-M, de 25 de octubre de 2024, en el que citó en lo principal como fundamentos jurídicos los artículos 82, 84, 226, 227, y 425 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante “CRE”); 128, 130 y 131 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante “COA”); 270 del Código Integral Penal⁵ (en adelante “COIP”); 3 y 7 del Decreto Ejecutivo No. 1221⁶ (en adelante “Decreto 1221”); y, 2, 3 letra d), 4, 37, 39 y 45 del documento denominado “Operaciones de Comercio Internacional”⁷.

“3. ANÁLISIS JURÍDICO:

3.1. (...) El principio de eficacia, desde un ámbito dogmático, constituye un principio material de actuación que obliga a considerar los principios de organización como criterios instrumentales para la satisfacción de los intereses generales. En consecuencia, a través de este principio se promueve la indispensable diligencia que debe auspiciar la gestión de los intereses generales y el respeto que merecen los derechos constitucionales de los administrados. (...)

(...) Con esta puntualización se advierte que la comercialización externa de hidrocarburos, el transporte marítimo e inspección independiente, servicios especializados de información del mercado petrolero y el servicio de calificación de riesgos, que demanda el objeto social de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, son actividades exentas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; por lo que, en ejercicio de la capacidad normativa reconocida en el Decreto Ejecutivo de su creación y la disposición del Directorio de la empresa pública en mención, contenida en la Resolución No. DIR-EPP-002-2010 de 06 de abril de 2010, se expide el documento ‘Operaciones de Comercio Internacional’, cuyo objetivo es establecer los principios y normas que regulan las actividades citadas.

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

² LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

³ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 568 de 30 de mayo de 2024.

⁴ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial 525 de 25 de marzo de 2024.

⁵ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.180 de 10 de febrero 2014; última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 646 de 18 de septiembre de 2024.

⁶ Decreto 1221, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No.371 de 15 de enero de 2021.

⁷ <https://epetroecuadorenlinea.epetroecuador.ec/eppec-extranet-ang/comercioInternacional>.



(...) 3.2. El documento 'Operaciones de Comercio Internacional', en calidad de 'acto Normativo' en cumplimiento del artículo 131 del Código Orgánico Administrativo, mantiene concordancia con la jerarquía normativa dispuesta en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador; y, en tal sentido, no restringe los derechos y garantías constitucionales; por lo que, específicamente en el artículo 38, literal e) de la norma en mención, se determina como una inhabilidad especial para contratar con esta empresa pública el mantener una sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada. No obstante, en consideración de la naturaleza extraterritorial que implica la operación para la compraventa de hidrocarburos, y la dinámica que demanda este mercado, es indispensable generar herramientas que aporten al cumplimiento del objeto social y a las políticas empresariales, en beneficio del interés general de la sociedad ecuatoriana.

(...) Complementariamente, la empresa cuenta con una 'Política de prevención y control de lavado de activos', cuyo objetivo principal es '(...) articular la cooperación interinstitucional para el desarrollo y la colaboración en materia de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y financiamiento de delitos (...)'; cuyo eje fundamental es prevenir, monitorear y reportar actividades inusuales, injustificadas o sospechosas de la gestión en la que se desenvuelven los clientes, proveedores, empleados y el mercado. A su vez, este instrumento se articula con la 'Política Antisoborno', que establece principios que permitan fortalecer el compromiso de ejecutar sus actividades empresariales internas y externas de forma transparente, ética y responsable, (...)

En este orden de ideas, es necesario explicar que si bien el documento 'Operaciones de Comercio Internacional' determina la existencia de un 'Registro de proveedores' donde se califican empresas internacionales para participar en concursos de compraventa de hidrocarburos y transporte marítimo, tras demostrar solvencia legal, económica, operacional y técnica; se toma conocimiento por medios de comunicación que existen compañías calificadas que se encuentran inmersas en actos de corrupción en jurisdicciones extranjeras, lo cual afecta no solo la seguridad en la operación de compraventa de hidrocarburos, sino la imagen y credibilidad de esta empresa pública. (...)

3.3. Con los elementos expuestos, se cita la definición de 'declaración juramentada o Jurada', como una "manifestación personal, verbal o escrita, donde se asegura la veracidad de lo declarado bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales. Se presume como cierto lo que se declara mientras no se acredite lo contrario". Por lo tanto, la declaración juramentada configura una herramienta para la verificación de una verdad que se vincula a diferentes ámbitos y que genera una garantía sobre hechos que no pueden comprobarse de otra manera o de los cuales no existe evidencia y que en caso de comprobarse su falta, somete al declarante a las sanciones respectivas.

3.4. La declaración juramentada en calidad de instrumento que facilita justificar un hecho o un derecho, se encuentra investido por la presunción 'iuris tantum', por lo que, al admitir prueba en contrario genera en el ámbito penal la configuración del delito de perjurio, siempre que se evidencie su falsedad, es decir, se compruebe el quebrantamiento del juramento o



incumplimiento de una promesa rendida, que a su turno puede referirse o no a una declaración previa o posterior.

En este orden de ideas, se observa que el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal tipifica el delito de perjurio y establece una pena privativa de libertad de tres a cinco años, especificándose dentro del mismo artículo que se incurre en este tipo penal, cuando 'a sabiendas se ha faltado a la verdad en declaraciones patrimoniales juramentadas o juradas hechas ante Notario Público'.

(...)

Con esta precisión, cabe indicar que la valoración previa que se hace al oferente respecto a sus capacidades para cumplir con el objeto de contratación, incluye la declaración juramentada de una actuación ética durante el desarrollo del concurso y la ejecución contractual, entendiéndose que, de constar dentro de este instrumento la aseveración de no tener sentencias condenatorias por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, o delitos similares ejecutados en el exterior, así como tampoco haber aceptado su culpabilidad por medio de la suscripción de acuerdos tales como enjuiciamiento diferido o similares, se configura un requisito que habilita al adjudicatario y posterior Contratista al desarrollo contractual.

En este orden de ideas, se señala que el documento 'Operaciones de Comercio Internacional' en sus artículos 4 y 14, establecen la posibilidad de requerir a los oferentes la presentación de una declaración juramentada bajo las condiciones previstas en el párrafo precedente, señalándose que, de comprobarse el delito de perjurio dentro de la fase precontractual, cabe generar la descalificación del oferente; mientras que, al tratarse de la fase contractual, de acuerdo con el artículo 45, letra g) de la norma en mención, es posible señalar dentro de las estipulaciones contractuales las causales de terminación unilateral que estime adecuadas con la naturaleza contractual, siendo esta vía, la idónea para dotar de efecto resolutorio del contrato a la verificación del cometimiento del delito de perjurio por parte del Contratista, toda vez que se ha faltado a la verdad sobre la calidad prometida por el adjudicatario.

(...) De esta forma, a través de la normativa interna para la comercialización internacional de hidrocarburos, esta empresa pública posibilita cumplir con la 'Política de Comercialización Internacional de Hidrocarburos', así como los objetivos de la 'Política de prevención y control de lavado de activos' y 'Política Antisoborno', sin contravenir los derechos y garantías reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador.

4. CRITERIO JURÍDICO:

(...)

Amparados en lo determinado en el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, en ejercicio a la facultad que le reconoce el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1221, la disposición emitida por su Directorio al Gerente General a través de la Resolución No. DIR-EPP-002-2010



y en cumplimiento a las disposiciones del documento 'Operaciones de Comercio Internacional', específicamente los artículos 4 y 14, es posible establecer dentro de los términos de referencia/bases de los concursos de compraventa de hidrocarburos que lleve a cabo esta empresa pública, la presentación por parte de la empresa extranjera adjudicataria, de una declaración juramentada en los términos expuestos en la presente consulta, con la finalidad de precautelar una operación internacional segura, sin que ello implique una inobservancia al artículo 131 del Código Orgánico Administrativo.

En este sentido, el instrumento "declaración juramentada" al comportar una presunción 'iuris tantum', admite prueba en contrario, por lo que, de llegarse a comprobar la falsedad en lo declarado, permite a esta empresa pública implementar los procesos correspondientes para su sanción."

2.- Análisis. –

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Normas que regulan la contratación de actividades de comercio internacional de hidrocarburos y ii) Normativa sobre prevención de corrupción y lucha contra delincuencia organizada.

2.1. Normas que regulan la contratación de actividades de comercio internacional de hidrocarburos. -

El artículo 82 de la CRE establece el derecho a la seguridad jurídica que "*fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*". El artículo 226 ibidem consagra el principio de legalidad, según el 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*".

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

Sobre las competencias implícitas el artículo 67 del COA prescribe que "*El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones*"; y, el artículo 128 define al acto normativo de carácter administrativo como "*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa*".



Además, el COA, en el artículo 131, establece las prohibiciones de la competencia normativa de las administraciones públicas.

De otra parte, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 1221 dispuso la fusión por absorción de la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, Petroamazonas E.P. a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR; y, el artículo 2 ibidem señala la autonomía de EP PETROECUADOR “*es una persona de derecho público con personalidad jurídica. patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica. administrativa y de gestión*”; autonomía establecida en similares términos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸ (en adelante “*LOEP*”).

Del tenor del artículo 3 del Decreto 1221, el objeto de la EP PETROECUADOR es “*la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables, para su aprovechamiento sustentable. conforme a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Hidrocarburos, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera (...)*”.

En este orden de ideas, el inciso primero del artículo 3⁹ de la Ley de Hidrocarburos¹⁰ (en adelante “*LH*”), al referirse a la actividad hidrocarburífera, que entre otras actividades comprende el transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación, industrialización, almacenamiento y **comercialización**, dispone que estará a cargo de empresas públicas, o por delegación por empresas nacionales o extranjeras de reconocida competencia en esas actividades, legalmente establecidas en el país (énfasis añadido).

En este contexto, sobre los sistemas de contratación de la EP PETROECUADOR, el artículo 7 del Decreto 1221 dispone que “*se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las diversas fases de la actividad hidrocarburífera que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia*”. Añade la misma norma que “*Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador. EP PETROECUADOR, facultándose a su directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes*” (énfasis añadido).

⁸ 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.

⁹ Artículo sustituido por el Art. 46 de la Ley 2000-4, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000; reformado por el Art. 7 de la Ley 2000-10, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 31 de marzo de 2000; por la Disposición Final Segunda, num. 1.4.1, de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009 y por los Arts. 2, 19, 20 del Decreto Ley s/n, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010 y reformado por la Disposición Derogatoria Séptima del Código Orgánico del Ambiente publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.

¹⁰ LH, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre 1978; última reforma publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 160 de 11 de enero de 2023.



En ejercicio de sus atribuciones, la EP PETROECUADOR ha expedido varios documentos para regular los procesos de contratación que le competen y entre ellos con relación al tema de consulta, el documento “Operaciones de Comercio Internacional”, cuyo propósito y alcance, de conformidad con el artículo 1, es “ Establecer los principios y normas que regulan los procedimientos para la Comercialización Internacional de Hidrocarburos de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR”, la cual engloba las actividades que señala la misma norma y que son la compra-venta de hidrocarburos, transporte marítimo, inspección independiente, servicios especializados de información del mercado petrolero y servicios de calificación de riesgos.

Por su parte, el artículo 2 del documento “Operaciones de Comercio Internacional”, determina las políticas para las antedichas actividades y el artículo 3 señala las funciones de la Gerencia de Comercio Internacional en este ámbito.

El artículo 4 del mismo documento, define que las condiciones específicas de contratación “Son los términos de referencia o bases que contienen información particular e independiente de cada concurso y su publicación se realiza coincidiendo con la celebración de los mismos”. Las condiciones generales de contratación son los términos de referencia o bases para la participación y la adjudicación de los concursos “que aplican a las operaciones de compra venta de hidrocarburos o a la contratación de transporte marítimo y que respaldan las transacciones comerciales dotándolas del apoyo legal requerido, conocidas en el mercado internacional como General Terms and Conditions (GTC’S)”; y, según la misma norma, los términos de referencia constituyen las “Condiciones Generales y Específicas de Contratación que regulan las contrataciones de compra venta de hidrocarburos o contrataciones de transporte marítimo”.

Las condiciones antes señaladas son normadas por EP PETROECUADOR, de conformidad con su capacidad regulatoria en materia de contratación hidrocarburífera, conforme ha quedado previamente señalado y constan en el artículo 14 del mismo documento “Operaciones de Comercio Internacional”, así como las inhabilidades generales para contratar y el registro de incumplimientos que se señalan en los artículos 37 y 39 del antedicho documento.

De lo manifestado, se desprende que: *i)* el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre los recursos energéticos, minerales e hidrocarburos, y se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos; *ii)* un acto normativo de carácter administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa; y, el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones; *iii)* EP PETROECUADOR es una persona de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, cuyo objeto es la gestión del sector



estratégico de los recursos naturales no renovables, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera; iv) la actividad hidrocarburífera comprende, entre otras actividades, el transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización. El comercio internacional de hidrocarburos abarca la compra-venta de hidrocarburos, transporte marítimo, inspección independiente, servicios especializados de información del mercado petrolero y servicios de calificación de riesgos; v) la contratación de las diversas fases de la actividad hidrocarburífera se rige por la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia y por la normativa que expida la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR; y, vi) para el comercio internacional de hidrocarburos, dicha empresa ha expedido el documento “Operaciones de Comercio Internacional”, que contiene los principios y normas que regulan los procedimientos para la Comercialización Internacional de Hidrocarburos, lo que incluye los términos de referencia, condiciones generales, condiciones específicas, así como las inhabilidades generales para contratar y registro de incumplimientos, entre otros aspectos.

2.2. Normativa sobre prevención de corrupción y lucha contra delincuencia organizada. -

De otra parte, el artículo 233¹¹ de la CRE señala que “ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”. Añade la misma norma constitucional en su último inciso que:

“las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución”.

En armonía con la norma constitucional, el COIP tipifica los referidos delitos y determina las penas para los mismos.

Así, es pertinente considerar que el inciso primero del artículo 425 de la CRE establece el orden jerárquico de aplicación de las normas en el siguiente orden: “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”.

¹¹ Artículo sustituido por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuada el 4 de febrero de 2018, cuyos resultados constan publicados en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 2018.



Adicionalmente, cabe tener presente que el Ecuador es suscriptor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹² (en adelante “UNCAC”, por sus siglas en inglés), cuya finalidad está establecida en su artículo 1 y, en particular, la letra a) señala **“Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”**. En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 3 ibidem prescribe en sus numerales 1 y 2 que se aplica **“a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”**, y que **“a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”** (énfasis añadido).

En este orden de ideas, el numeral 1 del artículo 5 de la UNCAC, con relación a las **“Políticas y Prácticas de Prevención de la Corrupción”**, prescribe que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, **“formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia(...)”** y según lo previsto en el numeral 2 del mismo artículo **“Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción”**. (Énfasis añadido)

La UNCAC se refiere a los delitos de peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo de capitales, entre otros, y, como consecuencia de los actos de corrupción, en su artículo 34 dispone que **“(...) cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción”**, para lo cual **“(...) podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”**.

En esta línea de ideas, la lucha contra la delincuencia organizada y el crimen transfronterizo es una preocupación de los gobiernos; por lo cual, el Ecuador suscribió la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”¹³ (en adelante “UNTOC” por sus siglas en inglés) la cual señala como su finalidad en el artículo 1 **“promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”**, y, en torno a la prevención, el numeral 1 de su artículo 31 prescribe que **“Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”** (énfasis añadido).

¹² UNCAC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166, 15 de diciembre 2005

¹³ UNTOC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005.



Por otra parte, mediante Decreto Ejecutivo No. 249¹⁴ (en adelante “Decreto 249”), se declaró a la integridad pública como Política Nacional, orientada al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y metas de la Agenda 2030 y, según el segundo inciso del artículo 2 del referido decreto, se establece que *“la integridad pública es la alineación consistente y la adhesión a valores, principios y normas éticos compartidos para mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público (...) es una condición necesaria para prevenir y enfrentar el fenómeno de la corrupción y es decisiva para asegurar la credibilidad en la institucionalidad pública”*.

De las normas señaladas, se desprende lo siguiente: *i)* ningún servidor está exento de responsabilidades por los actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones. Adicionalmente, están impedidos de contratar con el Estado las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; *ii)* el orden jerárquico de aplicación de las normas está determinado por: 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; *iii)* el Ecuador es suscriptor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que prescribe que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y procurarán establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción; *iv)* el Ecuador es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que prevé que los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional; y, *v)* La integridad pública es una condición necesaria para prevenir y enfrentar el fenómeno de la corrupción, y es decisiva para asegurar la credibilidad en la institucionalidad pública.

3. Pronunciamiento.

Del análisis jurídico precedente se concluye que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, en virtud de la facultad otorgada por el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 1221 para emitir normativa regulatoria en la contratación de las fases de la actividad hidrocarburífera, entre las que se incluye el comercio internacional de hidrocarburos, puede, de considerarlo pertinente, incluir el requerimiento de una declaración juramentada en los términos señalados en su consulta.

¹⁴ Decreto 249 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.554 de 9 de mayo de 2024.



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

EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR E.P. PETROECUADOR
0006416-2024
Página. 11

Esta disposición se sustenta en el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo y en las políticas y normativas que constan en el documento “Operaciones de Comercio Internacional”, dicha declaración juramentada estaría respaldada en las disposiciones de los artículos 5 numerales 1 y 2 y 34 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) y el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), en concordancia con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 249, que declara la integridad pública como Política Nacional.

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

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
RODRIGO IVÁN
CONSTANTINE
SAMBRANO

Rodrigo Iván Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

Oficio No. 09489

Quito, DM, 21 de noviembre de 2024

Magíster

Pablo Ramiro Iglesias Paladines

SUPERINTENDENTE DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, USO Y GESTIÓN DEL SUELO (SOT)

SUPERINTENDENCIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, USO Y GESTION DEL SUELO (SOT)

Quito.

De mi consideración:

Mediante oficio No. SOT-DS-0100-2024-O, de 18 de septiembre de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se reformularon las consultas inicialmente planteadas, en oficio No. SOT-DS-0092-2024-O, de 15 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día, en los siguientes términos:

“De acuerdo a lo previsto en el artículo 104 de la LOOTUGS que remite el procedimiento para ejecución coactiva al Código Tributario, es procedente aplicar la figura de dación en pago con bonos del Estado, de conformidad al artículo 43 de Código Tributario?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Mediante oficio No. 08244, de 16 de agosto de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Superintendente de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo (en adelante, “SOT”), reformular los términos de las consultas contenidas en oficio No. SOT-DS-0092-2024-O, de 15 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día. Con oficio No. 08442, de 29 de agosto de 2024, se insistió en la reformulación, lo cual fue atendido con oficio No. SOT-DS-0100-2024-O, de 18 de septiembre de 2024, al que se hizo referencia al inicio del presente.

- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios No. 08718, No. 08719 y No. 08720, de 20 de septiembre de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”), Banco Central del Ecuador (en adelante, “BCE”), y Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, “AME”), respectivamente, que remitan su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios No. 09081 y No. 09082, de 17 de octubre de 2024, este organismo insistió en dichos requerimientos al BCE y a la AME, respectivamente.
- 1.3. Los requerimientos de este organismo fueron atendidos, en su orden: a) por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, encargado, del MEF mediante oficio No. MEF-CGAJ-2024-0128-O, de 25 de septiembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente; b) por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante, de la AME con oficio No. AME-DNAJ-2024-0043-O, de 18 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el mismo día; y, c) por el Gerente General, Subrogante, del BCE mediante oficio No. BCE-BCE-2024-0192-OF de 08 de noviembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 11 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el informe Jurídico No. BCE-GJ-036-2024, de 30 de octubre de 2024, y el informe sobre Daciones de Pago No. BCE-SDCV-2024-025, de 28 de octubre de 2024.
- 1.4. Al oficio de consulta se adjuntó el informe jurídico No. CGAJ-2024-007-IVJ, de 17 de septiembre de 2024, remitido con memorando No. SOT-CGAJ-0266-2024-M, de 17 de septiembre de 2024, elaborado por el Director de Patrocinio Judicial y aprobado por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo (en adelante, “SOT”), quien citó los artículos 82, 213 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 95, 96, 102, 104, 105 y 109 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo² (en adelante, “LOOTUGS”); 43 del Código Tributario³ (en adelante, “CT”); 288 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante, “COA”), 131 y 142 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁵ (en adelante, “COPLAFIP”); y, letra a) del

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

² LOOTUGS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 790, de 05 de julio de 2016.

³ CT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

⁴ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

⁵ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 14 de octubre de 2010.

numeral 1.3.1.3. del Estatuto Orgánico de la SOT⁶ (en adelante “EOSOT”), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“4. CONCLUSIONES.

La LOOTUGS, determina que la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo tiene la competencia para sancionar el cometimiento de infracciones al ordenamiento territorial por todos los niveles de gobierno, y del uso y gestión del suelo, hábitat, asentamientos humanos y desarrollo urbano, por los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales y metropolitanos.

La LOOTUGS prevé un rango de sanciones económicas dependiendo del tipo de infracción, entre leve, grave y muy grave. Así mismo, dicha norma en su artículo 104 otorga potestad coactiva a esta entidad, con la finalidad de ejercer el cumplimiento de las sanciones económicas.

En el referido artículo 104 de la LOOTUGS, se establece que el procedimiento de ejecución coactiva observará las normas del Código Tributario y supletoriamente las normas procesales pertinentes; existiendo así una norma de remisión al Código Tributario.

El Código Tributario, en su artículo 43, en cuanto a cómo debe hacerse el pago y extinguir determinada obligación, permite la posibilidad de la dación en pago de títulos valor, entre los cuales constan los bonos del Estado.

El Código Orgánico Administrativo, en su artículo 288, en cuanto a la posibilidad de bonos como forma de pago de obligaciones dentro del procesos (sic) de ejecución coactiva, señala que en un procedimiento de ejecución coactiva, en fase de apremio, si la aprensión consiste en títulos, bonos y en general valores, siempre y cuando el ordenamiento jurídico permita, se podrá cancelar obligaciones con ellos.

4.1. POSICIÓN INSTITUCIONAL

*En virtud de lo expuesto en la base legal citada, análisis y conclusiones, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica **considera factible, en un procedimiento de ejecución coactiva que lleve adelante la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, aceptar bonos del Estado en dación de pago, con la finalidad de extinguir obligaciones pendientes; esto, en aplicación de lo previsto en el Artículo 104 de la LOOTUGS, en concordancia con el Artículo 43 del Código Tributario**”. (Énfasis añadido)*

⁶ EOSOT, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 280 de 30 de marzo de 2023.

1.5. El Informe Jurídico del MEF suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, encargado, basado en idéntica normativa de la invocada en el criterio jurídico de la consultante, manifestó lo siguiente:

“III.- Opinión Jurídica:

Con relación a la consulta puntual formulada a la Procuraduría General del Estado por el Superintendente de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo - SOT, que se refiere a si: “De acuerdo a lo previsto en el artículo 104 de la LOOTUGS que remite el procedimiento para ejecución coactiva al Código Tributario, es procedente aplicar la figura de dación en pago con bonos del Estado, de conformidad al artículo 43 de Código Tributario?”, cabe indicar que: (Énfasis corresponde al texto original).

De la revisión realizada por las Direcciones de Asesoría Jurídica de Financiamiento Público y de Asesoría Jurídica Económica y Financiera, a criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica de esta Cartera de Estado, la consulta formulada tiene sustento en la base normativa expuesta en el acápite anterior, es decir, que previo acuerdo entre las partes, sería legalmente viable aplicar la figura de dación en pago con bonos del Estado, de conformidad al artículo 43 del Código Tributario, en concordancia con el artículo 131 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, de acuerdo a lo que determina el artículo 104 de su ley orgánica LOOTUGS”. (Énfasis añadido).

1.6. Por su parte, el criterio jurídico de la AME contenido en el oficio No. AME-DNAJ-2024-0043-O, de 18 de octubre de 2024, suscrito por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica, subrogante, además de las normas invocadas por la consultante, citó los artículos 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II: Ley de Mercado de Valores⁷ (en adelante, “LMV”), 135 y 143 del COPLAFIP; y, Disposición General Primera de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros⁸ (en adelante, “CRMFVS”), con fundamento en los cuales concluyó:

“3.- Conclusión:

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece un marco normativo claro y riguroso para la gestión de la deuda pública a través de la emisión y negociación de bonos y otros títulos valores. La obligación de las entidades y organismos públicos de reportar la tenencia de títulos representativos de deuda al ente rector de las finanzas públicas es fundamental para asegurar la transparencia y la

⁷ Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II: LMV, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

⁸ CRMFVS, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 26 de junio de 2017.

rendición de cuentas en la administración de los recursos públicos. Esta medida permite un control efectivo de la deuda pública, lo que es esencial para la estabilidad económica del país.

Asimismo, el ente rector tiene la facultad de aprobar la emisión de títulos de mediano y largo plazo, en función de las necesidades de financiamiento y los requerimientos del mercado, con la supervisión del Comité de Deuda y Financiamiento. Esto garantiza que las decisiones sobre la emisión de deuda se tomen de manera informada y alineada con las políticas públicas.

El proceso de negociación de los títulos valores también está claramente definido, asignando responsabilidades específicas a las entidades emisoras y asegurando que la negociación de los títulos incluidos en el Presupuesto General del Estado sea centralizada en el ente rector. Esto refuerza la supervisión y el control sin implicar una garantía estatal, promoviendo así un manejo responsable y eficiente de las finanzas públicas.

El marco regulatorio establecido por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas contribuye a una gestión más transparente y responsable de la deuda pública, lo que es crucial para el desarrollo económico y la estabilidad del país.

(...)

En conclusión, la norma establece que la obligación tributaria puede ser extinguida total o parcialmente a través de la dación en pago de diversos instrumentos financieros, como bonos y certificados de abono tributario, emitidos por la Administración Tributaria, el Banco Central del Ecuador o el ente rector de las finanzas públicas. (Énfasis añadido).

Esta disposición legal proporciona a los contribuyentes una alternativa para saldar sus deudas tributarias, lo que puede facilitar la gestión fiscal y mejorar la liquidez.

Además, el hecho de que estos títulos se reciban al valor de su adquisición más un porcentaje adicional garantiza un trato equitativo y justo tanto para el Estado como para los contribuyentes. Este mecanismo contribuye a un sistema tributario más flexible y accesible, promoviendo la regularización de las obligaciones fiscales.

Criterio Jurídico:

La figura de la dación en pago, conforme al artículo 43 del Código Tributario ecuatoriano, permite a los contribuyentes saldar sus obligaciones fiscales mediante la entrega de bonos del Estado, constituyendo una opción viable en situaciones de dificultad económica. Esta figura está diseñada para facilitar el cumplimiento tributario, potenciando la liquidez del Estado al permitir que los contribuyentes utilicen instrumentos financieros reconocidos en el mercado.

La Ley de Mercado de Valores, al definir ‘valores’ en su artículo dos, incluye bonos como instrumentos negociables, lo que refuerza la legalidad y aceptación de estos para la dación en pago. Al establecer que cualquier restricción a la libre negociación carece de validez, se promueve un entorno propicio para su utilización en el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Además, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece un marco normativo claro sobre la emisión y negociación de bonos, asegurando transparencia y supervisión en su gestión. La posibilidad de que los bonos sean aceptados al valor de su adquisición más un porcentaje adicional garantiza un tratamiento justo tanto para el Estado como para los contribuyentes.

*Por lo tanto, la combinación de la legislación tributaria y de valores y demás normas conexas citadas, **permite la aplicación efectiva de la dación en pago mediante bonos del Estado, ofreciendo una alternativa flexible y accesible para el cumplimiento de las obligaciones fiscales**, lo cual es fundamental para la estabilidad económica del país. (Énfasis añadido).*

La dación en pago con bonos del Estado representa una herramienta jurídica que puede ser utilizada para facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias en Ecuador; sin embargo, su aplicación debe ser cuidadosamente evaluada y regulada para evitar posibles abusos y garantizar la protección de los intereses del Estado”. (Énfasis añadido).

1.7. El informe jurídico del BCE No. BCE-GJ-036-2024 suscrito por el Gerente Jurídico, Subrogante, además de las normas citadas por la consultante, el MEF y la AME, citó los artículos 227 y 303 de la CRE; 26, 27.1 y 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero⁹ (en adelante, “COMF”); 60 y 62 de la LMV; 144 del COPLAFIP; y, 145 y 146 del Reglamento General al COPLAFIP¹⁰ (en adelante, “RCOPLAFIP”), con base en los cuales analizó y concluyó:

“3.2. Respecto de la dación en pago establecida en el artículo 43 del Código Tributario:

(...)

De igual manera, el mismo inciso tercero del artículo 43 del Código Tributario, establece que dichos instrumentos deben ser emitidos por: i) La Administración Tributaria; ii) El Banco Central del Ecuador; y, iii) El ente rector de las finanzas públicas

⁹ COMF, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

¹⁰

Y, finalmente, señala que la emisión de dichos instrumentos, a través de las referidas autoridades deberán sujetarse a los parámetros y condiciones que para el efecto emita el ente rector de las finanzas públicas.

Al respecto, el artículo 131 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece que, para el pago de obligaciones, distintas a aquellas que corresponden a la remuneración al trabajo, se pueden otorgar activos y títulos valores del Estado, como dación en pago. Para el efecto, los artículos 142 y 143 del mismo Código establecen que el ente rector de las finanzas públicas aprobará la emisión de títulos de mediano o largo plazo, el tipo de títulos del Estado a emitirse; y, sus términos y condiciones financieras de colocación, tomando en consideración las necesidades de financiamiento y los requerimientos del mercado.

En concordancia, los artículos 145 y 146 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establecen la diferenciación de los títulos valores emitidos por el Estado Central y por otras entidades y organismos del Estado, estableciendo para estos últimos una autorización previa por sus directorios, previo a la emisión de la resolución de aprobación del ente rector de las finanzas públicas.

*Y, respecto de la negociación de los bonos y otros títulos emitidos, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en su artículo 144 establece que **la negociación se realizará en forma universal, a través de bolsas de valores y/o plataformas de negociación, excepto cuando se trate de transacciones que se realicen en forma directa entre entidades y organismos del sector público.** (Énfasis añadido).*

Por lo expuesto, siempre y cuando se cumplan los presupuestos analizados en el presente, es aplicable el artículo 43 del Código Tributario, en virtud de que el artículo 104 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, deriva al Código Tributario para aplicar el procedimiento coactivo para el cobro de valores por sanciones económicas.

(...)

4. CRITERIO INSTITUCIONAL:

(...)

*A criterio de esta institución, en virtud de que el artículo 104 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, deriva al Código Tributario **para aplicar el procedimiento coactivo en el cobro de valores por sanciones económicas, sí es aplicable el artículo 43 de dicho cuerpo legal, sobre el cual se ha realizado el presente análisis, considerando que para la ejecución de la dación en pago con títulos o bonos del Estado, los mismos deben cumplir con la forma, el procedimiento, los requisitos y las condiciones establecidas por el ente rector de las finanzas.** (Énfasis añadido).*

Cabe recalcar que la consulta se ha limitado a la dación en pago con bonos del Estado, pero el inciso tercer (sic) del artículo 43 del Código Tributario incluye tanto la dación en pago de bonos, certificados de abono tributario, títulos valor u otros similares, todos los cuales serían aplicables en el procedimiento coactivo”.

1.8. De los informes jurídicos citados se aprecia que, tanto el criterio de la SOT como los criterios del MEF, la AME y el BCE coinciden en señalar que es legalmente viable la aplicación de la figura jurídica de dación en pago con bonos del Estado, con la finalidad de facilitar el cumplimiento o extinguir obligaciones pendientes, en aplicación a lo que disponen los artículos 43 del CT y 104 de la LOOTUGS.

Adicionalmente, el MEF y el BCE prevén que, para la ejecución de la dación en pago con títulos o bonos del Estado, éstos deben cumplir con la forma, el procedimiento, los requisitos y las condiciones establecidas por el ente rector de las finanzas, y agrega el MEF que, para que proceda dicha dación en pago con bonos del Estado, debe existir un previo acuerdo entre las partes.

2. Análisis.

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Competencia de la SOT para emitir sanciones y su cobro; *ii)* De la emisión de bonos y otros títulos.

2.1.- Competencia de la SOT para emitir sanciones y su cobro.

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

Según el artículo 213 *ibídem*, las superintendencias son “*organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general*”. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano y sus facultades específicas, así como de las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia, se determinarán de acuerdo con la ley.

En ese contexto, según el artículo 95 de la LOOTUGS la SOT se creó como una *“entidad técnica de vigilancia y control, con capacidad sancionatoria, personería jurídica de derecho público y patrimonio propio, que funcionará de forma desconcentrada e independiente”*, la cual tiene autonomía administrativa, económica y financiera, y forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. Según lo previsto en el numeral 6 del artículo 96 ibidem, la SOT tiene como una de sus atribuciones *“Imponer las sanciones que corresponda por incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Ley, demás normativa vigente que regule el ordenamiento territorial, el uso y la gestión del suelo, el hábitat y la vivienda”*.

Concordante con lo expuesto, el artículo 102 de la LOOTUGS, respecto de la potestad sancionadora de la SOT, dispone que ésta *“tendrá potestad para sancionar las infracciones administrativas previstas en esta Ley, cometidas por las entidades del Gobierno Central y por los Gobiernos Autónomos Descentralizados”*, y el artículo 104 ibidem, al que se refiere la consulta, agrega que:

*“Para el cobro de las multas impuestas de conformidad con esta Ley, la Superintendencia de Ordenamiento Territorial y Uso y Gestión del Suelo ejercerá la acción coactiva. El **procedimiento de ejecución coactiva observará las normas del Código Tributario** y supletoriamente las normas procesales pertinentes”* (énfasis añadido).

En ese contexto, el artículo 157 del CT establece que, para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos los intereses, multas y otros recargos accesorios, las administraciones tributarias central, seccional y la administración tributaria de excepción, *“gozarán de la acción coactiva, que se fundamentará sea con base de actos o resoluciones administrativas firmes o ejecutoriadas, en título de crédito emitido legalmente (...)”*.

Para el efecto, según lo prevé el artículo 160 ibidem, *“Todo título de crédito, liquidación o determinación de obligaciones tributarias ejecutoriadas, sentencias firmes y ejecutoriadas que no modifiquen el acto determinativo, **llevan implícita la orden de cobro** para el ejercicio de la acción coactiva. **El mismo efecto tendrá las resoluciones administrativas de reclamos, sancionatorias o recursos de revisión”**, según lo prevé el artículo 160 ibidem (énfasis añadido).*

Adicionalmente, el primer inciso del artículo 161 del CT, referente al auto de pago, dispone que una vez *“vencido el plazo para el pago, sin que el deudor hubiere satisfecho la obligación requerida o solicitado facilidades para el pago, el ejecutor dictará auto de pago ordenando que el deudor, o su responsable o ambos, paguen la*

deuda o dimitan bienes dentro de veinte días contados desde el siguiente al de la citación de esta providencia”, apercibiéndoles que, en caso de no hacerlo, se embargarán bienes equivalentes al total de la deuda.

En ese orden de ideas, el artículo 43 del CT, al que hace referencia la consulta, establece las formas cómo debe hacerse el pago, disponiendo expresamente que:

“Salvo lo dispuesto en leyes orgánicas y especiales, el pago de las obligaciones tributarias se hará en efectivo, en moneda de curso legal; mediante cheques, débitos bancarios debidamente autorizados, libranzas o giros bancarios a la orden del respectivo recaudador del lugar del domicilio del deudor o de quien fuere facultado por la ley o por la administración para el efecto. Cuando el pago se efectúe mediante cheque no certificado, la obligación tributaria se extinguirá únicamente al hacerse efectivo.

Las notas de crédito emitidas por el sujeto activo, servirán también para cancelar cualquier clase de tributos que administre el mismo sujeto.

Asimismo, la obligación tributaria podrá ser extinguida total o parcialmente, mediante la dación en pago de bonos, certificados de abono tributario, títulos valor u otros similares, emitidos por el respectivo sujeto activo. Asimismo, la obligación tributaria podrá ser extinguida total o parcialmente, mediante la dación en pago de bonos, certificados de abono tributario, títulos valor u otros similares, emitidos por la respectiva Administración Tributaria, el Banco Central del Ecuador, o el ente rector de las finanzas públicas, conforme a los parámetros y condiciones que para el efecto emita este último; en todo y cualquier caso los títulos valores de que trata esta norma se recibirán al valor de su adquisición en las bolsas de valores más tres puntos porcentuales” (énfasis añadido).

Con relación al pago de obligaciones con recursos de deuda, el artículo 131 del COPLAFIP dispone que, a excepción de obligaciones laborales que no provengan de dictámenes judiciales o las establecidas por la ley, **“se podrán otorgar en dación de pago, activos y títulos - valores del Estado con base a justo precio y por acuerdo de las partes”** (énfasis añadido).

Cabe señalar que, según el artículo 324 del Código Sustantivo de la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo¹¹ en adelante (CSSOT), *“La recaudación de valores derivados de las multas generadas y los procesos de ejecución de la acción coactiva, se realizarán a través de las formas de pago que sean efectivas y estén permitidas por la legislación nacional vigente como depósitos, transferencias,*

¹¹ CSSOT, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

débitos directos o indirectos, y, cualquier otra que para el efecto señale la Dirección Financiera”.

De lo manifestado se observa que: *i)* la SOT es una entidad técnica de vigilancia y control con capacidad sancionatoria, que tiene como una de sus atribuciones imponer las sanciones que correspondan por incumplimiento de las disposiciones contenidas en la LOOTUGS; *ii)* para el cobro de multas impuestas de conformidad con la LOOTUGS, la SOT ejerce acción coactiva, cuyo procedimiento de ejecución observa las normas del CT y supletoriamente las normas procesales pertinentes; *iii)* el CT establece que una forma de extinguir la obligación, total o parcialmente, es mediante la dación en pago de bonos, certificados de abono tributario, títulos valor u otros similares, emitidos por el Banco Central del Ecuador o el ente rector de las finanzas públicas; *iv)* según el COPLAFIP, para el pago de cualquier tipo de obligaciones, excepto las laborales, además del pago en efectivo, se podrán otorgar en dación de pago activos y títulos - valores del Estado con base en el justo precio y por acuerdo de las partes; y, *v)* de acuerdo con el Código Sustantivo de la SOT, la recaudación de valores derivados de las multas generadas y los procesos de ejecución de la acción coactiva se realizarán a través de las formas de pago que sean efectivas y estén permitidas por la legislación nacional vigente y cualquier otra que para el efecto señale la Dirección Financiera de esa entidad.

2.2.- De la emisión de bonos y otros títulos.

El artículo 2 de la LMV define al valor como el “*derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, **negociables en el mercado de valores**, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, **bonos**, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de **procesos de titularización** y otros que determine el Consejo Nacional de Valores*” (énfasis añadido).

Agrega la citada norma que “*cualquier limitación a la libre negociación y circulación de valores no establecida por Ley, no surtirá efectos jurídicos y se tendrá por no escrita*”. Para la negociación y circulación de los valores emitidos por las entidades e instituciones del sector público se deberá observar, en lo que fuere aplicable, lo establecido en el COPLAFIP.

Con relación a la emisión de bonos y otros títulos del estado, el artículo 142 del COPLAFIP prevé que, en consideración a las necesidades de financiamiento y los requerimientos del mercado, “*el ente rector de las finanzas públicas aprobará, para consideración y autorización, cuando sea del caso, del Comité de Deuda y*

Financiamiento, la emisión de títulos de mediano o largo plazo y el tipo de títulos del Estado a emitirse”, así como los términos y condiciones financieras de colocación (énfasis añadido).

Añade esa norma que *“Las emisiones de títulos valores incluidas las titularizaciones de otras entidades públicas, financieras y no financieras, requerirán de la aprobación del ente rector de las finanzas públicas”*, y que *“En el caso de emisiones de títulos valores de la banca pública cuyo monto anual supere el 0.15% del Presupuesto General del Estado deberá contar con el análisis y recomendación del ente rector de las finanzas públicas”*.

Una vez autorizada legalmente la *“emisión de bonos o de otros títulos, se instrumentará la respectiva escritura pública”*, en la que intervendrá el Ministro a cargo de finanzas públicas, tratándose de emisiones estatales, o de los representantes legales de la entidad del sector público que efectúe la emisión. Los requisitos de la escritura y de los bonos o valores que se emitan, se establecen en las normas técnicas expedidas para el efecto por el ente rector de las finanzas públicas, según lo prevé el artículo 143 *ibídem*.

Para la negociación de bonos y otros títulos, el artículo 144 del COPLAFIP establece que, *“Concluido el trámite de la emisión de bonos u otros títulos valores, si se trata de los emitidos dentro del Presupuesto General del Estado, serán negociados por el ente rector de las finanzas públicas”*; y, los títulos valores emitidos por **otras entidades serán negociados por ellas mismas**, previa autorización del referido ente rector (énfasis añadido).

Agrega el citado artículo que toda emisión de bonos, en moneda de curso legal o extranjera, se negociará en forma universal a través de las bolsas de valores y/o plataformas de negociación y solo se *“exceptúan de la negociación en forma universal a las transacciones que se realicen en forma directa entre entidades y organismos del sector público”* (énfasis añadido).

Concordante con lo expuesto, el artículo 145 del RCOPLAFIP, sobre la emisión de títulos valores del Estado Central, dispone que:

“El ente rector de las finanzas públicas, previo a la autorización del Comité de Deuda y Financiamiento, aprobará o recomendará mediante resolución la emisión de títulos valores, así como sus términos y condiciones financieras, en base de los informes técnico y jurídico que emitirán las áreas respectivas.

Toda emisión de bonos, en moneda de curso legal o extranjera, se negociará en forma universal, a través de las bolsas de valores y/o plataformas de negociación. Se exceptúan de la negociación en forma universal a las transacciones que se realicen en forma directa entre entidades y organismos del sector público. La entidad emisora deberá enviar de manera gratuita y hasta 48 horas después la información de las condiciones financieras por cada operación a las bolsas de valores para el registro correspondiente.

Todos los tipos de títulos valores del Estado Central para su emisión deberán observar los principios de transparencia y estandarización expedidos por el ente rector de las finanzas públicas en cumplimiento de la normativa vigente.”.

Respecto del pago de capital e intereses de los títulos de la deuda pública interna y externa, “*se hará por medio del Banco Central del Ecuador, como agente oficial del Estado*”, de acuerdo con los contratos respectivos, según lo dispone el artículo 145 del COPLAFIP, sin que esta disposición sea aplicable a las obligaciones de emisión propias de las entidades de banca pública competentes.

De lo citado se desprende que: *i) el Valor es un derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, que incluye, entre otros, bonos del Estado; ii) la emisión de bonos o de otros títulos por parte del Estado se instrumentará a través de escritura pública; y, iii) toda emisión de bonos se negociará en forma universal, a través de las bolsas de valores y/o plataformas de negociación y solo se exceptúan de esta negociación en forma universal las transacciones que se realicen en forma directa entre entidades y organismos del sector público.*

3. Pronunciamiento.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo y el inciso tercero del artículo 43 del Código Tributario, **es procedente que, en un procedimiento de ejecución coactiva, la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo reciba bonos del Estado en dación en pago por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados**, siempre que se cumpla con la forma, procedimiento, requisitos y condiciones establecidos por el ente rector de finanzas y que se cuente con un acuerdo entre las partes, conforme lo disponen los artículos 131, 142 y 144 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en concordancia con el artículo 324 del Código Sustantivo de la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo.

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

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
RODRIGO IVAN
CONSTANTINE
SAMBRANO

Rodrigo Iván Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

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

Mgs. Guillermo Enrique Avellán Solines
Gerente General del Banco Central del Ecuador

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

Oficio N° **09561**

Quito, D.M., **26 NOV 2024**

Magister
Daniel Antonio Sánchez Procel
DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA -
ARCSA, DR. LEOPOLDO IZQUIETA PÉREZ
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. ARCSA-ARCSA-2024-0650-O, de 24 de septiembre de 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil al día siguiente, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2024-00401, de 01 de octubre de 2024, recibido el mismo día, se reformuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente que la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria - ARCSA, Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, para definir el término de ‘nueva entidad química’ en la Norma Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que contengan Nuevas Entidades Químicas, aplique el concepto determinado en el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud o en su defecto el concepto definido en el artículo 509 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Mediante oficio No. PGE-DR1-2024-00377, de 12 de septiembre de 2024, la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado solicitó a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria - ARCSA, Dr. Leopoldo Izquieta Pérez (en adelante, “ARCSA”) que se reformule la consulta inicialmente presentada en oficio No. ARCSA-ARCSA-2024-0569-O, de 30 de agosto de 2024. Este requerimiento fue atendido con oficio No. ARCSA-ARCSA-2024-0650-O, de 24 de septiembre de 2024, al que se hizo referencia al inicio del presente.
- 1.2. Con oficio No. ARCSA-ARCSA-DAJ-2024-0144-O, de 03 de septiembre de 2024, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado el mismo día, como alcance al oficio inicial de consulta, la ARCSA remitió varios documentos que acreditan la calidad en la que comparecen; del mismo modo, mediante oficio No. ARCSA-ARCSA-DAJ-2024-0165-O, de 04 de octubre de 2024, ingresado en la citada Dirección Regional el mismo día, la ARCSA remitió otros documentos relacionados con la consulta.
- 1.3. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 08893, No. 08894 y No. 08895, de 03 de octubre de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y



Pesca (en adelante, “MPCEIP”), al Ministerio de Salud Pública (en adelante, “MSP”); y, al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, “SENADI”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios No. 09073 y No. 09074, de 16 de octubre de 2024, se insistió en dichos requerimientos al MSP y al SENADI.

- 1.4. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos, en su orden, por el Viceministro de Comercio Exterior del MPCEIP, mediante oficio No. MPCEIP-VCE-2024-0452-O, de 14 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente, al cual se adjuntó el Informe Técnico: Análisis de la Resolución ARCSA-DE-2024-023-DASP y su Compatibilidad con los Acuerdos Comerciales con la Unión Europea y con el Reino Unido; por su parte, la Directora General del SENADI mediante oficio No. SENADI-DG-2024-0397-OF, de 16 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional de esta Procuraduría al día siguiente, adjuntó el Criterio Jurídico suscrito por el Delegado de la Dirección de Asesoría Jurídica del SENADI. Finalmente, el MSP no ha respondido a los requerimientos de este organismo hasta la presente fecha.
- 1.5. El Informe Jurídico No. ARCSA-INF-DAJ-2024-098, de 24 de septiembre de 2024, elaborado por la Analista de Consultoría Legal y aprobado por el Director de Asesoría Jurídica de la ARCSA, citó los artículos 32, 82, 226, 361, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 3 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional² (en adelante, “LOGJCC”); 2, 4, 6 y 259 de la Ley Orgánica de Salud³ (en adelante, “LOS”); 508 y 509 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación⁴ (en adelante, “COESCCI”); 266 de la Decisión No. 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial⁵ de la Comisión de la Comunidad Andina, (en adelante, “Régimen de Propiedad Industrial”); 3 y 14 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante, “COA”); 12 del Código Civil⁷ (en adelante, “CC”); y, 9 y 10 numeral 1 del Decreto Ejecutivo No. 1290⁸ que crea la ARCSA, con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“4. Conclusiones

Por los antecedentes legales expuestos, la problemática central gira en torno a la existencia de dos normas, que son incompatibles entre sí, al definir un término contenido en ambas. El COESCCI, es el instrumento normativo en donde se reconoce y regula el derecho de protección a los datos de prueba para nuevas entidades químicas que cumplan con los requisitos previstos en el Art. 508, y, por otro lado, la ARCSA, es el organismo encargado de otorgar el periodo de exclusividad a los productos farmacéuticos que demuestren mediante datos de prueba la seguridad y eficacia de nuevas entidades químicas. Para los fines del Art. 509, una nueva entidad química constituye ‘(...) aquella que no ha sido previamente aprobada en el Ecuador para su uso en un producto farmacéutico (...)’, mientras que la LOS, las define como ‘(...) el

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

² LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

³ LOS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.423 de 22 de diciembre de 2006.

⁴ COESCCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 899 de 09 de diciembre de 2016.

⁵ Régimen de Propiedad Industrial, publicada en el Registro Oficial No. 258 de 19 de septiembre de 2000.

⁶ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

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

⁸ Decreto Ejecutivo 1290, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.788 de 13 de septiembre de 2012.

medicamento, ingrediente o principio activo de uso o consumo humano que nunca ha sido empleado para ninguna indicación terapéutica en el ámbito mundial. No se considerará nueva entidad química entre otros, los nuevos usos o segundos usos, ni las novedades o cambio de los siguientes aspectos: formas farmacéuticas, indicaciones o segundas indicaciones, nuevas combinaciones de entidades químicas conocidas, formulaciones, formas de dosificación, vías de administración, modificaciones de cualquier índole que no afecten el mecanismo de acción, condiciones de comercialización y empaque y en general, aquellas que impliquen nuevas presentaciones. De ambas definiciones se evidencia la diferencia que existe entre ambas. Por lo cual, estableciendo que el Art. 509 del COESCCI, es el que reconoce el período de protección de los datos de prueba, y para sus fines realiza una conceptualización del término nueva entidad química; término que a su vez se encuentra predefinido en una norma con la misma jerarquía normativa, y que es especial en materia de medicamentos, esto es la LOS. Resulta entonces, necesario emplear los criterios de aplicación de las normas establecido (sic) en la Constitución del Ecuador mediante el Art. 425. En donde se atiende, principalmente, a la jerarquía normativa, no siendo este criterio el adecuado, por cuanto, ambas normas (COESCCI y LOS) son de carácter orgánico. Consecuentemente, se atiende a la competencia y a la especialidad que cada una regula; encontrando entonces que el COESCCI, es una norma que tiene como objeto establecer un marco legal en torno a la economía social de conocimientos, creatividad e innovación, mientras que la LOS, tiene como objeto regular todas (sic) acciones tendientes a garantizar el derecho a la salud. Esta norma, particularmente, regula a los medicamentos, y recoge el marco legal necesario para desarrollar los aspectos técnicos necesarios para permitir su comercialización, y, consecuentemente, su uso y consumo humano. Por ser entonces la LOS, la norma que regula en materia de medicamentos, y al ser la ARCSA parte del Sistema Nacional de Salud, está obligado a implementar los preceptos normativos contenidos en la Ley Orgánica de Salud.

Por lo expuesto, en vista de que la ARCSA es el organismo encargado de controlar y regular los medicamentos en general; y que sus atribuciones y competencias las ejecuta en concordancia con las disposiciones emanadas de la Ley Orgánica de la (sic) Salud, se estima legal y pertinente que esta institución incluya a la Normativa Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que contengan Nuevas Entidades Químicas, publicada en el Registro Oficial No. 604, del 19 de julio de 2024 la definición de nueva entidad química contenida en la Ley Orgánica de la (sic) Salud publicada mediante Registro Oficial No. 423 del 22 de diciembre de 2006.”.

- 1.6. El criterio jurídico del MPCEIP hace un análisis referente a la Resolución Nro. ARCSA-DE-2024-023-DASP, de 28 de junio de 2024, en el cual la ARCSA establece la normativa técnica para el otorgamiento del período de exclusividad de datos de prueba de productos farmacéuticos que contengan nuevas entidades químicas, el cual además de las normas invocadas por la consultante, citó los artículos 4 numeral 1 del Decreto Ejecutivo Nro. 25⁹, de 23 de junio de 2013; 3 de la Resolución No. ARCSA-DE-2024-023-DASP¹⁰, de 28 de

⁹ Decreto Ejecutivo 25, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.19 de 20 de junio de 2013.

¹⁰ Resolución No. ARCSA-DE-2024-023-DASP, publicado en el Registro Oficial No.604 de 19 de julio de 2024.



junio de 2024; y, 231 numeral 3 del Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea¹¹. Dicho informe manifestó y concluyó lo siguiente:

“Para este Ministerio lo dispuesto por el COESCI está en línea con lo previsto por el Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea y el Acuerdo Comercial con el Reino Unido. Sin embargo, consideramos que el criterio que ha sido solicitado a la PGE debe contemplar no solo el conflicto entre las dos normas nacionales citadas, sino principalmente la falta de consistencia de la Ley Orgánica de Salud y la Resolución Nro. ARCSA-DE-2024-023-DASP con el compromiso adquirido por Ecuador en el marco del numeral 3 del Artículo 231 del Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, el cual es replicado mutatis mutandis en el Acuerdo Comercial con el Reino Unido.

5 Conclusiones:

En seguimiento a las atribuciones que le son conferidas con el Decreto Ejecutivo Nro. 25 de 23 de junio de 2013, este Ministerio ha desarrollado el presente informe técnico, el cual busca aportar con elementos que apoyen a la ARCSA, al SENADI y a la PGE para completar su análisis respecto a la norma que se debería aplicar para la aprobación de ‘nuevas entidades químicas’.

Para realizar dicho análisis legal, no es suficiente con revisar la normativa nacional relevante, sino también habría que incluir los compromisos internacionales asumidos por el Ecuador, en este caso específicamente el numeral 3 del Artículo 231 del Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, el cual es replicado mutatis mutandis en el Acuerdo Comercial con el Reino Unido, así como es retomado en otros tratados comerciales de nuestro país.

Al haber sido ambos acuerdos declarados consistentes con la Constitución por parte de la Corte Constitucional y al estar en vigencia, es claro que sus disposiciones prevalecen por sobre las leyes orgánicas y normas de menor jerarquía en el país.

Del análisis realizado por el MPCEIP, se deberían modificar las partes pertinentes de la Ley Orgánica de Salud y de la Resolución Nro. ARCSA-DE-2024-023-DASP, a fin de que guarden consistencia con los compromisos adquiridos en los Acuerdos Comerciales suscritos por nuestro país. Esto con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del Artículo 425 de la Constitución de Ecuador.”.

- 1.7. Adicionalmente, el criterio jurídico del SENADI, además de las normas ya mencionadas por la consultante y el MPCEIP, citó los artículos 322 y 387 de la CRE; 85 del COESCCI; 129 del COA; y, 276 de la Decisión No. 486¹² de la Comunidad Andina de Naciones, referente la “Régimen Común Sobre Propiedad Industrial”, con base en los cuales analizó y concluyó:

“I. CONSIDERACIONES

(...)

¹¹ Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, “Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea - Colombia y Perú”, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.887 de 22 de noviembre de 2016.

¹² Decisión No. 486, publicada en el Registro Oficial No.258 de 19 de septiembre de 2000.

Por lo expuesto, es evidente que la oficina nacional competente encargada de reconocer y regular los derechos de propiedad intelectual es el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, y para ello existe tanto normativa nacional como internacional que reglamenta y la misma debe estar en armonía con el ordenamiento jurídico, de tal manera, que existe una seguridad jurídica respecto a la situación de los creadores, inventores, científicos o aquellas personas con un derecho que pretenda ser reclamado.

En relación a la Resolución ARCSA-DE-2024-023-DASP emitida por el ARCSA la misma se atribuye competencias respecto a la exclusividad de los datos de prueba, cabe señalar que el COESCCI es una normativa especializada, de naturaleza orgánica y cuyo objeto es normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la Constitución de la República del Ecuador conforme los artículos antes citados, y norma la exclusividad de los datos de prueba en el artículo 509.

En este sentido, el ARCSA para regular el procedimiento de registro de los datos de prueba y referirse a los derechos de exclusividad debía haber considerado lo señalado en la normativa tanto internacional como interna.

(...)

Conclusiones

En este sentido se verifica una clara antinomia entre la Resolución Nro. ARCSA-DE-2024-023-DASP y lo establecido en el Art. 509 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, ya que el acto administrativo emitido por el ARCSA establece un estándar de uso a nivel mundial, mientras que el COESCCI (normativa aplicable por su temporalidad y ser especializada) establece el estándar de aprobación dentro de territorio nacional, más no a nivel mundial, en este sentido, la Resolución objeto de análisis debe encontrarse armonizada con el resto del Ordenamiento Jurídico especializado, vigente y aplicable dentro de esta República del Ecuador.

Finalmente cabe señalar que la resolución en controversia atentaría contra la protección de datos de prueba, requisito fundamental que tanto el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional comprende como un requisito para la defensa de los derechos de propiedad intelectual; y en este sentido, atendiendo la consulta realizada:

‘¿Es procedente que la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria - ARCSA, Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, para definir el término de ‘nueva entidad química’ en la Norma Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que contengan Nuevas Entidades Químicas, aplique el concepto determinado en el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud o en su defecto el concepto definido en el artículo 509 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación?’.

Es pertinente determinar, que bajo el criterio jurídico del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, y bajo la premisa de que la protección de los datos de prueba se desarrolla en un contexto de propiedad intelectual, la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria – ARCSA defina el término de “nueva entidad química” sujetándose



a la norma especializada y vigente que regula la propiedad intelectual en la República del Ecuador”.

- 1.8. De los informes jurídicos citados se aprecia que el criterio jurídico de la ARCSEA difiere de los criterios jurídicos emitidos por el MPCEIP y el SENADI; así, mientras la consultante considera que la definición de “nueva entidad química”, contenida en la Ley Orgánica de Salud, debe ser incluida en la Normativa Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que contengan Nuevas Entidades Químicas, el MPCEIP y el SENADI consideran que la ARCSEA debe definir el término de “nueva entidad química” sujetándose a la norma especializada y vigente que regula la propiedad intelectual en nuestro país; es decir, el COESCCI, que es la normativa especializada, de naturaleza orgánica y cuyo objeto es normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la CRE.

2. Análisis. -

Para el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Máxima autoridad sanitaria nacional y máxima autoridad en materia de Derechos Intelectuales; ii) Prevalencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1 Máxima autoridad sanitaria nacional y máxima autoridad en materia de Derechos Intelectuales.-

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.

En ese contexto, el artículo 359 de la CRE establece que el Sistema Nacional de Salud comprenderá *“las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social”.*

Según el artículo 361 ibídem, el *“Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional”,* quien será *“responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector”.*

Concordante, el artículo 4 de la LOS prevé que *“La autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública, entidad a la que corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley; y, las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias”* (énfasis añadido).

En ese sentido, el artículo 1 de la LOS establece como su finalidad el *“regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley”;* y, su artículo 2 dispone que *“Todos los integrantes del Sistema Nacional*

de Salud para la ejecución de las actividades relacionadas con la salud, se sujetarán a las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos y las normas establecidas por la autoridad sanitaria nacional” (énfasis añadido).

Al respecto, el numeral 18 del artículo 6 ibídem establece como una de las responsabilidades del Ministerio de Salud Pública el **“Regular y realizar el control sanitario de la producción, importación, distribución, almacenamiento, transporte, comercialización, dispensación y expendio de alimentos procesados, medicamentos y otros productos para uso y consumo humano; así como los sistemas y procedimientos que garanticen su inocuidad, seguridad y calidad, a través del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez (actual ARCSA) y otras dependencias del Ministerio de Salud Pública”** (énfasis añadido).

Mediante Decreto Ejecutivo 1290, publicado en el Registro Oficial Suplemento 788, de 13 de septiembre de 2012¹³, el Presidente de la República creó la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria - ARCSA, Doctor Leopoldo Izquieta Pérez; institución que, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 10, cuenta con la atribución de **“2. Expedir la normativa técnica, estándares y protocolos para el control y vigilancia sanitaria de los productos y establecimientos descritos en el artículo precedente, de conformidad con los lineamientos y directrices generales que dicte para el electo (sic) su Directorio y la política determinada por Ministerio de Salud Pública”**

De la norma citada se desprende que la ARCSA cuenta con potestad normativa, especialmente enfocada a aspectos técnicos referentes a materia sanitaria. Al respecto, cabe precisar que dicha potestad no puede determinar “ex novo” el interés general, sino que debe concretar y precisar los contenidos previstos en la ley de la materia, en consonancia con el marco jurídico vigente.

Para García de Enterría y Fernández, [...] *las normas reglamentarias solo pueden versar sobre asuntos administrativos, es decir, que estén directamente relacionados con el ámbito de las funciones y cometidos que el ordenamiento jurídico confía a la Administración Pública. Por el contrario, la ley puede prestar su fuerza propia para cualquier contenido o regular todo tipo de materia.*¹⁴

En aplicación de dicha potestad, la ARCSA emitió la Resolución No. ARCSA-DE-2024-023-DASP, de 28 de junio de 2024, que contiene la **“Normativa Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que Contengan Nuevas Entidades Químicas”**, la cual tiene por objeto **“establecer los requisitos y el procedimiento por medio del cual la ARCSA otorgará un periodo de exclusividad de datos de prueba u otra información no divulgada sobre seguridad y eficacia, para productos farmacéuticos que contengan nuevas entidades químicas”**, según lo prevé su artículo 1.

¹³ Posteriormente reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 544, publicado en Registro Oficial 428 de 30 de enero del 2015 y Decreto Ejecutivo No. 902, publicado en Registro Oficial 704, de 3 de marzo del 2016.

¹⁴ E. García de Enterría y T. Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 206, Madrid: Cívitas, 1990-1992. ISBN 84-7398-059-X



La referida resolución acoge en su artículo 3 la definición prevista en el artículo 259 de la LOS, contenido en su Capítulo V “DE LAS DEFINICIONES”, al que se refiere la consulta. Con relación a la definición de Nueva Entidad Química manifiesta:

“Art. 259.- Para efectos de esta Ley, se entiende por: (...)

Nueva entidad química.- Es el medicamento, ingrediente o principio activo de uso o consumo humano que nunca ha sido empleado para ninguna indicación terapéutica en el ámbito mundial. No se considerará nueva entidad química entre otros, los nuevos usos o segundos usos, ni las novedades o cambio de los siguientes aspectos: formas farmacéuticas, indicaciones o segundas indicaciones, nuevas combinaciones de entidades químicas conocidas, formulaciones, formas de dosificación, vías de administración, modificaciones de cualquier índole que no afecten el mecanismo de acción, condiciones de comercialización y empaque y en general, aquellas que impliquen nuevas presentaciones” (énfasis añadido).

Por otro lado, el artículo 322 de la CRE dispone que “Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales”.

Concordante, el artículo 1 del COESCCI establece como su objeto el “(...) normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la Constitución de la República del Ecuador y su articulación principalmente con el Sistema Nacional de Educación, el Sistema de Educación Superior y el Sistema Nacional de Cultura”. Así, se rigen por las disposiciones de ese código “todas las personas naturales, jurídicas y demás formas asociativas que desarrollen actividades relacionadas a la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación”, según lo prevé el artículo 2 ibídem.

Con relación a la Autoridad Nacional Competente en Materia de Derechos Intelectuales, el artículo 10 del COESCCI prevé que “Es el organismo técnico adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, que ejerce las facultades de regulación, gestión y control de los derechos intelectuales y en consecuencia tiene a su cargo principalmente los servicios de adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, así como la protección de los conocimientos tradicionales”. Será la principal encargada de ejecutar las políticas públicas que emanen del ente rector en materia de gestión, monitoreo, transferencia y difusión del conocimiento, y “tendrá competencia sobre los derechos de autor y derechos conexos; propiedad industrial; obtenciones vegetales; conocimientos tradicionales; y, gestión de los conocimientos para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y cultural nacional” (énfasis añadido).

En concordancia con lo dispuesto, mediante Decreto Ejecutivo No. 356¹⁵ se creó el SENADI, como un “organismo técnico de derecho público con rango de Subsecretaría General, adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, con personalidad

¹⁵ Decreto No. 356, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.224 de 18 de abril de 2018.

jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera”, según lo prevé su artículo 1; y, según el artículo 2 de esa norma, el SENADI “es la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales”, a efectos de las normas previstas en el COESCCI y demás disposiciones del ordenamiento jurídico, “que ejerce las facultades de regulación, gestión y control de los derechos intelectuales” (énfasis añadido).

En este contexto, el artículo 506 del COESCCI dispone que *“La información no divulgada goza de una protección eficaz contra su divulgación a terceros y ante prácticas desleales”; y para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o químico agrícolas que contengan “nuevas entidades químicas”, se requiere, entre otros, de “cualquier información conducente a demostrar la seguridad y eficacia de los mismos, tales como datos de prueba, estudios o documentos sobre identidad físico química y farmacocinética o bioequivalencia, registros sanitarios o sus equivalentes obtenidos en el extranjero homologables, o cualquier otra evidencia que permita garantizar la seguridad y eficacia del producto que se pretende comercializar”, según lo prevé el artículo 507 ibídem.*

El artículo 508 del COESCCI, al referirse a los Datos de Prueba, dispone que se protegen los datos de prueba u otros no divulgados sobre seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y productos químicos agrícolas cuando la información contenida en los datos cumpla con las siguientes condiciones:

- “a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;*
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.*

En tal sentido, el artículo 509 del COESCCI, con relación a la Exclusividad de Datos de Prueba, dispone que:

*“Cuando la autoridad competente exija como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o químicos agrícolas que contengan **nuevas entidades químicas**, la presentación de datos de prueba u otra información no divulgada sobre seguridad y eficacia, cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, se les otorgará un **período de exclusividad de cinco años** desde la fecha de aprobación de comercialización para productos farmacéuticos, y diez años para productos químicos agrícolas.*

Para los efectos de este artículo, se considerará nueva entidad química aquella que no ha sido previamente aprobada en el Ecuador para su uso en un producto farmacéutico o químico agrícola.

Dez

En el caso de que la autoridad competente no exija la presentación de datos de prueba u otra información no divulgada sobre seguridad y eficacia para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o químicos agrícolas que contengan nuevas entidades químicas, la protección otorgada será la prevista en el artículo anterior. No será necesaria la presentación de datos de prueba cuando se pueda demostrar la seguridad y eficacia con cualquier otra información” (énfasis añadido).

De lo manifestado se observa que: i) la LOS tiene como su finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la CRE y la ley; ii) por su parte el COESCCI establece como su objeto normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la CRE; iii) el SENADI es la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales y ejerce las facultades de regulación, gestión y control de los derechos intelectuales y en consecuencia tiene a su cargo, principalmente, los servicios de adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual; iv) la potestad normativa de la administración pública se encuentra expresamente vinculada al ámbito de competencia institucional y sujeta al cumplimiento del principio de jerarquía normativa y especialidad.

2.2 Prevalencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, al cual se encuentra adherido el Ecuador, en su Sección 6 “Protección de datos para ciertos productos regulados”, en el numeral 3 del artículo 231, define a la nueva entidad química en los siguientes términos:

“Para los efectos de este artículo, se considera «nueva entidad química» a aquella que no ha sido previamente aprobada en el territorio de la Parte para su uso en un producto farmacéutico o químico agrícola, de conformidad con su legislación nacional. En consecuencia, las Partes no necesitan aplicar este artículo respecto a productos farmacéuticos que contengan una entidad química que ha sido previamente aprobada en el territorio de la Parte”.

La validez del Acuerdo Comercial en referencia se encuentra sujeta al cumplimiento de lo previsto en los artículos 417, 419 y 438 de la CRE:

“Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

“Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

- 1. Se refieran a materia territorial o de límites.*
- 2. Establezcan alianzas políticas o militares.*
- 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*

4. *Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
5. *Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*
6. *Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*
7. *Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.*
8. *Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético."*

"Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. *Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional (...)"*.

Respecto de este último, la Corte Constitucional mediante Dictamen No. 009-16-DTI-CC, de 12 de diciembre de 2016, concluyó que *" (...) las disposiciones contenidas en el 'El Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia y Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión del Ecuador', suscrito en Bruselas el 11 de noviembre de 2016 y en el 'Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados de Colombia y Perú, por otra', suscrito en Bruselas el 26 de junio de 2012, son compatibles con la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia de lo cual la Corte Constitucional expide dictamen favorable del mismo"* (énfasis añadido).

Finalmente, el 19 de diciembre de 2016, la Asamblea Nacional ratificó la adhesión al acuerdo en referencia, mismo que fue publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 807 de 23 de diciembre de 2016. La trascendencia de dicho instrumento respecto a la consulta formulada radica especialmente en cuanto al marco de protecciones previstas en materia de propiedad intelectual, mismas que luego de superado el debido control de constitucionalidad deben incorporarse dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Asimismo, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

*"Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: **La Constitución; los tratados y convenios internacionales;** las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

*En 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.***

***La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.**"* (énfasis añadido).



Los tratados internacionales, al tener un rango jerárquico superior a las leyes orgánicas, leyes ordinarias y otros actos o resoluciones de la administración pública, prevalecen sobre ellos; consecuentemente, las normas de rango inferior no pueden contradecir ni infringir las obligaciones derivadas de dichos tratados, más aún considerando el principio *pacta sunt servanda*, característico y esencial en los mismos.

En el caso que nos ocupa, debe considerarse que bajo el principio de jerarquía normativa y competencia, al existir definiciones y tutelas específicas respecto de la protección de datos de prueba y su aplicación en productos farmacéuticos y agrícolas considerados como “nueva entidad química” originadas en un instrumento internacional que ha sido objeto de control constitucional y ratificación por parte del legislativo, dichas previsiones y definiciones no pueden ser desconocidas o contradichas en la normativa secundaria de otras materias, como salud y agrícola.

El numeral 4 del artículo 231 del Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, prevé de manera expresa la reglamentación habilitada para sus Partes, es decir sus países miembros:

“4. Las Partes podrán reglamentar:

- (a) Excepciones por razones de interés público, situaciones de emergencia nacional, o de extrema urgencia, cuando haya necesidad de permitir a terceros acceso a aquellos datos; y,*
- (b) Procedimientos abreviados de aprobación de comercialización en su territorio, basados en la aprobación de comercialización otorgada por otra Parte. En tal caso, el período de uso exclusivo de los datos presentados para obtener la aprobación empezará desde la fecha de la primera aprobación de comercialización en que se basa, cuando la aprobación se concede dentro de los seis meses desde la presentación de una solicitud completa.”*

Como se ha referido en el numeral 2.1, la potestad reglamentaria si bien puede ser una facultad de la administración pública, su ejercicio se circunscribe al marco jurídico vigente, el cual incluye el cumplimiento de las obligaciones previstas en tratados y convenios internacionales, y la adecuación del derecho interno en todos sus grados a fin de permitir la concreción y ejercicio de dichos compromisos internacionales.

Finalmente, es oportuno considerar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶, en su numeral 1 establece las reglas de solución de antinomias, previendo que *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*, y sus numerales 4 y 5 se refieren a las interpretaciones evolutiva y sistemática señalando, en su orden, que *“Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”*, y que *“deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”*.

De las normas previamente señaladas se desprende lo siguiente: *i)* el principio de jerarquía normativa obliga a que las normas de carácter inferior no infrinjan aquellas de carácter superior; *ii)* la información no divulgada goza de una protección eficaz contra su divulgación a terceros y

¹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, de 22 de octubre de 2009.

ante prácticas desleales, vinculada expresamente a las protecciones previstas por el ordenamiento jurídico en materia de derechos intelectuales; *iii*) la protección de los datos de prueba se desarrolla en un contexto internacional y nacional de propiedad intelectual, por consiguiente la terminología de “*nueva entidad química*” debe sujetarse a las disposiciones de la norma especializada en esa materia; *iv*) la norma secundaria que regule la terminología de “*nueva entidad química*” debe también guardar concordancia con la normativa internacional a la cual el Estado se ha adherido; y, *v*) en las contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la especial, o la posterior, a fin de que las normas se entiendan a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes y tienen que ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con los artículos 509 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, y 3, numerales 1, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria - ARCSA, Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, para la definición del término “Nueva Entidad Química” en la Norma Técnica Sanitaria para Otorgar el Periodo de Exclusividad de Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos que Contengan Nuevas Entidades Químicas, deberá aplicar las disposiciones pertinentes del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, asegurando la debida concordancia con los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador sobre esta materia.

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. Mgs. Luis Alberto Jaramillo
Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca

Dr. Manuel Antonio Naranjo Paz y Miño
Ministro de Salud Pública

Mgs. Andrea Bettina Mena Sánchez
Directora General del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.

Oficio No. **09569**

Quito, D.M., **27 NOV 2024**

Señor
Aquiles Álvarez Henriques
ALCALDE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
GUAYAQUIL
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. AG-AAA-2024-6775, de 16 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“Considerando lo previsto en la norma de control interno nro. 408-15, ¿es procedente celebrar la contratación de servicios de alquiler de maquinaria, en el marco de los procedimientos previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de destinar dichas maquinarias a la ejecución de obras por administración directa, justificando su contratación en el ejercicio de su autonomía administrativa, la optimización de recursos, en los principios de calidad y eficiencia, y en la jerarquía normativa consagrada en la Constitución?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios No. 09101 y 09102, de 18 de octubre 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 su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 09402, de 13 de noviembre de 2024, se insistió en dicho requerimiento al SERCOP.
- 1.2. El requerimiento de la Procuraduría fue atendido por el Director Nacional Jurídico de la CGE mediante oficio No. 514-DNJ-2024, de 28 de octubre de 2024. El SERCOP no ha dado contestación a lo requerido.
- 1.3. El informe jurídico contenido en el memorando No. DAJ-IJ-2024-7887, de 16 de octubre de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil (en adelante, “GADM de Guayaquil”), citó



los artículos 237, 238 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 5, 6 y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante, “COOTAD”); 5 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, “COA”); artículo 1, acápites 408-14 y 408-15 del Acuerdo No. 004-CG-2023, que contiene las “Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de Derecho Privado que Dispongan de Recursos Públicos”⁴ (en adelante, “Normas de Control Interno”); y, 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵ (en adelante, “LOSNCP”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“II. – NORMATIVA APLICABLE Y ANALISIS (sic) RELEVANTE.-

2.1. El artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, la “CRE”) establece que los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) gozan de autonomía política, administrativa y financiera, y se rigen por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. Esta disposición se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), el cual desarrolla de manera conceptual la autonomía otorgada a los GAD.

2.2. El artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, la “CRE”) establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y la obligación de los servidores públicos de aplicar la norma de mayor jerarquía, además de que la jerarquía normativa considerará en lo que corresponda el principio de competencia en especial en lo que se refiere a las competencias exclusivas de los GADs.

2.3. No obstante, para los efectos del presente pronunciamiento, me referiré exclusivamente a la autonomía administrativa, que se desarrolla en el COOTAD en los siguientes términos: “La autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y gestión de sus talentos humanos y recursos materiales, para el cumplimiento de sus competencias y atribuciones, ya sea de manera directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley”.

2.4. El artículo 6 *ibidem*, establece una serie de garantías que buscan proteger la autonomía de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD). Estas garantías son fundamentales para el efectivo ejercicio de las competencias conferidas a los GAD, asegurando que ninguna autoridad o funcionario externo interfiera en su gestión.

En este sentido, se prohíbe de manera expresa a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los GAD, entre otras acciones, lo siguiente:

2.4.1. Impedir o retardar la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los GAD, así como obstaculizar su adopción o financiamiento, lo que incluye la demora en la entrega oportuna y automática de recursos. Esta

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

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

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

⁴ Normas de Control Interno, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

⁵ LOSNP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

prohibición es esencial para garantizar el flujo adecuado de recursos y la agilidad en la gestión pública descentralizada, evitando que trámites administrativos o decisiones de funcionarios externos interfieran con la ejecución de los proyectos planificados por los GAD.

2.4.2. Interferir o perturbar el ejercicio de las competencias atribuidas a los GAD por la de descentralización. La autonomía descentralizada implica no solo la capacidad de autogestión, sino también la independencia en la ejecución de sus atribuciones, sin que existan interferencias indebidas que limiten su ejercicio.

2.5. Estas disposiciones del COOTAD, al prohibir conductas que atentan contra la autonomía de los GAD, refuerzan los principios constitucionales de descentralización y autonomía, al tiempo que promueven una gestión eficiente y eficaz por parte de los gobiernos locales. En consecuencia, cualquier transgresión a estas prohibiciones podría ser considerada una vulneración directa de los derechos constitucionales y legales que amparan a los GADs.

2.6. El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, en ejercicio de sus competencias exclusivas conforme lo establece el artículo 55 del COOTAD, tiene entre sus atribuciones las siguientes: “Planificar, construir y mantener la vialidad urbana. Esta competencia no solo abarca la construcción de infraestructuras viales, sino también la adecuada planificación y mantenimiento de las mismas, asegurando que los proyectos de vialidad respondan a las necesidades del crecimiento urbano y el desarrollo sostenible de la ciudad”; y, “Prestar los servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, con la debida depuración de aguas residuales; así como el manejo de desechos sólidos mediante rellenos sanitarios y la ejecución de otras actividades relacionadas con el saneamiento ambiental. Esta competencia también incluye aquellos servicios adicionales que establezca la ley, conforme a los principios de salubridad pública y protección del medio ambiente”.

A criterio del suscrito, estas competencias deben ser ejercidas bajo el principio de calidad, lo que implica que los servicios y obras públicas correspondientes sean ejecutados de manera oportuna, eficiente y con criterios de objetividad en el uso de los recursos públicos. En este sentido, la administración municipal tiene el deber de garantizar que los proyectos de vialidad y los servicios públicos básicos se presten con altos estándares de eficacia y efectividad, atendiendo las necesidades de la ciudadanía y asegurando el correcto manejo y optimización de los fondos públicos asignados a tales fines.

2.7. Además, el cumplimiento de estas competencias debe estar enmarcado en los principios de transparencia y responsabilidad fiscal, promoviendo una gestión pública eficiente que responda a los intereses colectivos.

El principio de optimización de recursos públicos es un principio fundamental de la gestión pública, que impone a las entidades del sector público la obligación de utilizar los recursos estatales de manera eficiente, racional y estratégica, con el fin de maximizar los beneficios para la ciudadanía y minimizar el desperdicio o uso indebido de dichos recursos. Este principio está vinculado a la búsqueda constante de un equilibrio entre la calidad del gasto público y los resultados obtenidos, considerando siempre el impacto social y económico de las decisiones financieras.



Por su parte, el principio de responsabilidad fiscal, también se circunscribe como un pilar fundamental de las administraciones públicas, pues, establece la obligación de los entes gubernamentales y las autoridades responsables de la gestión de los recursos públicos de actuar con prudencia, transparencia y disciplina en el manejo de las finanzas públicas. Este principio busca garantizar la sostenibilidad financiera del Estado, evitando el endeudamiento excesivo, el déficit fiscal descontrolado y la mala asignación de los recursos, todo con el objetivo de mantener el equilibrio macroeconómico y proteger el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

2.8. En este contexto, es imprescindible subrayar que el objetivo de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y las Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos (en adelante, NCI), es fomentar el perfeccionamiento de los sistemas de control interno y la gestión pública en lo referente al uso adecuado de los recursos del Estado y la consecución de los objetivos institucionales. Este objetivo se encuentra claramente delineado en el artículo 1 de las NCI, el cual establece que dicho cuerpo normativo constituye el marco regulatorio que garantiza las acciones de los titulares, funcionarios, servidoras, servidores y todo el personal de cada entidad u organismo, según su competencia y la naturaleza jurídica de la entidad, con el fin de que desarrollen, expidan y apliquen controles internos que proporcionen una seguridad razonable en la salvaguarda del patrimonio público.

2.9. Este marco normativo tiene un carácter transversal en la administración pública, pues su observancia y aplicación no solo propicia la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, sino que también fortalece la transparencia y la rendición de cuentas. En este sentido, las NCI no se limitan a ser una simple herramienta administrativa, sino que constituyen un instrumento clave para garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, transparencia y responsabilidad en el manejo del patrimonio estatal.

2.10. La NCI 408 – 14, desarrolla la modalidad de ejecución de proyectos, con la finalidad de seleccionar de forma adecuada la modalidad de ejecución de los trabajos, siendo estas las siguientes posibilidades: **“de forma directa debidamente motivada, cogestión, por contrato, por concesión, alianza estratégica, por asociación público privadas.”**, debiéndose para ello, **“comparar los requerimientos de recursos para la ejecución de la obra con los que tiene disponibles la entidad”**.

2.11. Mientras que en la NCI 408-15, se desarrolla el procedimiento a seguir con la finalidad de que las entidades puedan ejecutar una obra por administración directa, estableciendo reglas y requisitos entre ellos el siguiente: **“La entidad no podrá contratar personal técnico adicional ni de trabajadores de la construcción, así como el alquiler o arrendamiento de equipo o maquinaria, pues se entiende que, al momento de elegir la modalidad de ejecución, se ha certificado que cuenta con la capacidad logística tal que le permita llevar adelante la construcción sin utilizar los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública.** Las únicas contrataciones permitidas en esta modalidad de ejecución son las dirigidas a la adquisición de materiales o equipamiento que se incorporará definitivamente a la obra

En el memorando descrito en la referencia el Director General de Compras Públicas expone:

En virtud de la autonomía administrativa del GAD Municipal de Guayaquil, amparada en la Constitución y el COOTAD, le otorga la facultad de gestionar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus competencias de manera eficiente, lo que incluye la contratación del servicio de alquiler de maquinaria a través de procedimientos de contratación pública. La Norma de Control Interno nro. 408-15 debe interpretarse de manera que no contradiga dicha autonomía ni el principio de calidad desarrollado en el artículo 5 del COA y peor aún, la calidad del gasto público, en virtud del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador que establece la jerarquía normativa.

En este sentido, la contratación del servicio de alquiler de maquinaria bajo un esquema de administración directa se considera jurídicamente válida, siempre que se justifique en términos de eficiencia, economía y calidad de gasto público, principios que rigen la contratación pública.

Por lo tanto, el utilizar los procedimientos de contratación de servicios de alquiler de maquinaria se ajusta al marco legal, y además optimiza el uso de los recursos públicos, respetando tanto la autonomía administrativa del GAD como los principios de eficiencia y calidad y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la prestación de los servicios públicos, y se sustenta en la jerarquía normativa establecida en la Constitución de la República del Ecuador.

IV.- CRITERIO JURÍDICO (sic) DE LA PROCURADURÍA SÍNDICA MUNICIPAL.

En virtud del análisis expuesto por la Dirección General de Compras Públicas, con el cual concordamos y agregamos que es criterio de esta Procuraduría Síndica Municipal que sobre la base de la jerarquía normativa consagrada en el artículo 425 de la Constitución de la República, en el ejercicio de la autonomía administrativa de los GADs dispuesta en el COOTAD; en estricto cumplimiento de los procedimientos previstos en las leyes del Sistema Nacional de Contratación Pública; los principios de calidad y eficiencia consagrados en el COOTAD; y los respectivos sustentos relativos a la optimización de recursos; no se deberá aplicar la norma de control interno nro. 408-15 al contratar servicios de alquiler de maquinaria con la finalidad de destinarlas a obras por administración directa por ser una norma de menor jerarquía no aplicable para este caso (...)."

- 1.4. Por su parte, el criterio jurídico de la CGE citó, además de las normas invocadas por el consultante, los artículos 211 y 212 de la CRE; 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante, "LOCGE"); Disposición General Segunda de la LOSNCP; letra e) del numeral 3 del artículo 278 del Código Integral Penal⁷ (en adelante, "COIP"); artículos 7 y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁸ (en adelante, "LOCGE"); y, acápites 100-01, 200-02, 300, 300-04, 400, 408, 408-01 de las Normas de Control Interno; tras lo cual concluyó que:

⁶ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁷ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

⁸ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.



“Ahora bien, ante las dudas, es necesario enfatizar que 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, esencialmente buscan que las instituciones inmersas en su alcance, implementen y realicen sus actividades dentro de un ambiente de control adecuado, que incluya una administración estratégica, valoración y mitigación de los riesgos propios de sus actividades; de esa forma, se estipulan ciertos controles que deben contemplarse para prevenir prácticas que atenten contra el buen uso de los recursos públicos.

En ese sentido, para llevar a cabo proyectos, particularmente para la producción de obras, se ha establecido dos grandes fases, la de preinversión y la de inversión del recurso público, dicho de otra forma, la fase de estudios y la de ejecución. La primera fase incluye, entre otros, la identificación de la necesidad y la elaboración de estudios de prefactibilidad, factibilidad, todos con sus propios cálculos de costos, beneficios planificación y evaluación; estas actividades buscan que la Institución evidencie la factibilidad de ejecutar el proyecto y si el mismo se encuentra avalado económica y financieramente, en función de lo cual, la institución podría decidir si continuar con la ejecución o no; y, en el caso de continuar, si la realizaría por contrato o por ejecución directa.

*Esta decisión es de trascendental importancia pues produce como efecto que, se defina la normativa aplicable para cada caso, así como los controles que deberían llevarse a cabo. Sobra recalcar que, para adoptar esta decisión, durante la fase de preinversión, **la propia institución, debe valorar y certificar sus propias capacidades técnicas, operativas, financieras y jurídicas** que le permitan tomar la decisión más conveniente para los intereses institucionales y nacionales, siempre precautelando el uso eficiente de los recursos públicos.*

*Por último, en el escenario de la ejecución de la obra en forma directa, se ha considerado las prohibiciones establecidas en la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como la conducta tipificada en la letra e) del numeral 3 del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal; para prevenir ciertas formas de evadir o eludir los procedimientos establecidos en la referida Ley; por todas estas razones, la propia Norma de Control 408-15, en sus partes pertinentes señala: **“...La ejecución de una obra de forma directa no implica dividir en múltiples contratos de menores cuantías con el fin de eludir los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...) pues se entiende que, al momento de elegir la modalidad de ejecución, se ha certificado que cuenta con la capacidad logística tal que le permita llevar adelante la construcción sin utilizar los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública...”.** [el énfasis y subrayado es agregado]*

En conclusión, en atención a los términos de la consulta formulada por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil, 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, no limitan la ejecución de ningún procedimiento de contratación previsto en la normativa vigente; no obstante, cabe advertir que el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece: “Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su

autoridad”; por tal razón, es de exclusiva responsabilidad de la máxima autoridad y/o de los funcionarios o servidores inmersos, las decisiones que se tomen, mismas que se deben adoptar en función del análisis y sustento técnico y legal pertinentes, encaminadas a salvaguardar y precautelar los recursos públicos” (el subrayado corresponde al texto).

- 1.5. De lo expuesto se observa que a criterio del GADM Guayaquil, por el ejercicio de la autonomía administrativa de los GAD en la ejecución de obras de forma directa no está expresamente prohibido la contratación de servicios de alquiler de maquinaria mediante procedimientos de contratación pública amparados en la LOSNCP, en la ejecución de obras por administración directa, siempre que se justifique su capacidad de efectuar directamente una obra.

Por su parte, la CGE aclara que las Normas de Control Interno establecen controles que deben contemplarse para prevenir prácticas que atenten contra el buen uso de los recursos públicos; incluye que para la ejecución de obras de forma directa las entidades deberán evaluar sus capacidades técnicas, operativas, financieras y jurídicas, debiendo considerar las prohibiciones establecidas en la Disposición General Segunda de la LOSNCP sobre la subdivisión de procedimientos, y la elusión de procedimientos prevista en la letra e) del numeral 3 del artículo 278 del COIP que, acorde al ente de control, son recogidas en el acápite 408-15 ibidem. Finalmente aclara que las Normas de Control Interno no limitan la ejecución de procedimientos de contratación pública, recordando la responsabilidad de las máximas autoridades de las instituciones del Estado por los actos, contratos, o resoluciones emitidas en ejercicio de sus funciones, según lo previsto en el artículo 77 de la LOCGE.

2. Análisis. -

Para el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: i) Gestión directa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales para la ejecución de obras; y, ii) Previsiones para la ejecución de obras por gestión institucional directa.

2.1. Gestión directa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales para la ejecución de obras. -

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; para este efecto, es fundamental que los servidores públicos ejerzan únicamente las **competencias** y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

Como parte de las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales (en adelante, “GADM”) los numerales 3 y 7 del artículo 264 de la CRE les permiten: i) “Planificar, **construir y mantener la vialidad urbana**”; y, ii) “Planificar, **construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley**” (énfasis añadido).



En concordancia, los literales c), f) y g) del artículo 55 del COOTAD establece las siguientes competencias exclusivas de los GADM:

“c) Planificar, construir y mantener la vialidad urbana;

(...)

*f) Ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco, prestar los servicios públicos y **construir la obra pública cantonal correspondiente**, con criterios de calidad, eficacia y eficiencia, observando los principios de universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, solidaridad, interculturalidad, subsidiariedad, participación y equidad;*

g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley. Previa autorización del ente rector de la política pública, a través de convenio, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán construir y mantener infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, en su jurisdicción territorial (...) (énfasis añadido).

Por otra parte, el artículo 238 del Capítulo I “PRINCIPIOS GENERALES” del Título V “ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO” de la CRE establece que los “gobiernos autónomos descentralizados **gozarán de autonomía política, administrativa y financiera (...)**” (énfasis añadido).

Al respecto, el primer inciso del artículo 5 del COOTAD establece que la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante, “GAD”), “*comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno (...)*”; y, su tercer inciso agrega que la autonomía administrativa de los GAD, consiste en:

“(...) el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley” (énfasis añadido).

Al efecto, sobre las modalidades de gestión, de acuerdo con el artículo 274 del COOTAD los GAD “*son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce*”; en este sentido, el artículo 275 ibídem incluye que los GAD podrán prestar servicios y ejecutar obras de su competencia por gestión de “*forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta*” (énfasis añadido). En esta línea de ideas, los artículos 276 y 278 del COOTAD definen la modalidad de gestión directa o por contrato como:

“Art. 276.- Gestión institucional directa.- Es la que realiza cada gobierno autónomo descentralizado a través de su propia institución, mediante la unidad o dependencia prevista en la estructura orgánica que el órgano de gobierno cree para tal propósito” (énfasis añadido).

Art. 278.- Gestión por contrato.- En la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultaría, los gobiernos autónomos descentralizados observarán las disposiciones, principios, herramientas e instrumentos previstos en la Ley que regule la contratación pública” (énfasis añadido).

Finalmente, el segundo inciso del acápite 408-15 “Ejecución de la obra de forma directa” de las Normas de Control Interno permite que las entidades del sector público ejecuten obras “con sus propios recursos materiales y humanos”, lo cual guarda concordancia con la gestión institucional directa que pueden realizar los GAD; sin embargo, establece restricciones que serán analizadas en el siguiente punto del pronunciamiento.

De la normativa previamente analizada se desprende lo siguiente: *i)* en ejercicio de la autonomía administrativa los GAD pueden ejecutar obras de su competencia mediante las distintas modalidades de gestión previstas en el COOTAD; *ii)* las modalidades de gestión institucional directa, o por contrato, para la ejecución de obras se diferencian al establecer que la primera se realiza a través de una dependencia que forma parte de la estructura institucional del GAD; y, la gestión por contrato se da mediante procedimientos de contratación pública amparados en la LOSNCP; *iv)* en cumplimiento del artículo 55 del COOTAD, los GADM pueden planificar y construir la obra pública cantonal, la infraestructura física y los equipamientos de los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo y la vialidad urbana en su jurisdicción territorial.

2.2. Previsiones para la ejecución de obras por gestión institucional directa. -

El artículo 425 de la CRE establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y aclara en su segundo inciso que en “*caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía*”, las autoridades administrativas lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior; y su inciso final agrega que la “*jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados*” (énfasis añadido).

Al respecto, la entidad consultante plantea un conflicto entre las normas infra constitucionales: *i)* el COOTAD que prevé la autonomía administrativa, y las competencias para ejecutar obras mediante gestión institucional directa del GADM; y, *ii)* el acápite 408-15 “Ejecución de la obra de forma directa”, de las Normas de Control Interno expedidas por la CGE. Las referidas normas son de distinta jerarquía siendo el COOTAD la norma jerárquica superior; sin embargo, se considera necesario analizar el alcance de las normas en discusión para verificar si existe un conflicto normativo.



En primer lugar, las facultades de la CGE para expedir normas fueron analizadas por este organismo en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 06638, de 2 de mayo de 2024, el cual analizó y concluyó:

“(…)

Por otro lado, de conformidad con los artículos 204, último inciso y 211 de la CRE, la CGE es un organismo público, que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, constituyéndose como el “(...) organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales (...)”, siendo parte de sus funciones, además de las que determine la ley, el “Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones (...)”, según el numeral 3 del artículo 212 ibidem.

(…)

De lo expuesto se observa que: i) la CGE es un organismo público de control que cuenta con la facultad de expedir normas de carácter general para el cumplimiento de sus funciones; ii) la CGE mantiene bajo su dirección el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, para regular el funcionamiento del referido sistema, y puede expedir reglamentos necesarios para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades (...)” (énfasis añadido).

En la misma línea de ideas, en absolución de consultas contenida en el oficio No. 04808, de 12 de diciembre de 2023, en su punto 2.3 se analizó “La Auditoría de Gestión y el Control Previo al Pago Regulado por las NCP”, concluyendo que las Normas de Control Interno “(...) expedidas por la CGE, **se orientan al cumplimiento del ordenamiento jurídico, técnico y administrativo** y la adopción de medidas oportunas para corregir las deficiencias de control (...)” (énfasis añadido).

En este sentido, el primer inciso del acápite 408-15 de las Normas de Control Interno, establece que, previo a decidir la ejecución de una obra de forma directa, la máxima autoridad de la entidad debe contar con “**los informes técnicos, factibilidad, legales y financieros, que justifiquen la capacidad operativa institucional para la ejecución de la obra**” (énfasis añadido). A continuación, el segundo inciso de la norma ibidem aclara que la ejecución de una obra de forma directa se realiza con “**sus propios recursos materiales y humanos**”, acorde a su planificación y presupuesto. Aquello no contraría la autonomía del GADM, al referirse a la planificación de obras que son parte de sus competencias.

Por su parte, el tercer y cuarto inciso del acápite 408-15 de las Normas de Control Interno, aclaran que la ejecución de obras por esta modalidad no acepta la subdivisión de procedimientos de contratación en cuantías menores, prohibida en el segundo inciso de la Disposición General Primera de la LOSNCP, que establece “**El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley**”; en este sentido, no se contrarían las competencias de los GADM, y la norma de control reitera la prohibición prevista en las normas de contratación pública, aclarando que la ejecución de

obra de forma directa no implica un tipo de autorización para subdividir procedimientos de contratación pública.

El quinto inciso del acápite 408-15 de las Normas de Control Interno prohíbe la contratación de *“personal técnico adicional ni de trabajadores de la construcción, así como el alquiler o arrendamiento de equipo o maquinaria”* en la ejecución de obra de forma directa; ante lo cual, es necesario identificar si la referida prohibición entra en conflicto con las competencias de gestión institucional directa de los GAD, o, por el contrario, es una norma complementaria para la gestión por contrato prevista en los artículos 276 y 278 del COOTAD, así tenemos:

Normas de Control Interno	COOTAD
Quinto inciso del acápite 408-15 <i>“Ejecución de la obra de forma directa”</i>	Art. 276.- Gestión institucional directa
<i>“La entidad no podrá contratar personal técnico adicional ni de trabajadores de la construcción, así como el alquiler o arrendamiento de equipo o maquinaria, pues se entiende que, al momento de elegir la modalidad de ejecución, se ha certificado que cuenta con la capacidad logística tal que le permita llevar adelante la construcción sin utilizar los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública. Las únicas contrataciones permitidas en esta modalidad de ejecución son las dirigidas a la adquisición de materiales o equipamiento que se incorporará definitivamente a la obra”.</i>	<i>“Es la que realiza cada gobierno autónomo descentralizado a través de su propia institución, mediante la unidad o dependencia prevista en la estructura orgánica que el órgano de gobierno cree para tal propósito”</i>
	Art. 278.- Gestión por contrato
	<i>“En la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultaría, los gobiernos autónomos descentralizados observarán las disposiciones, principios, herramientas e instrumentos previstos en la Ley que regule la contratación pública”</i>

Fuente: Cuadro elaborado por la Procuraduría General del Estado.

El quinto inciso del acápite 408-15 de las Normas de Control Interno plantea que para la ejecución de obras de forma directa la entidad *“ha certificado que cuenta con la capacidad logística tal que le permita llevar adelante la construcción sin utilizar los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública”*. En este sentido, es necesario entender a qué se refiere la denominada *“capacidad logística”*. Así, tenemos que el Diccionario de la Lengua Española define a la logística como el *“Conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, especialmente de distribución”*⁹.

En virtud de lo anterior, se infiere que, previo a optar por la ejecución de una obra de forma directa el GADM, deberá certificar que cuenta con el conjunto de medios (*personal, equipo o maquinaria*) para el desarrollo de ésta y, en consecuencia, no realizará procedimientos de contratación pública que impliquen la posterior subdivisión de contratos. Esto guarda concordancia con el artículo 276 del COOTAD que prevé que para

⁹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/log%C3%ADstico>



construir una obra mediante la modalidad de Gestión Institucional Directa el GAD ejecutará la misma, a través de su propia institución, mediante la unidad o dependencia prevista en la estructura orgánica para tal propósito.

De la normativa previamente analizada se desprende lo siguiente: *i)* la autonomía administrativa de los GAD se encuentra prevista en la CRE y el COOTAD; *ii)* la CGE, como parte de sus facultades, puede emitir normas de carácter general, entre éstas las Normas de Control Interno, las cuales se orientan al cumplimiento de la normativa jurídica, técnica y administrativa de toda administración pública; *iii)* la prohibición de alquiler o arrendamiento de equipo o maquinaria en la ejecución de una obra de forma directa, prevista en el acápite 408-15 de las Normas de Control Interno, busca que las instituciones previo a seleccionar esa forma de gestión, cuenten con la capacidad logística necesaria para llevarlas a cabo, sin necesidad de recurrir a procedimientos de contratación pública, a excepción de la adquisición de materiales y **equipamiento definitivos para la obra**; y, *iv)* la prohibición de alquiler de bienes para la ejecución directa de una obra no constituye un impedimento al ejercicio de las facultades de los GAD, sino una previsión legal de carácter normativo dirigido en específico a dicha modalidad de ejecución, sin que implique un menoscabo a la capacidad del GAD de ejecutar obras de infraestructura a través de los procesos de contratación previstos en la LOSNCP.

3. Pronunciamiento. -

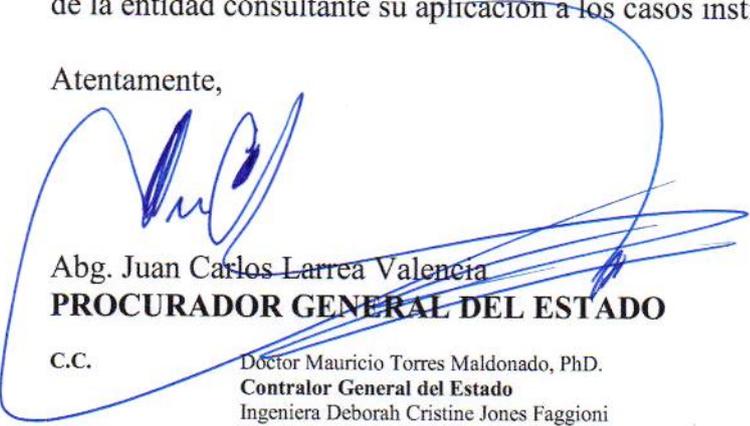
En atención a los términos de la consulta, se concluye que, conforme lo dispuesto en los artículos 264 de la Constitución de la República del Ecuador; 5, 276 y 278 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la contratación de servicios de alquiler de maquinaria, destinada a la ejecución de obras por administración directa en el marco de los procedimientos previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, es viable, siempre que dicha contratación no implique la elusión de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni la subdivisión de contratos.

Finalmente, cabe precisar que las decisiones que se adopten al respecto son de exclusiva responsabilidad de la máxima autoridad del GAD y/o de los servidores o funcionarios involucrados, quienes deberán fundamentarlas en un análisis técnico y legal pertinente. Dichas decisiones deben garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable, salvaguardar y precautelar los recursos públicos, y observar los principios de eficiencia, transparencia y optimización de recursos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, se recuerda que el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que *“Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad”*.

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. Doctor Mauricio Torres Maldonado, PhD.
Contralor General del Estado
Ingeniera Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. **09588**

Quito, D.M., **28 NOV 2024**

Señor

Aquiles Álvarez Henriques

ALCALDE

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
GUAYAQUIL**

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficios Nos. AG-AAA-2024-6239, de 24 de septiembre de 2024, y No. AG-AAA-2024-6475, de 02 de octubre de 2024, ingresados en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 24 de septiembre y 3 de octubre de 2024, respectivamente, se formuló la siguiente consulta:

“Considerando el contenido sustancialmente económico de los contratos de concesión y el derecho del concesionario, mientras esté vigente el contrato de concesión, a recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo, ¿debe entenderse respecto de los contratos de concesión de servicios públicos celebrados al amparo de la Ley de Modernización del Estado y de su Reglamento Sustitutivo, que de acuerdo con el alcance del artículo 76 párrafo primero del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, que el costo que asume el concesionario con fondos propios respecto de las fiscalizaciones que contrata por las obras que debe ejecutar y entregar al concedente para asegurarse que tales obras cumplan con las exigencias y estándares previamente establecidos, forma parte de la inversión que debe ser reconocida por el concedente para los fines económicos previstos en el respectivo contrato y en la normativa aplicable?”

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 el oficio No. DAJ-2024-7215, de 23 de septiembre de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil (en adelante “*GADM de Guayaquil*”), citó los artículos 82, 211, numeral 3 del artículo 237, artículo 285 numerales 1 y 3, 302 numeral 3, 308, 338 y 339 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “*CRE*”); 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998² (en adelante, “*Constitución 1998*”); 41 y 46 de la Ley de Modernización del

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

² Constitución 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos³ (en adelante, “LME”); Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada⁴; 69, 76, 78, 79 y 94 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada⁵ (en adelante, “RSLME”); 100 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones⁶ (en adelante, “COPCEI”); 74 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante, “COA”); 155 y 268 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁸ (en adelante, “RGLOSNCI”); y, acápite 408-12 del Acuerdo No. 004-CG-2023 de la Contraloría General del Estado que contiene 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”⁹ (en adelante, “Normas de Control Interno”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III LAS CONCESIONES, LAS OBRAS Y LAS INVERSIONES

(...)

La relevancia económica y jurídica de los contratos de concesión se hizo presente en la normativa de aplicación de la Ley de Modernización. Así, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 581 del 2 de diciembre de 1994 dedica 42 artículos a las normas generales sobre la concesión y 18 a la concesión de obra pública, sin perjuicio de la regulación que hace respecto de la concesión de uso o servicio público, de las concesiones en el sector eléctrico, de las concesiones de agua potable y saneamiento ambiental y de las concesiones de obras o servicios portuarios

Es justo decir que en términos generales la institucionalidad pública ha respetado los contratos celebrados al amparo de la Ley de Modernización del Estado. La Procuraduría General del Estado a través de diversas absoluciones de consultas ha dejado en claro el respeto al régimen jurídico vigente a la época de la celebración de los contratos de delegación a la iniciativa privada, y, por lo mismo, de los contratos de concesión.

(...)

En definitiva, el concesionario es contratado por el concedente en razón de su capacidad económica para invertir en la respectiva obra o servicio, y en razón de su expertise. A cambio el concesionario tiene derecho a una retribución económica y utilidad por sus

³ LME, publicada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993, derogado por el Código Orgánico Administrativo publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁴ RGLME, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994.

⁵ RSLME, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 581 de 2 de diciembre de 1994.

⁶ COPCEI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

⁷ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

⁸ RGLOSNCI, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁹ Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 257 de 27 de febrero de 2023.

09588

MUNICIPIO DE GUAYAQUIL
0006197-2024
Página. 3

inversiones riesgo y trabajo. Para hacer efectivo este derecho el concesionario debe acreditar su inversión, riesgo y trabajo. Es decir, hay una relación de causa a efecto entre inversión (riesgo y trabajo) y retribución económica y utilidad.

Así entendido, cuando el concesionario ejecuta obras previstas en cumplimiento de su contrato de concesión debe acreditar los costos efectivos en que incurrió para la ejecución de dichas obras. Estas obras deben cumplir las exigencias y estándares previamente establecidos para poder ser recibidas por el concedente, y para ello el control de las mismas durante su proceso de ejecución adquiere notable y obvia importancia. Ese control se ejecuta típicamente por medio de fiscalización, la cual puede ser realizada por medio del personal permanente del concesionario, sujeto a relación de dependencia, o puede ser contratada. En el primer caso luce obvio que los gastos en que incurra el concesionario serán costos indirectos; mientras que en el segundo caso, esto es el de la fiscalización contratada para cada obra o grupo de obras, los gastos en que incurra el concesionario serán costos directos, pues lo que se paga a los fiscalizadores forma parte de los rubros necesarios en que tiene que invertir el concesionario para entregar las obras planificadas de acuerdo con las exigencias y estándares previstos. Al provenir los dineros con que se financian las obras de la concesión de fondos propios del concesionario no son aplicables las normas estatales de control respecto de los elementos que configuran costos directos de las obras públicas, pues dichas normas parten de que los dineros con que se financian las obras públicas son dineros públicos, no del concesionario (énfasis añadido).

Más aún, dichas normas de control jurídicamente no pueden regular cómo se estructuran los costos directos en que incurre un concesionario con dinero privado para ejecutar y entregar al concedente las obras planificadas. Constitucionalmente es imposible, pues de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Y más todavía, el artículo 2 del Acuerdo 004 antes citado de la Contraloría General del Estado es claro en su ámbito de aplicación: "Las Normas de Control Interno se aplicarán en todas las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, a las que se refiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado."

IV CRITERIO JURÍDICO

*Es mi criterio, de acuerdo con el alcance jurídico del artículo 76 párrafo primero del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, que los concesionarios de servicios públicos cuyos contratos de concesión se celebraron al amparo de la **Ley de Modernización del Estado y del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de dicha Ley** tienen derecho a que el ente concedente reconozca como parte de la inversión del concesionario (para los fines económicos previstos en el respectivo contrato y en la normativa aplicable) los gastos en que este haya incurrido por la contratación, con fondos propios, de la fiscalización de las obras que debe ejecutar y entregar al concedente en orden a asegurar que dichas obras cumplan con las exigencias y estándares previamente establecidos (...)"*

08280

2. Análisis. -

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

El RSLME entró en vigor el 2 de diciembre de 1994¹⁰ y fue derogado por la Disposición Derogatoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 810¹¹; por lo tanto, es necesario referirnos a los efectos de la ley previstos en la regla 18a del artículo 7 del Código Civil (en adelante, “CC”), que contempla el principio de irretroactividad de la Ley, el cual señala:

*“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:*

(...)

*18a.- En todo contrato se entenderán incorporadas **las leyes vigentes al tiempo de su celebración**” (énfasis añadido).*

Con relación a lo mencionado, – con el fin de ejemplificar los costos por “inversión” en que incurriría el concesionario en la fiscalización de obras – la consulta e informe jurídico incluyen el presupuesto referencial de un procedimiento de contratación pública de consultoría regulado por la LOSNCP denominado “*FISCALIZACIÓN DE LA OBRA PAVIMENTACIÓN, INCLUYE CONSTRUCCIÓN DE ACERAS Y BORDILLOS E IMPLEMENTACIÓN DE ALCANTARILLADO HIDROSANITARIO POLÍGONO 7 COOP TIWINZA Y NUEVA GUAYAQUIL PROGRAMA CAF XIV*”, el cual en el “*ANEXO DE COSTOS DIRECTOS*, numerales “1) *Remuneraciones*” realiza un cálculo del total de las remuneraciones para el personal requerido para la fiscalización de obra; y, en el numeral “2) *Beneficios y Cargas Sociales*” detalla las obligaciones patronales que se deben cumplir y calcula un total de “(...) *BENEFICIOS Y CARGAS SOCIALES*”.

Por lo expuesto, y en atención a los términos de la consulta y criterio jurídico, las disposiciones de LOSNCP, su Reglamento General y normativa secundaria no son aplicables a los contratos de concesión o delegación celebrados al amparo de lo previsto en la LME y en el RSLME, pues estos son de naturaleza distinta que aquellos cuyo propósito sea la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, incluidos los de consultoría que realizan las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNCP. En resumen, los contratos de concesión se rigen por el régimen jurídico que las partes contratantes hayan estipulado en el respectivo instrumento contractual.

En este contexto, sobre las obligaciones laborales de la concesionaria, el segundo inciso del artículo 88 del RSLME establece de forma clara que: “(...) **Ni el Estado ni la entidad**”

¹⁰ RSLME, Disposición Final “ARTICULO FINAL.- El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.”

¹¹ Decreto 810, publicado en el Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011.

concedente serán responsables de las obligaciones patronales, laborales, ni de ninguna especie adquiridas por la concesionaria con el personal utilizado en el cumplimiento de la concesión” (énfasis añadido). Por lo tanto, en los contratos de concesión el Estado no es ni será responsable por las obligaciones adquiridas por la concesionaria con su personal contratado **para el cumplimiento de la concesión.**

En relación con el **esquema de retribución económica a favor de la concesionaria**, el literal c) del artículo 46¹² de la LME estableció que los contratos de concesión debían contener una cláusula obligatoria sobre el “*esquema de retribución del contratista*”, esto en concordancia con el literal c) del artículo 87 del RSLME, el cual reitera que en todo contrato de concesión se debía incluir, como obligación de la autoridad concedente o del ente de control, el “*Permitir que el concesionario obtenga su retribución según el esquema convenido*” (énfasis añadido).

El primer inciso del artículo 76 de la RSLME, sobre la retribución económica que recibiría el concesionario, establece que “*(...) mientras esté en vigencia el contrato de concesión tendrá derecho a recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo*”; lo cual enfatiza la obligación del Estado de cumplir con el esquema de retribución previsto en el contrato a favor del concesionario (énfasis añadido).

En esta línea de ideas, el segundo inciso del artículo 76 del RSLME permite que cuando “*el esquema de retribución sea mediante tarifas pagadas por los usuarios del servicio estas serán ajustadas de acuerdo con las estipulaciones previstas en el respectivo contrato de concesión*”; lo cual guarda relación con el literal i) del artículo 46¹³ de la LME, que establece como cláusula obligatoria del contrato de concesión de servicios “*El procedimiento para establecer los pliegos tarifarios en los casos de servicios para la ciudadanía*” (énfasis añadido).

El tercer inciso del artículo ibidem reitera que el esquema de retribución contractual “*(...) deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio*” (énfasis añadido).

Al efecto, la forma de determinar el esquema de retribución económica mediante pliego tarifario para los contratos de concesión de uso y servicio público, y la obligación de

¹² Artículo 46 de la LME fue sustituido por el artículo 20 de la Ley para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana Decreto Ley 2000-1, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000: “Art. 20.- El artículo 46 dirá:

“Artículo 46.- Contratos: Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración (...)” (énfasis añadido).

¹³ Artículo 46 de la LME fue sustituido por el artículo 20 de la Ley para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana Decreto Ley 2000-1.

09588

MUNICIPIO DE GUAYAQUIL
0006197-2024
Página. 6

establecer su periodo de vigencia, se regula en el primer y segundo inciso del artículo 77 del RSLME, los cuales prevén:

“En la determinación de pliego tarifario a que se refiere el literal i) del artículo 46 de la Ley de Modernización se tomará en consideración la necesidad de proveer al concesionario la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer en valores reales sus costos, recuperar su inversión y obtener una rentabilidad razonable.

Sin excepción en los contratos de concesión de uso y servicio público constará el periodo de vigencia de cada estructura tarifaria y el procedimiento para la aprobación de los nuevos pliegos tarifarios, si fuere aplicable” (énfasis añadido).

Por otra parte, el tercer inciso del artículo 77 ibidem establece cómo se determina la estructura tarifaria para concesiones por obra pública:

“En las concesiones de obra pública, sin excepción, la estructura tarifaria contendrá los precios máximos autorizados a cobrar y un sistema de reajuste, a valor real, para todo el período de la concesión. Este deberá ser un factor determinante en toda adjudicación. Las tarifas podrán ser revisadas para adecuarlas por variaciones de costos que no puedan ser controlados directamente por el concesionario y para compensar los efectos de modificación en las condiciones generales del contrato por actos de autoridad. A falta de acuerdo se someterá al sistema de arbitraje que deberá contener cada base y contrato de concesión de obra pública” (énfasis añadido).

Por lo tanto, la retribución económica que recibiría el concesionario durante la vigencia de la concesión se regulará acorde a los pliegos o estructura tarifaria prevista en los contratos de concesión de uso y servicio público, y concesión por obra pública.

En este contexto, el artículo 115 del RSLME, ubicado en el Capítulo III “De la Concesión de Obra Pública”, establece que *“Se entenderá como valor de la inversión el correspondiente a la construcción, y mantenimiento de la obra: si lo hubiera los gastos de expropiación y servidumbre. Se entenderán como costos operativos la administración, recaudación así como los de supervisión y fiscalización” (énfasis añadido).*

Finalmente, la Procuraduría General del Estado en oficio No. 07121, de 5 de junio de 2024, se pronunció sobre la posibilidad de otorgar prórrogas de plazo en contratos de concesión al amparo de la LME; pronunciamiento en el cual analizó la normativa aplicable a los contratos de concesión, la posibilidad de celebrar contratos de concesión y la forma de retribución económica. En este sentido concluyó:

“De la normativa analizada se desprende lo siguiente: (i) en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, por lo que corresponde al consultante determinar las normas que se encontraban vigentes a la fecha de celebración de los contratos de concesión; (ii) la LME y su Reglamento reconoce la delegación de servicios públicos por parte del Estado a favor de empresas privadas, entre ellas la modalidad de concesión; (iii) las concesiones al sector privado serán asumidas por su propia cuenta y riesgo para ejecutar una obra o prestar un servicio público, a cambio

de recibir una compensación por sus inversiones y trabajo; (iv) se deben garantizar las prestaciones y retribuciones que se consideraron al momento de celebrar el contrato y, si se modifican, al afectado debe ser compensado económicamente por los perjuicios causados; (v) el artículo 79 del RSLME permite que el contrato sea modificado por el concedente, en las características de la obra y servicios contratados y, en estos casos, modificar en consonancia las tarifas a compensar al concesionario por el daño emergente y lucro cesante (...)" (énfasis añadido).

De la normativa previamente analizada se desprende lo siguiente: *i)* los contratos de concesión se rigen por el régimen jurídico que las partes contratantes hayan estipulado en el contrato y las leyes vigentes al tiempo de su celebración; *ii)* en los contratos de concesión el Estado no será responsable por las obligaciones laborales de la concesionaria por el personal contratado en el cumplimiento de la concesión; *iii)* es obligación del Estado y del concesionario cumplir y respetar el esquema económico previsto en el contrato de concesión; y, *iv)* para la determinación del esquema de retribución económica en los contratos de concesión de uso y servicio público, mediante un esquema o pliego tarifario se tomará en consideración la necesidad de proveer al concesionario la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer en valores reales sus costos, recuperar su inversión y obtener una rentabilidad razonable. La fiscalización es un costo operativo en la concesión de obra pública.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta, se concluye que, en virtud de la regla decimoctava del artículo 7 del Código Civil – según la cual las leyes vigentes al momento de la celebración de un contrato se incorporan a éste – y de acuerdo con los artículos 76, 77, 87, 88 y 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, la fiscalización de las obras que efectúa el concesionario constituye un costo operativo, por lo que dicho rubro deberá ser reconocido por el concedente en los pliegos o en el esquema tarifario convenido en el contrato.

Finalmente, cabe precisar que el Estado no asume responsabilidad alguna respecto de las obligaciones laborales que se deriven del personal contratado por el concesionario para la ejecución del contrato de concesión.

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

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec