



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Diciembre 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 diciembre 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	09-dic-24	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO FUNCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	4
2	11-dic-24	MINISTERIO DE EDUCACIÓN PROFESIONALIZACIÓN DE DOCENTES BACHILLERES	10
3	12-dic-24	CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO APLICACIÓN DE NORMAS TÉCNICAS DE SUBSISTEMAS DE TALENTO HUMANO	19
4	13-dic-24	MUNICIPIO DE BIBLIÁN SILENCIO ADMINISTRATIVO	33
5	20-dic-24	CORPORACIÓN NACIONAL DE FINANZAS POPULARES Y SOLIDARIAS EXENCIONES DE FIDEICOMISOS	45
6	20-dic-24	SECRETARÍA DE INVERSIONES PÚBLICO PRIVADAS EJECUCIÓN DE INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA MEDIANTE APP	53

Oficio No. 09705

Quito, D.M., 09 de diciembre de 2024

Doctor

Mauricio Torres Maldonado, PhD.

CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. 541-DNJ-2024, de 15 de noviembre de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se solicitó la reconsideración del pronunciamiento emitido por este organismo mediante oficio No. 09188, de 25 de octubre de 2024, a fin de que se *“lo rectifique, en razón de que el mismo limita las funciones y atribuciones constitucionales y legales de la Contraloría General del Estado”*.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

I. Antecedentes:

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. La Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”), mediante oficio No. 362-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 16 del mismo mes y año, formuló la siguiente consulta:

“¿Si como consecuencia del control posterior a la institución pública se determina la falta del ejercicio de la facultad coercitiva por parte de la entidad contratante para imponer multas por retraso o incumplimiento de las obligaciones contractuales durante la ejecución del contrato, esta omisión como efecto del presente (sic) jurisprudencial antes citado, se constituye en una limitante legal en el ejercicio de la facultad de control y determinación de responsabilidades que mantiene la Contraloría General del Estado de conformidad con su Ley Orgánica?”

- 1.2. El informe jurídico No. 000499-DNJ-2024, de 14 de agosto de 2024, suscrito por el Director Nacional Jurídico Encargado de la CGE citó los artículos 82, 212, 226 y 288 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 4 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante, “LOSNCP”), 292 y 293 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante, “RGLOSNCP”); 18, 38, 45, 46, 52

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

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

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



y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, “LOCGE”); y, el precedente jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución No. 08-2024⁴, de 17 de mayo de 2024, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“La falta de ejercicio de esta facultad coercitiva, podría perfectamente enmarcarse a las causales previstas como responsabilidad administrativa culposa de conformidad a lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica de Orgánica (sic) de la Contraloría General del Estado, aplicable al administrado o sujeto de responsabilidad que por acción u omisión no cumpla con la Ley, normas específicas expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo y el precedente jurisprudencial, cuya sanción se la impondrá considerando los siguientes criterios previstos en el artículo 46 de la Ley ibidem: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada, es por ello la necesidad de cuantificar dentro de la acción de control la multa que debió haberse determinado en cumplimiento a las cláusulas contractuales, a fin de justificar la sanción por este tipo de responsabilidad en lo que refiere a la proporcionalidad del número de remuneraciones a imponer como multa, aplicando estos criterios.

Adicionalmente, considerando que el Estado, por inacción de un servidor público, dejó de percibir recursos dinerarios, líquidos y determinados, por parte del contratista quien, habiendo cumplido el contrato, tenía la obligación legal y contractual de satisfacer con el pago de multas por lo que esta omisión genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado (...) (Énfasis añadido).

- 1.3. En virtud de que la consulta formulada por la CGE se refería a la aplicación de normas de contratación pública, y con el fin de contar con mayores elementos de análisis, se solicitó el criterio jurídico institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”).

El requerimiento de esta Procuraduría fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2024-0205-OF, de 30 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo el 2 de septiembre de 2024, el cual citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 227, 424, 425 de la CRE; 5, números 12 y 17 del artículo 10, 70, 80, 92, números 1 y 3 del artículo 94, 95 y 99 de la LOSNCP; 295, números 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 303 del RGLOSNCP; con fundamento en los cuales expuso, en forma general, lo siguiente:

“(...) Es menester señalar que la oportunidad para la imposición de multas por parte del administrador del contrato será ante el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales; siendo primordial resaltar que constituye una causal

⁴ Resolución No. 08-2024, publicada en el Registro Oficial No. 575 de 10 de junio de 2024.

para la terminación anticipada y unilateral del contrato que las multas superen el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (...)"

- 1.4. El pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 09188, de 25 de octubre de 2024, consideró los criterios jurídicos institucionales de la entidad consultante, y el SERCOP, concluyendo lo siguiente:

"En atención a los términos de su consulta, se concluye que, conforme lo dispuesto en los artículos 18, número 34 del artículo 31, 45 y 52 de la LOCGE; el artículo 71 de la LOSNCP; los artículos 292 y 293 del Reglamento General de la LOSNCP; y el precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución No. 08-2024, se establece que las multas en la ejecución de un contrato administrativo deben imponerse oportunamente con el objetivo de sancionar el comportamiento del contratista en caso de retraso o incumplimiento contractual durante la ejecución del contrato; por lo que, la imposición de multas al momento de la terminación unilateral del contrato, su liquidación o en etapas posteriores, carece de sustento jurídico.

Así, considerando que las multas no representan ingreso esperado o planificado, sino una sanción que se activa como medida correctiva ante un incumplimiento por parte del contratista, la omisión en el ejercicio de la facultad coercitiva por parte de la entidad contratante para imponer multas durante la ejecución del contrato no genera, por sí misma, un perjuicio económico directo al Estado. En este escenario, dicha omisión acarrearía, en principio, únicamente responsabilidades administrativas, puesto que, para que exista una responsabilidad civil culposa, se deberá demostrar la existencia de un perjuicio económico real al Estado" (el énfasis corresponde al texto original).

II. El pedido de reconsideración:

- 2.1 El informe jurídico de la CGE, que sustenta el pedido de este organismo de control, citó los artículos 212, 227 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante, "CRE"); 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante, "LOSNCP"); 3, 31, 38, 45, 46, 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, "LOCGE"); 34 del Acuerdo No. 050-CG-2018⁷, que contiene el "Reglamento de determinación de Responsabilidades de la CGE"; y, el precedente jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia, contenido en la Resolución No. 08-2024⁸, de 17 de mayo de 2024, con base en lo cual manifestó:

*"En atención al análisis precedente, se evidencia que el Pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en Oficio No. 09188 de 25 de octubre de 2024, **limita las competencias de este Organismo técnico de control**, por cuanto: i. Hace extensiva la regla de derecho de la Resolución No. 08-2024 de 15 de mayo de 2024,*

⁵ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ LOSNCP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁷ Acuerdo No. 050-CG-2018 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 323 de 10 de septiembre de 2018.

⁸ Resolución No. 08-2024, publicada en el Registro Oficial No. 575 de 10 de junio de 2024.



*emitida por la Corte Nacional de Justicia, a la gestión de determinación de responsabilidades de la CGE, a pesar de que **dicha regla solo aplica al campo de la contratación pública**; ii. Considera que la determinación de responsabilidades civiles vía glosa se **limita únicamente al pago en exceso**; y, iii. Analiza la naturaleza de las multas en contratación únicamente desde la perspectiva de la contratante como una herramienta coercitiva de la administración pública; sin embargo, no se pronuncia sobre las obligaciones económicas que no fueron exigidas por la entidad, a pesar de existir incumplimientos comprobados de la contratista y existir expresos mandatos normativos y contractuales que sancionaban dicho incumplimiento”.*

2.2 De lo expuesto se aprecia que la CGE no plantea una reconsideración – en los términos del artículo 13 de la LOPGE – sino un pedido de aclaración respecto del pronunciamiento contenido en oficio No. 09188, de 25 de octubre de 2024. Como argumento adicional, sostiene que dicho pronunciamiento extiende la regla de derecho contenida en la Resolución No. 08-2024, de 15 de mayo de 2024, a la gestión de determinación de la CGE. Asimismo, señala que en el análisis realizado se consideró únicamente la responsabilidad civil por pagos en exceso, omitiendo, a su criterio, el tratamiento de las obligaciones económicas que no fueron exigidas oportunamente por la entidad contratante.

III. Análisis:

3.1. El pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en oficio No. 09188, de 25 de octubre de 2024, examinó en el numeral 2.1. las normas que permiten el control externo y la determinación de responsabilidades de la CGE, con fundamento en las cuales concluyó, en lo principal, lo siguiente:

- i) La CGE podrá determinar responsabilidades administrativas en razón de la inobservancia de disposiciones legales y el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones de los servidores o funcionarios sujetos a control.
- ii) La responsabilidad civil culposa se origina por un perjuicio económico al Estado.
- iii) La resolución para determinar responsabilidades civiles debe incluir la identificación clara del nexo causal entre los hechos y las normas, así como la determinación y cuantificación del perjuicio económico causado al Estado.
- iv) La CGE deberá especificar si la responsabilidad civil impuesta corresponde a una glosa u orden de reintegro.

Por otra parte, en el número 2.2., se analizó la imposición de multas en la ejecución de contratos derivados de un procedimiento de contratación pública y su responsabilidad, concluyendo:

- v) Es responsabilidad del administrador del contrato, en procedimientos de contratación pública, imponer las multas de forma oportuna.

- vi) La finalidad de la multa es sancionar la conducta del contratista a fin de que este corrija el retardo o incumplimiento contractual; la entidad contratante debe ejercer su facultad coercitiva dentro de los plazos y procedimientos previstos en el contrato y normativa de Contratación Pública expedida para el efecto, y en el caso de que su detección e imposición no fueren oportunas, su imposición posterior será indebida.

3.2. Respecto de lo expuesto por la CGE al solicitar la reformulación del pronunciamiento de esta Procuraduría, cabe agregar lo siguiente:

- a) 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 autoridades competentes, considerando para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.
- b) La sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional (Caso *Garantía de la motivación*), de 20 de octubre de 2021, en su numeral 102 permite la aplicación de sus pautas jurisprudenciales para la motivación de los actos administrativos. Al efecto, las resoluciones emitidas por CGE para predeterminar y determinar responsabilidades civiles culposas deben observar la referida sentencia “*con las debidas adaptaciones*”, a fin de cumplir con la motivación de sus actos administrativos.
- c) El artículo 52 de la LOCGE es claro al determinar que la responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria **por el perjuicio económico ocasionado al Estado**.
- d) Los números 1 y 2 del artículo 53 de la LOCGE, especifican y regulan los casos en que la CGE puede imponer – de forma privativa – una responsabilidad civil culposa mediante la “*predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa*” u “*ordenes de reintegro*”.
- e) El alcance del precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia contenido en la Resolución No. 08-2024, de 15 de mayo de 2024, determina que la imposición de multas provenientes de la ejecución de un contrato administrativo deberá realizarse de forma oportuna; y sería ilegal su imposición extemporánea “*(...) por ejemplo, al momento de decidir la terminación unilateral del contrato, en la liquidación del mismo o etapas posteriores*”.

IV. Ratificación del Pronunciamiento.-

Analizado el pedido se precisa que la Contraloría General del Estado, dentro del ejercicio de control sobre los recursos públicos, tiene como atribución privativa la determinación de responsabilidades. En tales casos, corresponde exclusivamente a la antes mencionada

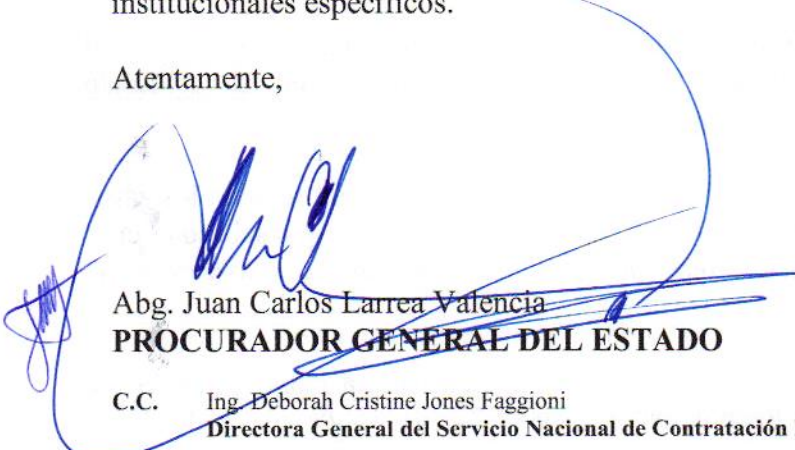


institución: establecer responsabilidades individuales administrativas por quebrantamiento de la norma; responsabilidades civiles culposas por el perjuicio económico sufrido por las entidades del Estado a causa de la acción u omisión de sus servidores; e, indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley.

Así, la omisión en la imposición oportuna de multas por parte del administrador del contrato, en principio, podría generar responsabilidades administrativas contra el servidor o servidores responsables de dicha omisión. Por otra parte, se aclara que el criterio vertido en el pronunciamiento materia de la solicitud del consultante no impide que la Contraloría General del Estado pueda determinar responsabilidades civiles culposas contra el administrador del contrato por la falta de imposición de multas al contratista, pero ello deberá estar debidamente motivado, debiendo evidenciarse además el perjuicio económico generado al Estado. Este análisis debe precisar el impacto económico causado por el incumplimiento y establecer, de ser el caso, la responsabilidad civil del servidor público encargado del control y administración contractual.

Finalmente, se reitera que el pronunciamiento del Procurador General del Estado tiene un carácter general y abstracto, limitado a la interpretación de las disposiciones jurídicas de manera genérica, sin extenderse al análisis de circunstancias específicas o hechos concretos. La valoración de estos corresponde exclusivamente a las autoridades competentes responsables de adoptar las medidas necesarias para precautelar los intereses públicos y garantizar la correcta aplicación de las normas legales en los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP

Oficio No. **09723**

Quito, D.M., **11 DIC 2024**

Doctora
Alegria de Lourdes Crespo Cordovez
MINISTRA DE EDUCACIÓN
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. MINEDUC-MINEDUC-2024-01230-OF, de 02 de agosto de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el 07 de noviembre del mismo año, se formuló la siguiente consulta:

“¿Cuál es el plazo que debería aplicar la Autoridad Educativa Nacional para ejecutar el plan de profesionalización de los docentes bachilleres que se encuentran en la carrera docente pública, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOEI, publicada en el primer suplemento del Registro Oficial Nro. 434 de 19 de abril de 2021, toda vez que la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI reformada a través de la Disposición Reformatoria Sexta de la Ley Orgánica reformativa de la LOEI establece que los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública deberán obtener un título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación hasta el 31 de diciembre de 2024, mientras que el Reglamento General a la LOEI publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 254 de 22 de febrero de 2023, en su Disposición Transitoria Décimo Séptima determina un plazo hasta el 31 de diciembre de 2026?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. El informe jurídico de la consultante, contenido en memorando No. MINEDUC-CGAJ-2024-00465-M, de 01 de agosto de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación (en adelante, “MINEDUC”) citó, en lo principal, los artículos 82, 147 numeral 13, 226, 234, 344, 349 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 4, 10 letra a) y la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural² (en adelante, “LOEI”), derogada por la Disposición Derogatoria Décima de la Codificación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural³ (en adelante, “CLOEI”), actualmente vigente; las Disposiciones Reformatorias Sexta y Transitoria Cuadragésima Cuarta de la Ley Orgánica

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

² LOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

³ CLOEI, publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 689 de 22 de noviembre de 2024.



Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural⁴ (en adelante, "LORLOEI"); 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵ (en adelante, "LOGJCC"); y, la Disposición Transitoria Décimo Séptima del Reglamento General a la LOEI⁶ (en adelante, "RGLOEI"), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

"4.- CRITERIO JURÍDICO:

4.1. (...) la Coordinación General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, en referencia al tema planteado, dentro del ámbito de su competencia considera que debería observarse lo previsto en la Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, en la cual se dispone que la Autoridad Educativa Nacional elabore, inicie y ejecute un plan de profesionalización destinado exclusivamente para los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública, pero no prevé plazo alguno para que los docentes bachilleres terminen su profesionalización, obteniendo el título correspondiente. (El resaltado corresponde al texto original y el subrayado me corresponde).

Adicionalmente, es importante señalar que las instituciones de educación superior implementan sus carreras al amparo de lo dispuesto en la Ley de Educación Superior, su Reglamento General de aplicación y demás normativa que rige el Sistema de Educación Superior, normativa que garantiza el derecho a la educación superior de todas las personas en general, sin considerar situaciones excepcionales como las dispuestas para el caso de los docentes bachilleres, a quienes la LOEI dispone un tiempo para la obtención de su título de tercer nivel; y, a la Autoridad Educativa Nacional elabore, inicie y ejecute un plan de profesionalización destinado exclusivamente para los docentes bachilleres, tiempos que se encuentran discordantes entre sí. (El subrayado me corresponde).

4.2. En esa línea, se considera que la referida Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta, estaría desarrollada en la Disposición Transitoria Décimo Séptima de su Reglamento General, según la cual los docentes bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública deben obtener un título de tercer nivel en Ciencias de la Educación hasta el 31 de diciembre de 2026. (El resaltado corresponde al texto original y el subrayado me corresponde).

4.3.- Tal aplicación normativa permitiría que el Ministerio de Educación, como ente rector del Sistema Educativo Nacional, pueda contar con un tiempo prudencial y suficiente para iniciar y ejecutar el plan de profesionalización de los docentes bachilleres. El no operar de esta manera, y aplicar drásticamente el plazo determinado en la Disposición Transitoria Décimo Cuarta (hasta el 31 de diciembre de 2024), podría ocasionar que un buen número de docentes bachilleres se quede excluido de los procesos de profesionalización, sin que puedan habilitarse para su categorización, recategorización o promoción dentro de las categorías del escalafón docente. (El subrayado me corresponde).

⁴ LORLOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 434 de 19 de abril de 2021.

⁵ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁶ RGLOEI, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 254 de 22 de febrero de 2023.

4.4. Téngase en cuenta que el Reglamento de una Ley es la norma en la que se define la forma en que el precepto legal, enunciativamente expresado en la Ley, puede llevarse a cabo y materializarse indicando el cómo hacer, qué hacer, dónde hacerlo, a partir de qué momento y hasta que fecha límite se puede o debe de hacer". (El subrayado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) El derecho de los docentes del sector público a acceder gratuitamente a procesos de desarrollo profesional y mejoramiento pedagógico y académico; ii) La obligación de los bachilleres de la carrera docente pública de obtener un título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación; y, iii) La naturaleza de las Disposiciones Transitorias.

2.1. El derecho de los docentes del sector público a acceder gratuitamente a procesos de desarrollo profesional y mejoramiento pedagógico y académico. -

De conformidad con lo previsto en el artículo 234 de la CRE, le corresponde al Estado garantizar la formación y capacitación continua de los servidores públicos, a través de las escuelas, institutos, academias y *"programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado"*.

Respecto del personal docente, el artículo 349 de la CRE establece que el Estado garantizará, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, *"formación continua y mejoramiento pedagógico y académico"*; además de una remuneración justa, de acuerdo con la profesionalización, desempeño y méritos académicos. Para el efecto, el artículo ibídem determina que: *"La ley regulará la carrera docente y el escalafón"; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles"*.

Al efecto, las letras a), g) y h) del artículo 17 de la LOEI incluyen los siguientes derechos de los docentes del sector público:

"a. Acceder gratuitamente a procesos de desarrollo profesional teórico y práctico, capacitación, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico en todos los niveles y modalidades, según sus necesidades y las del Sistema Nacional de Educación, donde se podrán incluir temas de emprendimiento e innovación;

(...)

g. Recibir una remuneración acorde con su experiencia, solvencia académica y evaluación de desempeño previo a la correspondiente capacitación de acuerdo con las leyes y reglamentos vigentes, sin discriminación de ninguna naturaleza;



h. Participar en concursos de méritos y oposición para ingresar al Magisterio Ecuatoriano y optar por diferentes rutas profesionales del Sistema Nacional de Educación, asegurando la participación equitativa de hombres y mujeres y su designación sin discriminación; (...)". (El subrayado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: i) corresponde al Estado garantizar al personal docente estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico, así como una remuneración justa según su profesionalización, desempeño y méritos académicos; ii) constituye un derecho de los docentes acceder a procesos de desarrollo profesional teórico y práctico, capacitación, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico, según sus necesidades y las del Sistema Nacional de Educación; y, iii) es un derecho de los docentes recibir una remuneración acorde, entre otros factores, con su solvencia académica.

2.2. La obligación de los bachilleres de la carrera docente pública de obtener un título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación. -

La Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI, materia de la consulta, cuyo texto inicial fue introducido por el artículo 14 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural⁷ (en adelante, "LORLOEI"), publicada el 25 de agosto de 2015, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la CLOEI, preveía que los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública "*deberán obtener un título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación hasta el 31 de diciembre de 2020*", y con ello su nombramiento definitivo en la categoría G, caso contrario se daría por terminado su nombramiento provisional (el subrayado me corresponde). Agrega la señalada disposición transitoria que, "*al mismo plazo se someterán aquellos bachilleres que encontrándose en la base de elegibles al momento de la publicación de dicha ley, accedan a la carrera docente pública*" tras ganar los respectivos concursos de mérito y oposición (el subrayado me corresponde).

Por su parte, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19⁸ (en adelante, "LOAH"), en su Disposición Transitoria Vigésima Primera amplió "*el plazo establecido en la disposición transitoria décimo cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural hasta en (sic) 31 de diciembre de 2022*".

Posteriormente, la LORLOEI en su Disposición Reformatoria Sexta, actual Disposición Reformatoria Tercera de la CLOEI, reemplazó la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la LOAH de la siguiente manera: "*Se amplía el plazo establecido en la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural hasta el 31 de diciembre de 2024*" (el subrayado me corresponde).

⁷ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 25 de agosto de 2015.

⁸ LOAH, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 229 de 22 de junio 2020; última reforma publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 245 de 1 de diciembre de 2021.

En este contexto, la LORLEI reformó el artículo 96 de la LOEI, actual artículo 168 de la CLOEI, y estableció que para ingresar a la carrera educativa pública se debía contar con un título de tercer nivel; disposición que fue ampliada y especificada en la LOAH, la cual prevé:

“Art. 168.- Niveles y títulos reconocidos. - Para ingresar a la carrera educativa pública se deberá contar con título de educación superior, debidamente registrado en el ente rector de las políticas públicas de la educación superior, ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales.

Los profesionales cuyos títulos de tercer nivel no correspondan a los de ciencias de la educación en sus distintas menciones y especialidades y los profesionales con título de nivel técnico o tecnológico superior que no correspondan a los de ciencias de la educación, deberán aprobar programas de capacitación en pedagogía, didáctica y profesionalización docente de acuerdo al Reglamento de la presente Ley, caso contrario no podrán ascender de categoría.

La Autoridad Educativa Nacional coordinará con la Universidad Nacional de Educación y demás instituciones de Educación Superior a fin de promover oferta educativa de pregrado y postgrado.”

Considerando las disposiciones mencionadas, se constata que, desde el año 2015, se estableció como requisito para ingresar a la carrera docente pública la acreditación de un título de educación superior. En consecuencia, resulta coherente que desde dicha fecha se exija a los bachilleres que deseen desempeñarse como docentes la profesionalización y la obtención de un título de tercer nivel en ciencias de la educación.

Del mismo modo, la referida LORLOEI en su Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta, correspondiente a la actual Disposición Transitoria Octogésima Tercera de la CLOEI, señaló adicionalmente lo siguiente: “En el plazo de 180 días a partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, la Autoridad Educativa Nacional elaborará e iniciará la ejecución de un plan de profesionalización para los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública” (el subrayado me corresponde).

En este contexto, la LORLOEI se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 434, de 19 de abril de 2021, cumpliéndose el plazo de 180 días el 16 de octubre del mismo año; plazo a partir del cual la Autoridad Educativa Nacional debió dar inicio a un plan de profesionalización para los bachilleres que se encontraban en la carrera docente pública a esa fecha. Nótese que la citada Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta de la LORLEI, actual Disposición Transitoria Octogésima Tercera de la CLOEI, contiene la obligación del MINEDUC de elaborar e iniciar la ejecución de un plan de profesionalización para los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública, sin que modifique la obligación de aquellos de obtener su título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación, prevista expresamente en la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI, reformada, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la CLOEI.



De otro lado, el RGLOEI publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 254, de 22 de febrero 2023, en su Disposición Transitoria Décimo Séptima precisó que: “Los docentes bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública, deberán obtener un título de tercer nivel en Ciencias de la Educación, hasta el 31 de diciembre del 2026”.

Mientras que la reformada Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la CLOEI, prevé expresamente el 31 de diciembre de 2024 como el plazo perentorio de profesionalización de docentes, el reglamento de ésta busca ampliar el plazo de dicha obligación al 31 de diciembre de 2026.

Respecto de la posibilidad de modificación de una ley orgánica por disposición de un reglamento de rango inferior, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández⁹ señalan que:

“El reglamento, en cuanto norma subordinada a la ley, no puede contradecir el contenido de la ley. Su ámbito de actuación está necesariamente limitado por la ley que lo autoriza. Cualquier disposición reglamentaria que contravenga la ley es, por tanto, nula y carece de efectos jurídicos.”

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador prevé con somera claridad como facultad privativa de la Asamblea Nacional;

“Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

(...)

*6. Expedir, codificar, **reformular y derogar las leyes**, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio (...)*” (énfasis añadido).

Así entonces, los principios de jerarquía normativa y legalidad delimitan las potestades reglamentarias y subordinan al reglamento al desarrollo y concreción de lo preceptuado en la ley, sin que aquello se traduzca en la posibilidad de “reformular” o contradecir disposiciones o inclusive plazos dados por ley; facultad que es exclusivamente reservada a la Asamblea Nacional.

De lo expuesto se observa que: *i)* de acuerdo con la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI, reformada, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la CLOEI, los bachilleres que se encontraban, al 25 de agosto de 2015 en la carrera docente pública debían obtener su título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación hasta el 31 de diciembre de 2024; *ii)* la Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta de la LORLOEI, actual Disposición Transitoria Octogésima Tercera de la CLOEI, previó un plazo general, hasta el 16 de octubre de 2021, única y exclusivamente para que la Autoridad Educativa Nacional elabore e inicie la ejecución de un plan de profesionalización para los bachilleres que se encuentren en la carrera

⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, pág. 176.

docente pública; y, *iii*) el RGLOEI, al tratarse de una norma jerárquicamente inferior, no puede modificar el plazo máximo previsto en la LOEI para la profesionalización de bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública.

2.3. La naturaleza de las Disposiciones Transitorias. -

Sobre las disposiciones transitorias, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic¹⁰ manifiestan que: “Muchas veces el legislador dicta las llamadas disposiciones transitorias, mediante las cuales previene los conflictos entre la ley antigua y la nueva al determinar los efectos precisos que ésta debe producir en las relaciones o situaciones anteriores” (el subrayado me corresponde).

Así, el artículo 425 de la CRE establece el siguiente orden jerárquico de aplicación de las normas *“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.”* Luego, el mismo artículo indica *“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.”*

En este sentido, el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, dispone que: “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (el subrayado me corresponde).

Por otra parte, el inciso primero del artículo 7 del Código Civil¹¹ establece el principio general de irretroactividad de la ley al prever que: *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; (...)”*.

Respecto de la irretroactividad de las normas, la Corte Constitucional¹² en sentencia No. 031-17-SIN-CC, de 14 de noviembre de 2017, expuso:

“(...) Es uno de los principios más elementales que guían la aplicación de la ley es su irretroactividad que significa que ésta sólo rige para lo venidero, y sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. (...) En otras palabras, este principio tiene entre sus objetivos primordiales, otorgar certeza al ordenamiento jurídico por la estricta aplicación de la ley; se trata de una garantía que se asienta como elemento para el efectivo goce de la seguridad jurídica, contra la aplicación de las normas por parte de autoridades estatales (...)”. (El subrayado me corresponde).

¹⁰ Alessandri, A., Somarriva, M., Vodanovic, A., Curso de Derecho Civil, Parte General y los Sujetos de Derecho, Cuarta Edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1971, Chile, págs. 182- 183.

¹¹ Código Civil, Codificación 10, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹² Publicado en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 34 de 14 de marzo de 2018.



En cuanto a la aplicación del principio de irretroactividad de los reglamentos, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹³ explican:

“a) Se ha venido considerando tradicionalmente como una regla propia del derecho administrativo la que entiende que, si bien la ley puede establecer sin más su retroactividad (...), el reglamento, en cambio, no puede hacerlo. Según ello, la posibilidad de aplicación retroactiva quedaba, pues, referida a las leyes formales, pero no a los reglamentos”. (El subrayado me corresponde).

De lo citado se concluye que: *i)* las disposiciones transitorias tienen como propósito prevenir los conflictos entre la ley antigua y la nueva al determinar los efectos precisos que ésta debe producir en las situaciones anteriores; *ii)* la ley rige para lo venidero y sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación; *iii)* la actual LOEI, reformada por la LORLOEI, prevé que tanto los bachilleres que se encontraban en la carrera docente pública o en la base de elegibles, al 25 de agosto de 2015, debían obtener su título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación hasta el 31 de diciembre de 2024; *iv)* el plazo previsto hasta el 16 de octubre de 2021, para que la Autoridad Educativa Nacional elabore e inicie la ejecución de un plan de profesionalización para los bachilleres que se encontraban, a la fecha de expedición de la LORLOEI, en la carrera docente pública, es distinto al plazo contemplado en la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la LOEI, reformada, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la CLOEI; y, *vi)* la posibilidad de aplicación retroactiva se refiere a las leyes formales y no a los reglamentos.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 del Código Civil, 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la Disposición Transitoria Décima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, reformada, actual Disposición Transitoria Décima Tercera de la Codificación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, los bachilleres que se encontraban en la carrera docente pública o en la base de elegibles al 25 de agosto de 2015, deben obtener su título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación hasta el 31 de diciembre de 2024.

En este contexto, la Disposición Transitoria Décimo Séptima del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, jurídicamente, no otorga la posibilidad de ampliar el plazo fijado expresamente en la ley. Por lo tanto, el plazo de obtención del título de tercer nivel o del nivel técnico o tecnológico en ciencias de la educación, establecido hasta el 31 de diciembre de 2024, se mantiene inalterado. Además, se debe considerar que la Disposición Transitoria Cuadragésima Cuarta, actual Disposición Transitoria Octogésima Tercera de la Codificación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se refiere únicamente a la obligación de la Autoridad Educativa Nacional

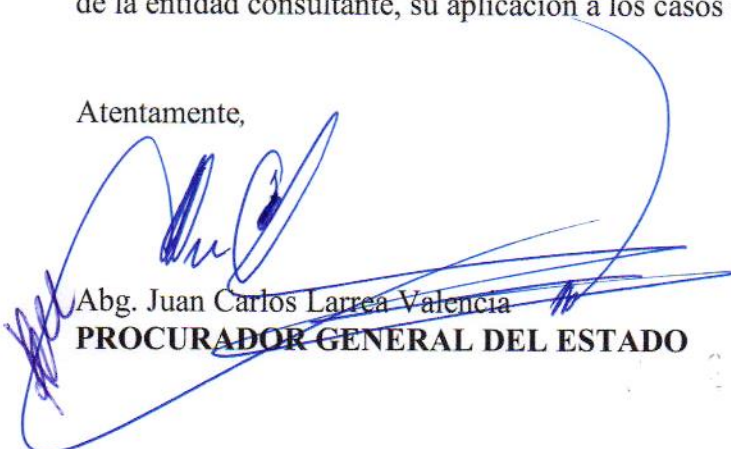
¹³ García de Enterría, Enrique y Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Temis S.A.-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, págs. 67-68.

09723

de elaborar e implementar un plan de profesionalización para los bachilleres que se encuentren en la carrera docente pública.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 09759

Quito, D.M., 12 DIC 2024

Doctor
Mauricio Torres Maldonado, PhD.
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. 310-DNJ-2024, de 16 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día, remitido como alcance al oficio No. 251-DNJ-2024, de 5 de junio de 2024, recibido en este organismo el 11 de los mismos mes y año, se reformuló su consulta inicial en los siguientes términos:

“¿Es procedente que la Contraloría General del Estado, aplique Normas Técnicas de los subsistemas de Talento Humano emitidos por el Ministerio de Trabajo, considerando la autonomía financiera, presupuestaria y organizacional previstas en los artículos 29, 30, 31 numeral 23, 35 y la Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 07880 y No. 07984, de 17 y 25 de julio de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Ministerio del Trabajo (en adelante, “MDT”), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Este requerimiento fue atendido por la Subsecretaria de Normativa del MDT, con oficio No. MDT-SN-2024-0601-O, de 30 de julio de 2024, ingresado en el correo institucional de este organismo al día siguiente.
- 1.2. El informe jurídico de la Directora Nacional Jurídica de la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”), contenido en memorando No. 000271-DNJ-2024, de 30 de mayo de 2024, citó, en lo principal, los artículos 204, 211, 212 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público² (en adelante, “LOSEP”); 29, 30, 31 numeral 23, 35,

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2010.

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



95 y la Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado³ (en adelante, "LOCGE"); 51 y 52 de su Reglamento⁴ (en adelante, "RLOCGE"); 5 de la Declaración de Lima sobre Líneas Básicas de la Fiscalización, publicadas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI); 6 numerales 1 y 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵; y, 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante, "LOGJCC"), con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

"La LOSEP le otorga al Ministerio del Trabajo regular el funcionamiento administrativo de los servidores bajo su régimen, incluyendo a los servidores y servidoras de la Contraloría General del Estado, sujeción que afecta a su autonomía y a las normas que rigen su funcionamiento, sin considerar que este Organismo Técnico de Control tiene su Ley Orgánica específica y su Reglamento General de aplicación. (Lo subrayado me corresponde).

(...) las Normas Técnicas de los Subsistemas de Talento Humano emitidas por la citada Cartera de Estado, vulneran la autonomía administrativa y organizativa de la Contraloría General del Estado, otorgada por la Constitución de la República del Ecuador y su propia Ley Orgánica, debido a que establece al Ministerio del Trabajo, como administrador y/o autorizador de los instrumentos técnicos de talento humano; y, no como una Entidad que emita lineamientos o políticas a cumplir por las Entidades del Estado, situación que limita la ejecución de los procesos de control de esta institución. (Lo subrayado me corresponde).

En el presente caso, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es la norma competente y especial que rige el Organismo Técnico de Control por sobre la Ley Orgánica de Servicio Público, razón por la cual, en caso de antinomias y contradicciones entre una norma y otra, es la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado la que debe prevalecer para el funcionamiento y cumplimiento de funciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado" (Lo subrayado me corresponde).

- 1.3. Por su parte, el criterio jurídico del MDT, además de las normas señaladas anteriormente, citó, en lo principal, los artículos 82, 225, 226, 228, 229 y 424 de la CRE; 18 numeral 1 del Código Civil⁷ (en adelante, "CC"); 51 letra a), 52 letra a), 53, 54 y la Disposiciones Final Primera y Derogatoria de la LOSEP; 1 de la LOCGE; y, 1, 78, 119, 130, 131 y 132 del Reglamento General a la LOSEP⁸ (en adelante, "RGLOSEP"), luego de lo cual analizó y concluyó:

³ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁴ RLOCGE, publicado en el Registro Oficial No. 119 de 7 de julio de 2003.

⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 15 de diciembre de 2005

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

⁷ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 21 de junio de 2005.

⁸ RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

*“(…) la autonomía es la capacidad que cualquier institución el (sic) estado (sic) tiene para gestionar, decidir, observar y/o resolver sus asuntos propios y que conforme a la Constitución de la República deben estar sujetos **obligatoriamente** a las facultades que normativamente les sean atribuidas, en otras palabras, cada institución tiene su propia naturaleza y por ende autonomía en su gestión, sea administrativa, financiera o de cualquier otro tipo, lo cual no conlleva a que dicha facultad le exima de estar sujetos a órganos de control o no cumplir con normativas que son de regulación general en las instituciones del estado (sic), tampoco debe entenderse a la autonomía institucional como una respuesta a las necesidades particulares de la institución y pretender aducirla a fin de obtener algún beneficio en un aspecto y desconocerla en otros sobre todo cuando no es para su utilidad. (El énfasis corresponde al texto original y el subrayado me corresponde).*

Cabe precisar que Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos, lo cual difiere del objetivo que persigue la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo que, no se puede confundir las regulaciones que cada una de estas Normas otorga a distintas instituciones del Estado. (Lo subrayado me corresponde).

En razón de lo expuesto y atendiendo los términos de su consulta, la Contraloría General del Estado, conforme lo determina la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el expreso mandato del Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, debe aplicar de manera obligatoria todas y cada una de las Normas Técnicas, que regulan los subsistemas de administración del talento humano en el sector público, emitidas por el Ministerio del Trabajo”. (Lo subrayado me corresponde).

- 1.4. De lo expuesto se desprende que el informe jurídico de la entidad consultante difiere del criterio jurídico del MDT. Así, la CGE considera que la competencia que le otorga la LOSEP al MDT, para regular el funcionamiento administrativo de los servidores de ese organismo de control, afecta a su autonomía y a las normas que rigen su funcionamiento como son la LOCGE y su reglamento. En este sentido, la entidad consultante afirma que las Normas Técnicas de los Subsistemas de Talento Humano, emitidas por el MDT, limitan la ejecución de sus procesos de control, reiterando que la LOCGE es la norma competente y especial que rige a ese organismo de control por sobre la LOSEP.

Por su parte, para el MDT la autonomía es la capacidad que cualquier institución del Estado tiene para gestionar, decidir, observar y resolver sus asuntos propios que, conforme a la CRE, deben estar sujetos obligatoriamente a las facultades que normativamente les sean atribuidas, lo cual no exime de la sujeción a los órganos de control y el cumplimiento de las disposiciones de regulación general para las instituciones del Estado. Al efecto, el MDT reitera que la LOCGE tiene un objeto distinto al de la LOSEP y, en ese sentido, concluye que dicho organismo de control,

du

conforme lo determina la CRE, en concordancia con el artículo 3 de la citada LOSEP, debe aplicar de manera obligatoria las Normas Técnicas que regulan los subsistemas de administración del talento humano en el sector público, emitidas por esa cartera de Estado.

2. Análisis. -

A fin de facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) La competencia del MDT, como organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones; ii) La autonomía de la CGE y la potestad normativa para el ejercicio de sus competencias; y, iii) La LOCGE como norma de especial y directa aplicación para el cumplimiento de las funciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado.

2.1. La competencia del MDT, como organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones, para expedir normas Técnicas. -

De conformidad con el segundo inciso del artículo 229 de la CRE: “La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público” y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores (el subrayado me corresponde). Según el numeral 1 del artículo 225 de la CRE, el sector público comprende, entre otros, a los organismos y dependencias de la Función de Transparencia y Control Social (en adelante, “FTCS”).

Al respecto, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, prevé que sus disposiciones “son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”, que comprende, entre otros, según su numeral 1, a los organismos de la FTCS, dentro de la cual –en principio– constaría la CGE. En este sentido, el inciso siguiente al numeral 4 del citado artículo 3 de la LOSEP dispone que todos los organismos previstos en el artículo 225 de la CRE “se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio del Trabajo en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios” (el subrayado me corresponde).

La letra a) del artículo 51 de la LOSEP incluye entre las competencias del MDT la de “Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público, y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley” (el subrayado me corresponde). El antepenúltimo inciso del artículo Ibidem establece que, en las instituciones, entidades y organismos del sector público, sujetas al ámbito de dicha ley, “el porcentaje de incremento de las remuneraciones y cualquier otro beneficio que cause un egreso económico de un ejercicio a otro, como máximo, será el que determine el Ministerio del Trabajo”, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de la disponibilidad económica cuando fuere del caso.

En lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones, el artículo 50 de la LOSEP determina como organismos encargados de la aplicación de dicha ley al MDT y a las Unidades de Administración de Talento Humano (en adelante, “UATH”) de cada entidad comprendida en su artículo 3.

En este contexto, el artículo 52 de la LOSEP señala como atribuciones y responsabilidades de las UATH, entre otras, las siguientes: “a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley, su reglamento general y las resoluciones del Ministerio del Trabajo, en el ámbito de su competencia (...) c) Elaborar el reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio del Trabajo (...) h) Estructurar la planificación anual del talento humano institucional, sobre la base de las normas técnicas emitidas por el Ministerio del Trabajo en el ámbito de su competencia (...) i) Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio del Trabajo, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional (...) ñ) Aplicar el subsistema de selección de personal para los concursos de méritos y oposición, de conformidad con la norma que expida el Ministerio del Trabajo” (el subrayado me corresponde).

Por su parte, el artículo 1 del RGLOSEP prevé que sus disposiciones “son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos establecidos en el artículo 3 de la LOSEP en lo atinente al talento humano, remuneraciones e ingresos complementarios” (el subrayado me corresponde).

El primer inciso del artículo 119 del RGLOSEP dispone que la relación del MDT con las UATH de las instituciones del Sector Público se realizará en el ámbito técnico, a fin de que se constituyan en ejecutores de sus políticas, normas e instrumentos, “con el propósito de lograr coherencia en la aplicación de las directrices y metodologías de administración del talento humano, remuneraciones, evaluación, control, certificación del servicio” (el subrayado me corresponde).

El último inciso del citado artículo 119 reitera que las UATH “son las responsables de la aplicación de la normativa técnica” emitida por el MDT, y tendrán la competencia y “responsabilidad en el cumplimiento de la LOSEP, este Reglamento General y las políticas, normas e instrumentos técnicos” emitidos por dicha cartera de Estado, y, de las políticas y normas que expidan las demás instituciones del sector público en virtud de sus atribuciones relacionadas con el talento humano, remuneraciones y gestión y desarrollo institucional (el subrayado me corresponde).

El primer inciso del artículo 130 del RGLOSEP, en concordancia con el artículo 54 de la LOSEP, determina que la administración del talento humano del servicio público, responde a un sistema integrado que está conformado por los subsistemas de planificación del talento humano; clasificación de puestos; reclutamiento y selección de personal;



formación, capacitación y desarrollo profesional; y, evaluación del desempeño, agregando que, se considerará como parte integrante del desarrollo del talento humano la salud ocupacional. Al efecto, el segundo inciso precisa que, para su administración y regulación, el MDT “emitirá las políticas, regulaciones y normas, que serán aplicadas en cada una de las instituciones públicas por parte de las UATH” (el subrayado me corresponde).

En la misma línea, el último inciso del artículo 132 del RGLOSEP insiste en que la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano “es centralizada en cuanto a la definición de políticas, normas e instrumentos de carácter general” a cargo del MDT (el subrayado me corresponde). Precisa el artículo Ibidem que: “Las UATH, en forma descentralizada, constituyen los órganos técnicos de aplicación del sistema” en coordinación con el MDT (el subrayado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: i) de acuerdo con la LOSEP, el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones, para todo el sector público, es el MDT, con competencia para expedir normas técnicas; ii) como regla general, los organismos previstos en el artículo 225 de la CRE, deben sujetarse obligatoriamente a lo establecido por el MDT, en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios; y, iii) las UATH de cada entidad, comprendidas en el ámbito de la LOSEP, constituyen los organismos encargados de su aplicación, así como responsables de la aplicación de la normativa técnica emitida por el MDT.

2.2. La autonomía de la CGE y la potestad normativa para el ejercicio de sus competencias. -

El tercer inciso del artículo 204 de la CRE prevé que la CGE forma parte de la Función de Transparencia y Control Social junto con otras entidades, todas las cuales, “tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” (el subrayado me corresponde). En igual sentido, el artículo 29 de la LOCGE señala que la CGE, como Organismo Técnico Superior de Control, “es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigida y representada legalmente por el Contralor General” (el subrayado me corresponde).

Por otro lado, el artículo 211 de la CRE establece que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del “control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.

Conforme lo establecido en el artículo 212 de la CRE, son funciones de la CGE, además de las que determine la ley, las siguientes:

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

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

3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones. (...)" (el subrayado me corresponde).

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esta institución tiene la competencia de dirigir y regular el sistema de control, fiscalización y auditoría del sector público, con el fin de examinar, verificar y evaluar la correcta utilización de los recursos, así como la administración y resguardo de los bienes del Estado.

Por su parte, el numeral 23 del artículo 31 de la LOCGE confiere a la CGE atribución para emitir y actualizar para su funcionamiento interno "los reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, los demás que fueren necesarios" (el subrayado me corresponde).

En armonía con lo mencionado, el primer inciso del artículo 35 de la LOCGE reitera que el Contralor General del Estado "expedirá y mantendrá actualizado el Reglamento Orgánico Funcional, que contendrá la estructura administrativa y las funciones de las respectivas unidades" para el cumplimiento de los fines y objetivos de la CGE (el subrayado me corresponde). Agrega el segundo inciso del artículo citado que, el Contralor General, "establecerá el sistema de mérito y carrera administrativa en la Institución, nombrará, removerá y destituirá a sus servidores de acuerdo con la ley" (el subrayado me corresponde).

En cuanto a la autonomía de la CGE, la Disposición General de la LOCGE enfatiza que se garantiza su independencia "en el aspecto administrativo y en consecuencia, no dependerá de ninguna de las entidades que controla y fiscaliza" (el subrayado me corresponde).

Adicionalmente, el artículo 51 del RLOCGE señala que la CGE, como persona jurídica de derecho público, dirigida y representada legalmente por el Contralor General, "tendrá la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera" consagrada en la Constitución Política de la República.

Finalmente, el primer inciso del artículo 52 del RLOCGE prevé que la CGE "se organizará, y manejará su personal, dentro de la autonomía administrativa y"

per

presupuestaria que le otorgan la Constitución y su propia ley” (el subrayado me corresponde).

Como se puede apreciar, la Constitución y la LOCGE son reiterativas respecto de la autonomía de esta institución, debido a que la finalidad de la misma es controlar a las entidades públicas y privadas que disponen de recursos públicos y determinar cualquier responsabilidad que existiere en el manejo de éstos, debiendo así no tener ninguna injerencia por parte de las instituciones a las que audita o controla.

De acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional No. 032-17-SIN-CC, la autonomía consiste en la *“facultad o potestad que tiene una entidad pública para autogobernarse, autoadministrarse y autonormarse, es decir, dotarse de órganos propios, adoptar decisiones fundamentales en beneficio de su institución, mediante normativa especial que la rige. Desde la perspectiva trazada, esta Corte considera que la autonomía constituye un principio constitucional de naturaleza política que confiere atribuciones, competencias exclusivas, potestades legislativas y un derecho de autogobierno (...)”*⁹.

Por su parte, la sentencia No. 462-12-EP/19 de la misma Corte Constitucional, establece que la autonomía administrativa se encuentra reconocida constitucionalmente como un principio orgánico mediante el cual se estructura y organiza el Estado y la administración pública, así como sus competencias y los distintos niveles descentralizados de gobernanza pública¹⁰. De igual manera, según lo ha reconocido la Corte, la autonomía tiene dimensiones financiera, administrativa y orgánica, que implican la designación de autoridades, el manejo del presupuesto y la determinación de sus formas de gobierno¹¹.

Específicamente, la autonomía administrativa consiste en la facultad de gestionar y resolver, de manera autónoma e individual, los asuntos relacionados con su competencia y organización interna, sin la intervención de terceras instituciones; por otra parte, la autonomía financiera correspondería a la capacidad de generar y manejar sus propios recursos, de acuerdo con las necesidades y objetivos de la institución; y, finalmente, la orgánica que se refiere a la facultad de poner designar autoridades y determinar la estructura de la institución, organizándola con base en sus necesidades institucionales¹².

Como se mencionó anteriormente, debido a la naturaleza de las funciones y competencias de la CGE, la Constitución y la LOCGE buscan garantizar la independencia del Organismo Técnico de Control en distintos ámbitos, entre ellos, en el aspecto administrativo y orgánico, para no depender ni estar sujeta a ninguna de las entidades que -por ley- le correspondería controlar y fiscalizar (entre ellas el Ministerio de Trabajo).

⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 032-17-SIN-CC.

¹⁰ Corte Constitucional, Caso, No. 462-12-EP, Sentencia N. 462-12-EP/19, párrafo 29, del 19 de noviembre de 3029.

¹¹ Corte Constitucional, Caso No. 9-20-IA, Sentencia N. 9-20-IA/20, párrafo 93, del 31 de agosto de 2020.

¹² Ibidem, página 36, en esta sección, la Corte Constitucional examina la autonomía universitaria y como parte de su análisis, define la autonomía administrativa, orgánica y financiera.

La autonomía consagrada por la Constitución y la ley –no solo a favor de la CGE, sino de otras instituciones públicas que, por razón de sus funciones, les ha sido otorgada– refuerza la eficacia y la legitimidad de las actuaciones de las mismas, permitiéndoles cumplir sus funciones con mayor flexibilidad y adaptabilidad dentro del marco legal establecido. En tal sentido, la autonomía aporta a una gestión más eficiente y fortalece la transparencia y gobernanza al garantizar la separación de poderes y rendición de cuentas.

Al respetar la autonomía e independencia de la CGE se garantiza que ésta no pueda ser incidida en sus decisiones y que no exista ninguna injerencia para cumplir con el control de las operaciones financieras y administrativas de las entidades públicas o privadas que manejan recursos estatales, a través de exámenes especiales, auditorías financieras y operacionales.

Es así como, en casos similares, la Corte Constitucional del Ecuador ha confirmado que la autonomía administrativa reconocida constitucionalmente, y las atribuciones legalmente atribuidas para dicho fin a favor de un órgano en particular, permiten al mismo autogobernarse, para lo cual podrá expedir su normativa interna y definir su estructura organizacional.

Así, en el Dictamen No. 002-19-DOP-CC¹³, la Corte Constitucional ha reconocido la autonomía administrativa, emanada de la Constitución, de la Defensoría del Pueblo para que elabore su planificación y para autogobernarse expidiendo normativa interna:

“(…) cabe enfatizar que como resultado de la autonomía administrativa que constitucionalmente le corresponde a la Defensoría del Pueblo, el legislador le estableció la atribución para que elabore su planificación, de conformidad con el literal e) del artículo 9 y disposición general sexta del proyecto de ley; y para garantizar su autonomía financiera, se dispuso legalmente que se le asignen los recursos necesarios del Presupuesto General del Estado y la facultad para obtener recursos de la cooperación internacional (...)”¹⁴ (el subrayado me corresponde).

De igual manera, en el año 2022, la Corte Constitucional resolvió, mediante sentencia No. 102-21-IN/22, declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la LOSEP por ser “contrario a la autonomía y a la independencia de la Corte”¹⁵. El caso de la Corte Constitucional era de alguna manera similar al de la CGE, ya que ambas entidades están dotadas constitucionalmente de autonomía administrativa y financiera, siendo esta característica desarrollada por la LOGJCC y la LOGE, respectivamente.

¹³ Dictamen No. 002-19-DOP-CC, Caso No. 0003-19-OP, del 14 de marzo de 2019, párrafo 58.

¹⁴ Ibidem, páginas 15 y 16.

¹⁵ Corte Constitucional, Caso No. 102-21-IN, Sentencia No. 102-21-ON/22, primer punto en la decisión de la sentencia, del 19 de enero de 2022.



La Corte Constitucional determina que, debido a su naturaleza propia e institucionalidad, el trabajo realizado por sus servidores es distinto al de otros servidores públicos, por lo que, para adecuar la ley a los mandatos y principios constitucionales, dicha Corte debe contar con normativa propia en la que se reconozca sus especificidades y su autonomía, tal cual lo establece la Constitución en su artículo 229. El establecimiento de la autonomía tanto de la CGE (artículo 204 CRE) como de la Corte Constitucional (y, en general, de cualquier otra entidad a la que la Constitución haya reconocido la autonomía), se da por las particularidades y por las funciones que cada uno de estos órganos mantiene, siendo el objetivo principal guardar la independencia y transparencia dentro de instituciones que -por mandato legal- pueden tener una incidencia o afectación -en ocasiones recíproca- sobre otras entidades públicas, como lo es el MDT.

En la misma sentencia No. 102-21-ON/22, la Corte reconoce que dicho órgano -como también la CGE- está comprendido dentro del sector público, siendo los servidores que la componen parte de la administración pública. Sin embargo, establece a la par que la dependencia a la normativa expedida por el MDT “no solo afecta a la eficiencia de las decisiones administrativas que debe tomar la Corte, sino también que la Corte (...) no puede ejercer adecuadamente su competencia constitucional para la auto organización y regulación”¹⁶ (el subrayado me corresponde).

Sin perjuicio de todo lo antes dicho, la Corte Constitucional ha determinado, no solo en la sentencia No. 102-21-ON/22 sino también en la sentencia No. 9-20-IA/20, lo siguiente:

*“Estas limitaciones contenidas en la circular, en el caso de las universidades públicas, son contrarias a la Constitución porque vuelven inaplicables varias normas que desarrollan y hacen efectivo el principio constitucional de autonomía (...) Al dictar la circular, el MEF ejerció competencias que, si bien le corresponden en abstracto, en el caso de las IES públicas, debían indefectiblemente ser coordinadas y acordadas en virtud de la autonomía del sistema de educación superior”*¹⁷ (el subrayado me corresponde).

*“(...) el ejercicio de la autonomía de la Corte no le exime a la Corte de que sus actuaciones sean fiscalizadas, de la responsabilidad social, rendición de cuentas y participación en la planificación nacional, sin perjuicio de que la LOSEP se aplique de manera subsidiaria a las normas específicas expedidas por la Corte Constitucional cuando fuere necesario”*¹⁸ (el subrayado me corresponde).

En síntesis, como la línea fijada por la Corte Constitucional señala, la regulación específica que emite el Ministerio de Trabajo, en materia de recursos humanos y remuneraciones, podría restringir la autonomía e, incluso, podría obstaculizar la

¹⁶ Ibidem, párrafo 39.

¹⁷ Corte Constitucional, Caso No. 9-20-IA, Sentencia No. 9-20-IA/20, párrafo 124, del 31 de agosto de 2020.

¹⁸ Corte Constitucional, Caso No. 102-21-IN, Sentencia No. 102-21-ON/22, párrafo 50, del 19 de enero de 2022.

capacidad de la CGE para operar con flexibilidad y eficacia para el manejo de sus recursos, en la toma de decisiones administrativas y, sobre todo, en el cumplimiento de sus funciones como entidad controladora. En este sentido, la intervención del MDT en dicha materia podría obstruir el adecuado desempeño de la competencia constitucional que la CGE goza para la auto-organización y regulación, pudiendo resultar esta autonomía “puramente nominal”¹⁹.

Como se ha dicho anteriormente, las instituciones que tienen autonomía administrativa, financiera y orgánica, deben emitir la normativa interna adecuada para el cumplimiento de sus funciones y según las necesidades institucionales particulares. Sin embargo, en caso de no existir dicha normativa interna, la LOSEP evidentemente debería aplicarse de manera subsidiaria cuando fuere necesario, a fin de garantizar la seguridad jurídica de los servidores públicos que componen el respectivo órgano.

En consecuencia, es importante recalcar que, el hecho de que una institución pública tenga autonomía constitucional y legalmente reconocida, no la exime de tener que rendir cuentas a nivel nacional, ni tampoco de la obligación de coordinar sus actuaciones y regulaciones con las otras instituciones que componen el sector público ecuatoriano.

En tal sentido, la CGE y cualquier otra institución pública que haya sido reconocida constitucionalmente con autonomía debe: i) actuar de manera responsable, ateniéndose a las necesidades institucionales y cumpliendo con las funciones y objetivos de la entidad; ii) mantener una coordinación recíproca con las otras instituciones que componen el sector público, de sus actuaciones y regulaciones; iii) respetar los límites de razonabilidad de su autonomía, no pudiendo crear regímenes o marcos aislados excluyentes, como por ejemplo categorías laborales nuevas o específicas o regímenes extraordinarios; y, iv) conservar su libertad para tomar decisiones, dentro del marco general, lo que incluye la capacidad de, por ejemplo, dictar normativa interna, definir la estructura orgánica de la institución, decidir sobre los cargos a ocuparse y su remuneración, y, en general, elaborar la planificación de la institución.

De lo expuesto se desprende que: i) la CGE es un organismo técnico con personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa que cuenta con potestad normativa respecto de sus competencias específicas de control; ii) de acuerdo con su ley, la CGE tiene atribución para emitir y actualizar los reglamentos

¹⁹ Así lo establece la Corte, en su sentencia No. 9-20-IA/20, página 35, donde se analiza la autonomía universitaria, reconocida también -como en el caso de la CGE- por la Constitución: “Las universidades y escuelas politécnicas públicas, junto con las particulares y cofinanciadas, son entidades singulares, en la medida en que la Constitución, mediante su artículo 355, solo a ellas les reconoce autonomía académica, como una condición inherente e insoslayable para el cumplimiento de sus fines (...). Esta autonomía académica sería puramente nominal si las instituciones de educación superior (IES), incluyendo las universidades y escuelas politécnicas públicas, no contasen también, como de hecho cuentan por mandato del artículo 355 de la Constitución, con autonomía administrativa, orgánica y financiera, puesto que, sin las facultades de organizarse, gestionarse y administrar sus recursos, simplemente no podrían cumplir con sus fines académicos” (el subrayado me corresponde).

pel

orgánico funcional, de administración de personal, que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; lo que incluye la facultad del Contralor General de establecer el sistema de mérito y carrera administrativa en la institución, nombrar, remover y destituir a sus servidores y definir las funciones y remuneraciones de las respectivas unidades de la institución; *iii)* en razón de su independencia administrativa y de las competencias otorgadas constitucionalmente, la CGE no dependerá de ninguna de las entidades que controla y fiscaliza; y, *iv)* en casos similares, la Corte Constitucional ha determinado que la autonomía administrativa permite que la institución dotada de la misma, pueda autogobernarse, para lo cual podrá expedir su normativa interna, definir su estructura organizacional y elaborar su propia planificación, garantizando la independencia y eficacia en la gestión de la misma. Sin perjuicio de ello, el principio de autonomía no exime que la institución pública deba coordinar sus actuaciones con otras instituciones públicas, ni la exime de encuadrarse en las líneas generales del marco normativo que rige al servicio público, ni de aplicar la LOSEP de manera subsidiaria a las normas específicas expedidas por la CGE cuando fuere necesario.

2.3. La LOCGE como norma de especial y directa aplicación para el cumplimiento de las funciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 425 de la CRE, 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 (el subrayado me corresponde).

El segundo inciso del referido artículo 425 de la CRE prevé que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, *“la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”*. (El subrayado me corresponde). El inciso final del artículo ibídem agrega que, la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, *“el principio de competencia”* (el subrayado me corresponde).

Concordante con lo anterior, el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, materia de su consulta, al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, dispone que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*, en tal virtud, cuando las normas generales y especiales entraren en conflicto u oposición, predomina el principio de especialidad normativa (el subrayado me corresponde).

En este orden de ideas, la Constitución entrega expresamente autonomía administrativa, financiera y presupuestaria a la Contraloría General del Estado, siendo esta característica

desarrollada por la LOCGE, estableciendo expresamente dicha ley, (i) que el Contralor General emitirá *“para su funcionamiento interno los reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, los demás que fueren necesarios”*²⁰; (ii) que establecerá el sistema de mérito y carrera administrativa de la institución, nombrará y destituirá a sus servidores²¹; y, (iii) que *“expedirá las regulaciones de carácter general, los reglamentos y las normas internas necesarias para el cumplimiento de sus funciones”*²². Todo lo cual conlleva, precisamente, las distintas formas en que se manifiesta o ejecuta la autonomía en la triple faceta antes descrita.

La autonomía también ha sido desarrollada en el Reglamento a la LOCGE, en donde se declara que la CGE *“se organizará, y manejará su personal, dentro de la autonomía administrativa y presupuestaria que le otorgan la Constitución y su propia ley”*²³.

En este contexto, la LOCGE, al contener disposiciones específicas sobre la autonomía administrativa reconocida en la Constitución y al presentarse como la norma especial y de primordial aplicación sobre la materia que, en desarrollo del texto constitucional, regula al Organismo Técnico de Control, prevalece por sobre la LOSEP. Línea concordante con la establecida por la Corte Constitucional en su sentencia No. 102-21-IN/22, al señalar que, como su autonomía administrativa -reconocida constitucionalmente- está regulada por la LOGJCC, dicha ley es especial frente a la LOSEP²⁴.

En consecuencia, similar análisis debe hacerse con la CGE y, en general, con cualquier entidad pública que, habiendo sido dotada con autonomía por mandato constitucional, cuenta con una ley especial que, en forma específica y concreta, desarrolla el texto constitucional y regula el funcionamiento y el ejercicio de las competencias de dichas entidades.

En conclusión, la CRE, como norma suprema, estableció que la CGE tendrá personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa y, en desarrollo de tal mandato constitucional, su ley especial regula: el funcionamiento de tal entidad, la concreción de las manifestaciones de la autonomía y, en general, el ejercicio de las atribuciones y competencias que le han sido asignadas para cumplir sus fines. Tal ley especial ha establecido los principios, condiciones, requisitos y procedimientos para que la CGE pueda regular internamente la estructura administrativa, las funciones de las respectivas unidades, el sistema de mérito y carrera administrativa en la institución; y, para nombrar, remover y destituir a los servidores de la misma. El objetivo del

²⁰ Art. 31, numeral 23, LOCGE.

²¹ Ibidem, Art. 35.

²² Ibidem, Art. 95.

²³ Art. 52, RLOCGE.

²⁴ Sentencia No.102-21-IN/22, párrafos 41 y 42.



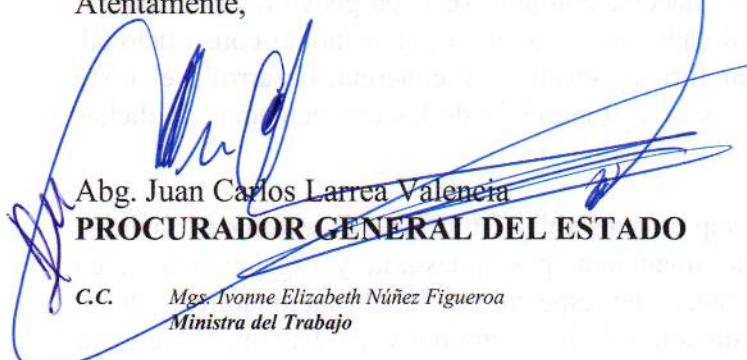
otorgamiento de esta autonomía es mantener la independencia frente a las entidades públicas y privadas que la CGE controla y sobre las cuales, o sus funcionarios, puede determinar cualquier responsabilidad que existiere en el manejo de recursos públicos.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 29, 30, 31 numeral 23, 35 y la Disposición General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en donde se reconoce la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera de dicho organismo de control; y, según el artículo 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al ser la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado la norma especial y aplicable en el desarrollo y manejo de la autonomía de dicha institución, le corresponde a la Contraloría General del Estado emitir los reglamentos y demás normativa interna, en el ámbito de recursos humanos y remuneraciones, según las necesidades, funciones y atribuciones institucionales, normativa interna que deberá encuadrarse en líneas generales en el marco normativo que rige el servicio público ecuatoriano, debiendo aplicarse la LOSEP y las disposiciones emitidas por el Ministerio de Trabajo de manera subsidiaria a las normas específicas que expida la Contraloría General del Estado.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

Oficio N° 09775

Quito, D.M., 13 de diciembre de 2024

Tecnóloga
Zoila Amelia Idrovo Martinez
ALCALDESA
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN BIBLIÁN
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. GADMCB-A-2024-0728-OE, de 20 de noviembre de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“¿Los actos administrativos previos, previstos en el artículo 26 de la Ley de Minería, y en especial el licenciamiento ambiental determinado en el artículo 78 de la misma norma, se entenderán como aprobados por el ministerio del ramo o el ente estatal al cual se haya solicitado ante el silencio de la Administración Pública en los plazos previstos en los artículos citados, esto es, treinta días y seis meses respectivamente, pudiendo desarrollar legalmente actividades mineras en áreas concesionadas por parte de los concesionarios?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficios Nos. 09564 y 09565, de 26 de noviembre de 2024, este organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Energía y Minas (en adelante “MEM”), y del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica (en adelante “MAATE”). Hasta la presente fecha no se ha obtenido respuesta de los requerimientos efectuados.
- 1.2. Al oficio de consulta se acompañó el Criterio Jurídico contenido en Memorando No. GADMCB-PS-2024-0713-M, de 20 de noviembre de 2024, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Biblián (en adelante “GADMC BIBLIÁN”), quien citó los artículos 237 de la

Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 26 y 78 de la Ley de Minería² (en adelante LM), concluyendo lo siguiente:

“De las precitadas normas queda claro que debe existir un acto de autorización y resolución por parte del Estado, acción de respuesta atada en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano con la figura de Silencio Administrativo, prevista para todos los actos en que la Administración Estatal omita pronunciarse respecto de la solicitud de los Administrados. El efecto del silencio Administrativo será POSITIVO, salvo que la norma expresamente señale un efecto negativo, situación que no se refiere al presente caso.

En nuestro ordenamiento jurídico la figura del silencio administrativo y se (sic) reconocimiento ha ido evolucionando al punto actual en el cual se (sic) reconocimiento de forma general como lo prevé el código orgánico administrativo pasa la declaratoria bajo juramento de la falta de respuesta que el Estado y sus instituciones están obligados a dar a los administrados.) Reconocimiento que de forma general surte un efecto positivo en cuanto a lo solicitado.

Ahora bien, al tratarse de una regulación especial, la regulación minera, la cual dentro de su propia Ley o Ley de la Materia se debe considerar que el silencio administrativo positivo en los casos que prevé los artículos 26 y 78 de la Ley de Minería no requiere de reconocimiento administrativo, sino que opera de pleno derecho. Esto en relación a que las normas citadas establecen, que (sic) ha falta de la respuesta oportuna de la administración, cuyos plazos los determina la ley de la materia, no existirá impedimento para el desarrollo de la actividad, siempre que exista título o concesión a favor del solicitante; y, se desprende de las normas citadas que llevar a cabo la actividad de ninguna manera conlleva la exoneración de los controles posteriores durante el ejercicio de la actividad.

En virtud de esta regulación, la aplicación de los requisitos previstos en el artículo 26 y 78 de la Ley de Minería, contempla para su respuesta un tiempo determinado en su ley especial como es la Ley de Minería, lo cual dispone que ante la ausencia de manifestación expresa por parte del Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica o quien haga sus veces, debe entenderse como una respuesta favorable para el solicitante y por lo tanto, ante la demostración de la existencia de la solicitud y la ausencia de manifestación expresa del Ministerio del ramo, no se encuentra impedido de la realización de las

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

² LM, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009.

actividades propias de un concesionario minero, el cual desde luego está sometido al control posterior de los entes correspondientes.

Por lo tanto, es criterio de la Procuraduría Sindica Municipal, que en caso de que exista la petición de los permisos de uso de agua, de licenciamiento ambiental o ficha ambiental según corresponda; y, no exista en el tiempo dispuesto en la Ley de Minería respuesta de las instituciones llamadas al otorgamiento de dichos habilitantes, no se encuentra impedida la actividad como así lo dispone el artículo 26 y 78 de la Ley de Minería, sin que el desarrollo de esta actividad esté exenta del control posterior de las autoridades de control.”

- 1.3. Del informe jurídico previamente citado se colige que el GADMC BIBLIÁN considera que, en caso de que exista la petición de los permisos de uso de agua, de licenciamiento ambiental etc., y no exista en el tiempo dispuesto en la LM respuesta de las instituciones llamadas al otorgamiento de dichos habilitantes, estas no se encontrarían impedidas de iniciar actividades mineras como así lo dispone el artículo 26 y 78 de la LM.

2. Análisis:

A fin de facilitar el estudio de la materia sobre la que trata la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Requisitos, licencias y autorizaciones para iniciar actividades mineras; ii) Silencio administrativo y principio de especialidad de la norma; y, iii) Pronunciamiento Previo sobre el control ambiental.

2.1. Requisitos, licencias y autorizaciones para iniciar actividades mineras.-

El artículo 14 de la CRE reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad, a la vez que declara de interés público “*la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas (...) la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados*”.

De otro lado, la CRE contempla en su artículo 71 a la naturaleza como sujeto de garantías y derechos constitucionales:

***“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*”**

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

*El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el **respeto a todos los elementos que forman un ecosistema***” (el énfasis me corresponde).

Conforme el artículo 73 de la CRE, el Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

En este sentido, el inciso primero del artículo 313 ibídem dispone que “*El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia*”. Asimismo, indica que se considerarán sectores estratégicos aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen influencia económica, social política o ambiental.

Al respecto, el numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre “*Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales*”.

En este marco de protecciones a la naturaleza, el artículo 395 ibídem insta los siguientes principios ambientales:

“1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.

(...)

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”. (El resaltado me corresponde).

En relación con las garantías constitucionales señaladas, el Código Orgánico del Ambiente³ (en adelante, “COAM”) señala en su artículo 2 que sus disposiciones, así como otras reglamentarias y demás vinculadas a esta materia son de cumplimiento obligatorio *“para todas las entidades y organismos del sector público, personas naturales y jurídicas comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que se encuentren permanente o temporalmente en el territorio nacional”*.

Entre estas disposiciones, se encuentra la obligación de obtención de una licencia ambiental definida en el artículo 172 del COAM como *“la autorización de la ejecución de los proyectos, obras y actividades públicas, privadas y mixtas en función de las características particulares de estos y de la magnitud de sus impactos o riesgos ambientales”*.

Por su parte, la LM en su artículo 26 dispone que, para ejecutar actividades mineras, se requiere de manera obligatoria actos administrativos motivados y favorables, otorgados previamente por las siguientes instituciones:

- “a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y,*
- b) De la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o, subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua.*

Adicionalmente, el concesionario minero presentará al Ministerio Sectorial una declaración juramentada realizada ante notario en la que exprese conocer que las actividades mineras no afectan: caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural.”

Por otro lado, el mismo artículo antes citado, en su inciso cuarto indica que: *“Si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advierte que las actividades del solicitante pudieren afectar a los referidos bienes o patrimonio, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la que deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. **De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras, y el funcionario responsable será destituido. Respecto de la emisión de los informes de tales actos***

³COAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.

administrativos se estará a la aplicación de las normas del procedimiento jurídico administrativo de la Función Ejecutiva.”

Sobre el otorgamiento de la licencia ambiental para las actividades mineras, el primer inciso del artículo 78 de la LM, ubicado en el Capítulo II “De la preservación del medio ambiente” dentro del Título IV “De las obligaciones de los titulares mineros”, establece que los titulares de derechos mineros, previo a iniciar sus actividades, deben elaborar y presentar “*estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades; estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente*”. Asimismo, previo a la emisión de la autorización administrativa ambiental deberán presentar “*las garantías económicas determinadas en la normativa minero ambiental aplicable*”.

Finalmente, el último inciso del artículo ibidem señala que: “*Una vez que los titulares de derechos mineros, **cumplan de manera satisfactoria con los requisitos** establecidos en la normativa aplicable, **la aprobación de los documentos, estudios o licencias ambientales, deberán otorgarse en el plazo máximo de seis meses contados a partir de su presentación. De no hacerlo en ese plazo, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras.** El funcionario cuya omisión permitió el silencio administrativo positivo será destituido*” (énfasis añadido).

De la normativa previamente analizada podemos manifestar que: i) el Estado administra, regula y controla las actividades que puedan alterar, destruir o afectar la conservación de ecosistemas, o puedan ocasionar la alteración permanente de ciclos naturales; ii) el Estado tiene competencia exclusiva sobre los sectores estratégicos, entre ellos los recursos minerales; iii) el MAATE, de conformidad a sus competencias, clasificará el impacto ambiental de la obra, proyecto o actividad y otorgará el registro ambiental o licencia ambiental correspondiente, autorización que acredita el cumplimiento del debido proceso de regularización y contiene los términos y condiciones para su ejecución; iv) la LM, en su artículo 26, dispone que para ejecutar actividades mineras se requieren dos actos administrativos motivados y favorables: licencia ambiental y autorización de no afectación al derecho de prelación del agua, ambos emitidos por el MAATE; y, si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advirtiere que las actividades del solicitante pudieren afectar caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la cual deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras; y, v) una vez que los titulares de derechos mineros hayan cumplido satisfactoriamente con los requisitos para

la obtención de la licencia ambiental, documentos o estudios, se deberán aprobar dentro del plazo máximo de seis meses. En caso de que no se otorgare la licencia ambiental, documentos o estudios dentro del plazo antes indicado, se entenderá que no existe impedimento ni oposición para el inicio de las actividades mineras.

2.2. Silencio administrativo y principio de especialidad de la norma.-

El artículo 207 del Código Orgánico Administrativo (en adelante, “COA”) indica en su primer inciso que “*Los reclamos o pedidos dirigidos a las administraciones públicas, con excepción de las solicitudes de acceso a la información pública, deberán ser resueltos en el término de treinta (30) días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva*”. Posteriormente, en el tercer inciso del artículo ibidem precisa que “**El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial**” (énfasis añadido).

Al efecto, es necesario volver a mencionar que el artículo 26 de la LM, citado en el apartado que precede, dispone que para ejecutar actividades mineras se requieren dos actos administrativos motivados y favorables: licencia ambiental y autorización de no afectación al derecho de prelación del agua; y, si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advirtiere que las actividades del solicitante pudieren afectar caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la cual deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras.

En similar sentido, el último inciso del artículo 78 ibidem, citado en el acápite anterior, indica que una vez que los titulares de derechos mineros hayan cumplido satisfactoriamente con los requisitos para la obtención de la licencia ambiental, documentos o estudios, se deberán aprobar dentro **del plazo máximo de seis meses**. En caso de que no se otorgare la licencia ambiental, documentos o estudios dentro del plazo antes indicado, **se entenderá que no existe impedimento ni oposición para el inicio de las actividades mineras.**

Sobre el acto administrativo presunto y silencio administrativo, Luciano Pareja Alfonso señala que son tácitos o presuntos los actos administrativos en los que la administración no se manifiesta formalmente, sino que solo se presume “*a partir de determinados hechos concluyentes, de una actitud o un comportamiento determinado de la Administración, particularmente del incumplimiento de su obligación legal de resolver expresamente, es*

*decir, del llamado silencio administrativo, al que se da – según los casos – sentido positivo o negativo (...)*⁴

Por otra parte, respecto del silencio administrativo, el Dr. Jorge Zavala Egas indica que *“es necesario garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos involucrados en los mismos y, para cumplir ese efecto garantizador, se instituye el silencio administrativo por el que se entiende que surge un acto administrativo presunto o, bien, se abre la puerta para acceder a la sede judicial con la impugnación respectiva”*⁵

Reforzando lo anterior, Dromi afirma que la *“voluntad – de la Administración – es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo”*⁶.

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

Así, el principio de especialidad de la norma hace referencia a la materia que regula, al fondo o contenido de dicha norma, e implica el paso de una normativa o regla más general, a una regla menos global (especial), que tiene efectos de manera particular sobre una determinada especie.

Ennecerus, Kipp y Wolff definen a la ley especial, o derecho especial, como aquel que se compara al derecho general, esto es, *“que se aparta de la regla general y es relativo a clases especiales de personas, cosas y relaciones (...) aparta a esas clases determinadas de la esfera de imperio de una regla general (...), para someterlas a una disposición especial, formando así un Derecho Especial, un jus proprium de esas clases, que diverge del jus commune aplicable a lo demás”*⁷.

Federico de Castro indica que el derecho común es el *“conjunto de las disposiciones destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad”*; y, el derecho

⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. ARIEL, Barcelona, 2003. pag. 903

⁵ ZAVALA, Jorge. Derecho Administrativo, Edino 2005, Tomo I, pag. 270

⁶ DROMI, José. Derecho Administrativo, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, Tomo I, pag. 175

⁷ ENNECERUS, KIPP y WOLFF. Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I, Vol. I, traducción española, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, págs. 182-183.

especial “*aquel que contiene normas sólo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas*”⁸.

En similar sentido, Norberto Bobbio reflexiona sobre la norma especial en los siguientes términos “*(...) La primacía de la norma especial sobre la general es la expresión de la exigencia del camino de la justicia, que nos gusta a menudo representar como procedente de lo abstracto a lo concreto, de la legalidad a la equidad. En favor de la norma especial hay una presunción de mayor justicia, precisamente porque el ideal del ordenamiento justo es aquel en el que se da a cada uno lo que le corresponde, por la singularidad que le distingue como persona frente a las demás personas*”⁹

Considerando lo anterior, es necesario hacer énfasis que la LM es tan especial – respecto del COA – que incluso, además de regular específicamente la materia minera, otorga un plazo de seis meses (artículo 78), mientras que la ley general (COA) establece un término de treinta días para la resolución de pedidos o reclamos dirigidos a la entidad pública. Por lo antes expuesto, mal podría considerarse al silencio administrativo positivo – de ejecución inmediata – previsto en la LM como una norma residual en lo que respecta a la actividad minera y al COA como la norma especial y, por ende, compeler al titular de derechos mineros que ejecute el silencio administrativo en los términos del COA. Esto no significa que las líneas generales previstas en el marco normativo que regulan los actos administrativos, como lo son las causales de nulidad, van a ser inobservadas para proceder con la ejecución material de lo contenido en la LM.

De lo antes expuesto se concluye que: *i)* Según el COA, el acto administrativo presunto que resulte del silencio será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto; *ii)* Según los artículos 26 y 78 de la LM, en caso de que la administración pública competente no se pronuncie sobre la petición realizada por el titular de derechos mineros – habiendo cumplido cabalmente con los requisitos exigidos en la ley –, se entenderá que no existe impedimento ni oposición para el inicio de las actividades mineras; *iii)* Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, **la especial**, o la posterior. En este caso, la Ley de Minería es especial frente al Código Orgánico Administrativo.

⁸ F. DE CASTRO. Derecho Civil de España, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 111.

⁹ BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho, edición a cargo de A. RUIZ MIGUEL, Ed. Debate, 1990, pág. 347.

2.3. Pronunciamiento previo sobre el control ambiental.-

La aplicación del silencio administrativo, en los términos de los artículos 26 y 78 de la LM, no significa que la Autoridad Ambiental no pueda hacer uso de sus facultades de control posterior al inicio de las actividades mineras.

Así, sobre las acciones de control posterior que puede hacer el ministerio de la rama, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 07122, de 5 de junio de 2024, en el siguiente sentido:

“2.3.- Acciones de control ambiental y el silencio administrativo. -

El artículo 82 de la CRE establece el derecho a la seguridad jurídica que se “fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”; y 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”.

El numeral 5 del artículo 11 de la CRE determina que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia; y, así también, el numeral 2 del artículo 85 de la CRE reconoce la prevalencia del interés general sobre el interés particular, en materia de servicios públicos.

*Las acciones de control y seguimiento de la calidad ambiental, de conformidad con el artículo 199 del COAM “**tienen como objeto verificar el cumplimiento de la normativa y las obligaciones ambientales** correspondientes, así como la efectividad de las medidas para **prevenir, evitar y reparar los impactos o daños ambientales**” (énfasis añadido).*

*Corresponde a la autoridad ambiental competente efectuar “**el control y seguimiento a todas las actividades efectuadas o que se encuentren en ejecución de los operadores**, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras, que generen o puedan generar riesgos, impactos y daños ambientales, tengan o no la correspondiente autorización administrativa”, al tenor del inciso primero del artículo 200 del COAM (énfasis añadido).*

Por otra parte, según el glosario de términos que consta a continuación de la Disposición Final del COAM, se entiende como operador a toda persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, u organización que “a cuenta propia o a través de

terceros, desempeña en el territorio nacional y de forma regular o accidental, **una actividad económica o profesional que tenga el potencial de afectar la calidad de los recursos naturales como resultado de sus acciones u omisiones (...)**"; y, el mismo glosario define como Riesgo Ambiental **"el peligro potencial de afectación al ambiente, los ecosistemas, la población y sus bienes, derivado de la probabilidad de ocurrencia y severidad del daño causado por accidentes o eventos extraordinarios asociados con la implementación y ejecución de un proyecto, obra o actividad"** (énfasis añadido).

En este contexto, el artículo 201 del COAM determina como mecanismos de control ambiental los siguientes: "1. Monitoreos; 2. Muestreos; 3. Inspecciones; 4. Informes ambientales de cumplimiento; 5. Auditorías Ambientales; 6. Vigilancia ciudadana o comunitaria; y, 7. Otros que establezca la Autoridad Ambiental Competente".

La consulta específicamente hace referencia a los artículos 490 y 495 del RCOAM, relacionados con los informes ambientales de cumplimiento, a las auditorías ambientales y los plazos y términos para la aprobación de auditorías ambientales. Así, el artículo 490 prevé que "una vez analizada la documentación e información remitida por el operador, la Autoridad Ambiental Competente deberá aprobar, observar o rechazar el informe ambiental de cumplimiento en un plazo máximo de tres (3) meses", y en el evento de que existan observaciones al informe ambiental de cumplimiento, "estas deberán ser notificadas al operador, quien deberá absolverlas en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación, los cuales podrán ser prorrogables por el término de diez (10) días más por causas justificables y por una única vez". La Autoridad Ambiental Competente dispondrá de un término de diez (10) días adicionales para pronunciarse sobre la respuesta presentada por el operador.

Adicionalmente, el mencionado artículo 495, relativo a la revisión de auditorías ambientales señala que "Una vez canalizada la documentación e información remitida por el operador, la Autoridad Ambiental Competente, deberá aprobar, observar o rechazar la auditoría ambiental en un plazo máximo de tres (3) meses"; luego de la notificación de las observaciones, "el operador dispondrá de un término de treinta (30) días, los cuales podrán ser prorrogados por un término de quince (15) días por causas justificables y por única vez para absolver las observaciones realizadas por la Autoridad Ambiental Competente", que a su vez dispondrá de "un término máximo de treinta (30) días para pronunciarse sobre las respuestas presentadas por el operador".

(...)

De lo expuesto se observa que: i) las acciones de control y seguimiento de la calidad ambiental, tienen como objeto verificar el cumplimiento de la normativa y las obligaciones ambientales, así como la efectividad de las medidas para prevenir, evitar y

reparar los impactos o daños ambientales y nacen de la potestad de control que tiene la autoridad ambiental; ii) son mecanismos de control ambiental, entre otros, los informes ambientales de cumplimiento y las auditorías ambientales, respecto de los cuales el RCOAM ha previsto plazos y términos para que la autoridad ambiental competente los apruebe, observe o rechace; iii) el COAM reconoce las actividades que efectúan los distintos operadores pueden generar riesgos, impactos y daños ambientales (...)

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta sobre los actos administrativos previos establecidos en los artículos 26 y 78 de la Ley de Minería, y en virtud del numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, al ser la Ley de Minería normativa especial frente a otras generales en esta materia, como lo es el COA, se debe considerar que el silencio administrativo positivo, previsto en los artículos antes mencionados, no requiere de reconocimiento administrativo posterior ni de ejecución judicial, sino que opera automáticamente, ya que dichas normas especiales indican que ante la configuración de tal silencio se debe entender, por mandato legal, que no existe oposición ni impedimento para el desarrollo de la actividad, siempre que exista título o concesión a favor del solicitante.

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

Atentamente,

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

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 09839

Quito, D.M., 20 de diciembre de 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-2024-1141-OFI, de 27 de noviembre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual solicitó la reconsideración del Pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 09299, de 6 de noviembre de 2024, que atendió sus consultas sobre la aplicación de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

1.1. Las consultas de la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias (CONAFIPS). -

Las consultas de la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias (en adelante “CONAFIPS”) contenidas en el 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, mediante el cual 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?”

1.2. El informe jurídico adjunto al oficio de consulta. -

El informe jurídico que se acompañó a la consulta contenida 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 Solidaria¹ (en adelante “LOEPS”), 2² y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999³ (en adelante “LOCCB”), Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal⁴ (en adelante “LOFPAL”), numeral 1 el artículo 35 del Código Tributario⁵ (en adelante “CT”) 509 y 537 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁶ (en adelante “COOTAD”), 100, 103, 109, 110, 118, 125 y 134 de la Ley de Mercado de Valores⁷, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero⁸ (en adelante “COMF”), 14.1 numeral 16, 312, 316, 317 y 318 del Libro Primero del COMF, artículos 322 y 332, correspondientes a la Sección XVIII⁹ de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y de Seguros¹⁰ (en adelante “CRMFVS”)² del Decreto Ejecutivo No 705¹¹, que contiene la Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 705¹² así como el pronunciamiento contenido en el oficio No. 15052 emitido por la Procuraduría General del Estado, de 12 de agosto de 2021, con base en los cuales concluyó:

“1. CONCLUSIÓN

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ LOFPAL, 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.

⁵ 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.

⁶ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

⁷ Codificación No. 2006-001

⁸ 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.

⁹ Sección XVIII, Norma para la Constitución, Operación, Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico, Monetario y Financiero.

¹⁰ 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.

¹¹ Publicado en el Registro Oficial No. 546 de 17 de julio de 2015.

¹² Decreto Ejecutivo emitido el 17 de julio de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 546 de 17 de julio de 2015.

(...) 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 les 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)

1.3. El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado. -

El Pronunciamiento de este organismo, contenido en el oficio No. 09299, de 6 de noviembre de 2024, cuya reconsideración solicita, consideró los criterios jurídicos institucionales de la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante “JPRF”) y de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante “DINARDAP”) y analizó el ámbito de la LOCCB, la naturaleza jurídica de los artículos 2 y 5 de dicho cuerpo legal y principios tributarios, así como el tratamiento tributario de la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil y las facultades de la JPRF establecidas en el artículo 14.1 numerales 16 y 18 del Libro I del COMF, luego de lo cual concluyó lo siguiente:

“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, éstas 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 la 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 COMPF, 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".

2. El pedido de reconsideración. -

Al pedido de reconsideración se acompañó el informe jurídico contenido en el memorando No. CONAFIPS-GAJP-2024-1023-MEM, de 27 de noviembre de 2024, suscrito por la Gerente de Asesoría Jurídica y Patrocinio de CONAFIPS, en el cual, en lo principal se cita la misma normativa que se invocó en la consulta, a lo que añade los artículos 299 y 307 del COMF que en su orden se refieren a la posibilidad de liquidación voluntaria o forzosa de las entidades del sistema financiero nacional y al contenido de la resolución de liquidación de estas. Cita además los artículos 599, 603 y 686 del Código Civil¹³ (en adelante "CC"), que en su orden se refieren al concepto de dominio, a los modos de adquirir el dominio y a la definición de tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas, y concluye lo siguiente:

"IV RECONSIDERACIÓN Y ACLARACIÓN:

(...) Considerando que las exenciones de los valores generados por la transferencia de dominio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 113 del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMYF), Libro II, no son aplicables a las transferencias de dominio que deben realizarse a favor de la entidad encargada de la gestión inmobiliaria del Estado, en el marco de las liquidaciones de los fideicomisos contemplados en el artículo 312 del COMYF, Libro I por su naturaleza; y observando que la "Norma para la constitución, operación y liquidación del fideicomiso establecidos en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero", emitida por la Junta de Política y Regulación Financiera (JPRF), es oscura para los casos de liquidación de éstos (sic) fideicomisos; se concluye que, en situaciones análogas, podrían ser aplicables los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999. Consecuentemente, la JPRF es el organismo competente facultado para regular la liquidación de los fideicomisos constituidos bajo el amparo del artículo 312 del citado cuerpo normativo, de manera integral para este tipo de negocios fiduciarios".

¹³ CC, Codificación No. 2005-010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio 2005; última reforma publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 588, 27-VI-2024.

3. Análisis. -

Del pedido de reconsideración y el informe jurídico previamente citados se observa que, en lo principal, reiteran el análisis efectuado por la CONAFIPS al plantear las consulta sobre la aplicación de los artículos 2 y 5 de la LOCCB a los fideicomisos amparados en el artículo 312 del Libro I del COMF para el pago de actos de terminación y liquidación tales como: cancelación de tasas de registro, tasas notariales, impuestos, entre otros y de la facultad normativa de la JPRF con base en el artículo 14.1 numeral 16 y 18 de COMYF.

3.1. Fundamentos jurídicos en los cuales se motiva la reconsideración. –

El Gerente de Asesoría Jurídica y Patrocinio de CONAFIPS sustenta el pedido de reconsideración, además de las normas invocadas al formular la consulta inicial, en los artículos 299 y 307 del COMF que en su orden se refieren a la posibilidad de liquidación voluntaria o forzosa de las entidades del sistema financiero nacional y al contenido de la resolución de liquidación de estas. Cita, además, los artículos 599, 603 y 686 del CC, que en su orden se refieren al concepto de dominio, a los modos de adquirir el dominio y a la definición de tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas.

Adicionalmente, el memorando No. CONAFIPS-GAJP-2024-1023-MEM cita los Pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, mediante oficios No. 15052, de 12 de agosto de 2022, relacionado con el alcance de los artículos 312 y 317 en el que este organismo manifestó lo siguiente:

“(...) de conformidad con el artículo 317 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, ante la existencia de remanentes, los valores monetarios que no fueron reclamados en el plazo previsto por el séptimo inciso del artículo 312 del COMYF deberán ser depositados en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, en tanto que el resto de activos deberán ser transferidos a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria del Estado; dichos activos incluyen bienes muebles, inmuebles, derechos de cobro, procesos coactivos, derechos litigiosos y todo derecho que forme parte del fideicomiso. En lo relacionado al ejercicio de la coactiva para el cobro de créditos, la entidad encargada de la gestión inmobiliaria del Estado deberá coordinar con la Contraloría General del Estado, conforme concluyo el pronunciamiento previo de este organismo (...).”

También cita el oficio No. 19901 emitido por la Procuraduría General del Estado, de 19 de agosto de 2022, respecto de la liquidación de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del COMYF, Libro I, que señala:

“(...) se concluye que, el plazo de dos años que establece el artículo 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero se aplica para la liquidación del fideicomiso mercantil y se cuenta a partir del último aporte efectuado al patrimonio autónomo. Si hubieren intervenido varios constituyentes, la fiduciaria podrá gestionar cuentas individuales (...).”

3.2. Fundamentos jurídicos del pronunciamiento contenido en oficio No. 09299, de 6 de noviembre de 2024.

Del texto íntegro del Pronunciamiento de la Procuraduría, contenido en el oficio No. 09299, de 6 de noviembre de 2024, y del análisis de los nuevos argumentos expuestos en el informe jurídico que motiva el pedido de reconsideración, se observa, en lo principal, lo siguiente:

“a) La LOCCB tiene como finalidad y ámbito la crisis bancaria del año 1999 y los fideicomisos que por ella se suscribieron.

b) El artículo 312 del libro I del COMF, le asigna al liquidador de las entidades de la economía popular y solidaria, a quien le corresponde efectuar todas las actividades conducentes a realizar los activos de la entidad financiera en liquidación, con el fin de cancelar los pasivos existentes y en este contexto la constitución del correspondiente fideicomiso mercantil de administración para tales fines.

c) De conformidad con el artículo 317 del Libro I del COMF, ante la existencia de remanentes, los valores monetarios que no fueron reclamados en el plazo previsto por el séptimo inciso del artículo 312 del COMYF deberán ser depositados en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, en tanto que el resto de activos deberán ser transferidos a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria; dichos activos incluyen bienes muebles, inmuebles, derechos de cobro, procesos coactivos, derechos litigiosos y todo derecho que forme parte del fideicomiso.

d) 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 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.

e) En materia tributaria rige el principio de reserva de ley, según lo prescrito en los artículos 4 y 32 del Código Tributario, tanto para el establecimiento de tributos como para las exenciones o exoneraciones tributarias ya que en tales casos se requiere de disposición expresa de ley.

f) Según el artículo 109 de la LMV, el contrato de fideicomiso mercantil es aquel por el cual una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo con

personalidad jurídica, correspondiéndole a la fiduciaria cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato.

g) 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, así como 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 de la LMV.

h) 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.

i) A la JPRF le corresponde formular las políticas crediticias, 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, según lo dispuesto en los artículos 14 y 14.1 del Libro I del COMF.”

Del análisis exhaustivo de los argumentos que cita el informe jurídico adjunto al pedido de reconsideración sobre la posibilidad de que la liquidación de las entidades del sistema financiero nacional pueda ser voluntaria o forzosa, de conformidad con el artículo 299 del Libro I del COMF; así como el contenido de la resolución de liquidación determinado en el artículo 307 ibidem y las normas de los artículos 599, 603 y 686 del CC, que en su orden se refieren al concepto de dominio, a los modos de adquirir el dominio y a la definición de tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas, se concluye que estos no alteran el análisis jurídico contenido en el pronunciamiento No. 09299, de 6 de noviembre de 2024, así como tampoco lo hace la circunstancia de que de existir remanentes de los fideicomisos, por mandato del artículo 317 del Libro I del COMF, los valores monetarios que no fueron reclamados en el plazo previsto por el séptimo inciso del artículo 312 del COMYF deberán ser depositados en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, en tanto que el resto de activos deberán ser transferidos a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria del Estado.

Finalmente, sobre lo manifestado en el acápite 4 del memorando No. CONAFIPS-GAJP-2024-1023-MEM en el que “(...) concluye que, en situaciones análogas, podrían ser aplicables los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999. Consecuentemente, la JPRF es el organismo competente facultado para regular la liquidación de los fideicomisos constituidos bajo el amparo del artículo 312 del citado cuerpo normativo (...)”, es imperativo tener presente que por mandato

del inciso segundo del artículo 14 del Código Tributario “*La analogía es procedimiento admisible para colmar los vacíos de la ley, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, exenciones ni las demás materias jurídicas reservadas a la ley*” (énfasis añadido)

4. Ratificación del Pronunciamiento. -

Analizados los nuevos argumentos expuestos en el pedido de reconsideración, se establece que estos no conducen a modificar las conclusiones de este organismo, contenidas en el Pronunciamiento constante en oficio No. 09299, de 6 de noviembre de 2024, por lo que, de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se ratifica el mismo.

Atentamente,



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

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Econ. María Paulina Vela Zambrano
PRESIDENTE DE LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN FINANCIERA

Mgs. Diana Carolina Velasco Aguilar
DIRECTORA NACIONAL DEL REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS DINARDAP

Oficio No. 09837

Quito, D.M., 20 de diciembre de 2024

Magíster
Pablo José Cevallos Palomeque
SECRETARIO DE INVERSIONES PÚBLICO PRIVADAS
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. SIPP-SIPP-2024-0252-O, de 15 de octubre de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado al siguiente día, se formularon las siguientes consultas:

“Pregunta 1: En los términos de los artículo (sic) 116 y 126 del Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización ¿es posible que un GAD ejecute una competencia exclusiva, mediante un esquema de gestión concurrente con el Gobierno Central, para gestionar Infraestructura Hidráulica bajo la modalidad APP?”

Pregunta 2: En los términos de los artículos 2 y 47 de la Ley de Asociaciones Público-Privadas ¿es posible el desarrollo de Infraestructura Hidráulica, tal como se define en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, bajo la modalidad APP, por un plazo mayor a 10 años?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 09095, No. 09096 y No. 09097, de 18 de octubre de 2024, este organismo solicitó a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (en adelante, “AME”), al Consejo Nacional de Competencias (en adelante, “CNC”); y, al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica (en adelante, “MAATE”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios No. 09333 y No. 09334, de 8 de noviembre de 2024, se insistió en los requerimientos realizados a la AME y al MAATE.
- 1.2. Los requerimientos efectuados por este organismo fueron atendidos, en su orden: i) por la Secretaria Ejecutiva, encargada, del CNC, a través del oficio No. CNC-CNC-

2024-1770-OF, de 30 de octubre de 2024, ingresado en el correo institucional de la Procuraduría General del Estado el mismo día; ii) por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la AME, mediante oficio No. AME-DNAJ-2024-0044-O, de 08 de noviembre de 2024, y su rectificación contenida en oficio No. AME-DNAJ-2024-0051-O, de 19 de los mismos mes y año, recibidos en el correo institucional único de este organismo en las mismas fechas; y, iii) por la Ministra del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, con oficio No. MAATE-MAATE-2024-1164-O, de 13 de noviembre de 2024, recibido el correo institucional de esta Procuraduría al día siguiente, al cual acompañó el criterio jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del MAATE contenido en memorando No. MAATE-CGAJ-2024-1851-M, de 06 de noviembre de 2024.

- 1.3. Al oficio de consulta se acompañó el informe jurídico No. SIPP-DAJ-022-2024 de 15 de octubre de 2024, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la SIPP, el cual citó los artículos 82, 85, 225, 226, 227, 264, 313, 314 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 3, 54, 55, 111, 115, 116, 126 y 137 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante, “COOTAD”); 13, 23 y 196 del Código Orgánico del Ambiente³ (en adelante, “COAM”); 1, 7, 11, 17, 18, 34, 37, 146 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua⁴ (en adelante, “LORHUA”); 1, 2, 9, 12, 14 y 47, contenidos en el artículo 53 del Libro II “CREACIÓN DEL RÉGIMEN PARA LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES, A TRAVÉS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS” (en adelante, “Régimen de las APP”) de la denominada “Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo”⁵ (en adelante, “LOEEGE”); 221 numerales 19, 40 y 45, 222 y 228 del Libro III “Del Régimen para la Atracción de Inversiones Público- Privadas” del Reglamento General de la LOEEGE⁶ (en adelante, “RLOEEGE”); con fundamento en los cuales, analizó y concluyó:

“3. ANÁLISIS

(...)

61. Es decir, de forma concurrente, entre los GAD y el Gobierno Central, se puede gestionar el desarrollo de Infraestructura Hidráulica en virtud de lo determinado en la LORHUA y la Ley APP, manteniéndose en el GAD la prestación del servicio público.

3.1.2 Respuesta a la pregunta 1 de la Consulta

62. En los términos de los artículos 116 y 126 del COOTAD, es posible para los GAD la ejecución de una competencia exclusiva mediante un esquema de gestión concurrente con el Gobierno Central, para el desarrollo de Infraestructura Hidráulica bajo la modalidad APP, en el ámbito específico de las competencias determinadas en la ley para

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 COAM, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.

⁴ LORHUA, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 305 de 6 de agosto de 2014.

⁵ LOEEGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 461 de 20 de diciembre de 2023.

⁶ RLOEEGE, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 496 de 09 de febrero de 2024.

cada nivel de gobierno, para lo cual deberá celebrarse el instrumento jurídico que determine el ejercicio de la facultad de cada nivel de gobierno interviniente en ese proyecto en concreto, en concordancia con la normativa legal vigente.

63. La prestación del servicio se mantendrá permanentemente en el GAD, la concurrencia aplicará para el desarrollo de la Infraestructura Hidráulica bajo el modelo APP.

(...)

3.2.1. Gestión de Infraestructura Hidráulica no es igual a prestación de servicio público relacionado al agua

(...)

67. Por regla general, un proyecto bajo la modalidad APP no podría tener relación con la prestación del servicio público del agua.

68. De forma excepcional, podría desarrollarse un proyecto bajo la modalidad APP para la prestación del servicio público del agua únicamente en los supuestos establecidos en el artículo 7 de la LORHUAA, con un plazo máximo de 10 años en el caso de la segunda excepción.

69. Lo anterior es de aplicación si se delegara la prestación del servicio público del agua, sin embargo, como se explica en la siguiente sección, la delegación para el desarrollo de proyectos de Infraestructura Hidráulica en los que, ni los GAD ni las entidades del Gobierno Central, ceden sus exclusivas competencias en relación con la prestación de los servicios públicos relacionados al agua, es posible en aplicación de la Ley APP.

(...)

73. Con lo anterior, de acuerdo con la Ley APP, queda expresamente determinado que una APP se puede estructurar para proveer la Infraestructura Hidráulica que permita a la Entidad Delegante prestar el servicio público de agua; lo que, bajo ningún concepto, implica la delegación para la prestación del servicio público.

74. El artículo 47 de la Ley APP determina que la vigencia de un contrato bajo la modalidad APP será de entre 5 y 30 años, los cuales podrán ampliarse una sola vez por 10 años adicionales. En ningún caso un contrato APP podrá durar más de 40 años.

75. Un contrato APP puede celebrarse con el objeto de desarrollar un activo público, en este caso, Infraestructura Hidráulica que sería utilizada por la Entidad Delegante para prestar y cobrar por su cuenta un servicio público, en cumplimiento de sus competencias exclusivas y concurrentes.

(...)

78. Así, bajo la modalidad APP, es posible el desarrollo de Infraestructura Hidráulica sin que los GAD ni las entidades del Gobierno Central cedan su competencia en relación con la prestación y cobro de los servicios públicos relacionados al agua.

(...)

3.2.3 Respuesta a la pregunta 2 de la Consulta

79. En los términos de los artículos 2 y 47 de la Ley APP, es posible el desarrollo de la Infraestructura Hidráulica determinada en el artículo 11 de la LORHUAA, bajo la modalidad APP por un plazo que no supere los 40 años, siempre que el contrato APP no incluya la prestación del servicio público del agua”.

- 1.4. De su parte, el informe jurídico del CNC, además de las normas invocadas por la consultante, citó los artículos 239, 266 y 269 de la CRE; 108, 117, 119, 121, 154, 275, 279 y 283 del COOTAD; 65 del Código Orgánico Administrativo⁷ (en adelante, “COA”); 6 de la LORHUA; 3 del Régimen de las APP; y 223 del RLOEEGE; con fundamento en los cuales manifestó y concluyó:

“II. CRITERIO INSTITUCIONAL

Pregunta 1: (...)

Dentro del marco competencial previsto en el artículo 137 del COOTAD, se establece de manera clara que esta competencia- prestación de servicios públicos de agua potable en todas sus fases- la ejecutará de manera específica los GAD municipales con sus respectivas normativas y en cumplimiento a las políticas nacionales, en especial las atribuciones de planificación y gestión integral del servicio de agua potable en sus respectivos territorios.

*En lo referente al ejercicio de esta competencia, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA)- encargada de regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua- ha establecido de manera clara que la prestación del servicio público del agua **es exclusivamente pública o comunitaria, proscribiendo cualquier forma de privatización del agua** (Énfasis corresponde al texto original), (...).*

Del análisis previamente mencionado, se tiene que el agua se encuentra reconocido constitucional y legalmente como un sector estratégico a cargo del Estado, entendido en su sentido más amplio. Por otro lado, la prestación del servicio de agua potable ha sido otorgada de manera exclusiva a favor de los GAD metropolitanos y municipales; no obstante, dicha competencia involucra también la prestación del servicio público del alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental.

(...)

Con esto dicho, se puede concluir que, la construcción, mantenimiento o administración de la infraestructura hidráulica, es parte de las actividades que comprende la gestión de la competencia exclusiva, sin que sea necesario delegar la gestión de dicha competencia para su ejecución; en especial, porque dicha competencia involucra la prestación de más servicios públicos aparte del agua potable, y su delegación no puede limitarse solo a ella.

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

(iii) Finalmente, dentro del régimen para la atracción de inversiones a través de las asociaciones público-privadas previsto en la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, se define como Asociación Público-Privada (APP) a ‘aquella modalidad contractual de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del sector público y un Gestor Privado, para le (sic) desarrollo y/o gestión de un activo público o la prestación de un servicio público en la que el gestor privado asume los riesgos y responsabilidades significativos durante la vigencia del contrato y, la contraprestación está ligada al desempeño respecto del nivel de servicio y disponibilidad de la infraestructura existente o nueva defina (sic) su Reglamento.’

En su artículo 3, señala de manera expresa la excepcionalidad de la delegación de servicios públicos o sectores estratégicos a la iniciativa privada; no obstante, del análisis efectuado dentro del Informe jurídico adjunto a la presente consulta, se tiene que el objetivo es conocer la viabilidad de ejecutar obras o infraestructura hidráulica por medio de las asociaciones público-privadas, más no para la prestación del servicio público como tal.

Por otro lado, dentro del artículo 12 ibídem, se detallan los tipos de proyectos públicos que pueden ser ejecutados mediante esta modalidad APP, entre los cuales se encuentra: ‘a. El diseño, financiamiento, construcción, equipamiento, operación, mantenimiento y entrega de una obra nueva de infraestructura, así como la provisión de un Servicio Público en los términos de esta Ley;’; que, a la luz del análisis antes mencionado, podría ser aplicable para el desarrollo de la infraestructura hidráulica materia de la presente consulta, siempre y cuando no incurra en la prohibición prevista en la norma-privatización del servicio público, en los términos y condiciones previstos para un proyecto APP, conforme la Ley APP.

Pregunta 2: (...)

De acuerdo con lo previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, este Organismo Técnico no puede atender el requerimiento previsto en la pregunta 2, por cuanto no está dentro del ámbito de nuestras competencias”.

- 1.5. El criterio jurídico de la AME, adicional a los artículos previamente citados por la consultante y el CNC, citó los artículos 1, 84, 133, 238, 240, 260, 261, 265, 280, 283, 390 y 425 de la CRE; 5, 29, 57, 60, 109 al 117, 196, 197, 276 al 278 y 280 al 282 del COOTAD; 69, 74 y 75 del COA; innumerados quinto y sexto a continuación del artículo 50.28 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁸ (en adelante, “COPCI”); y, 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁹ (en adelante, “COPLAFIP”); con base en lo cual analizó y concluyó:

“10. MODALIDAD DE GESTIÓN DELEGADA A LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA: INICIATIVA PRIVADA:

10.1. Dentro de la modalidad de gestión que establece el Art. 275 del COOTAD, los GADs pueden delegar excepcionalmente la prestación de los servicios públicos que les

⁸ COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de, 29 de diciembre de 2010.

⁹ COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

corresponden a la iniciativa privada. Esta delegación se lleva a cabo a través de un acto normativo del órgano competente, tal como se indicó en párrafos iniciales, en situaciones donde el GAD no tenga la capacidad técnica o económica para gestionar directamente un servicio público, o en casos de calamidad pública o desastres naturales, pues la obligatoriedad de gestionar y garantizar el servicio público para materializar los derechos concierne al mismo modelo de Estado, que se gobierna de manera descentralizada. (Énfasis corresponde al texto original).

10.2. En conclusión, la gestión del agua y los recursos hídricos requiere una colaboración efectiva entre los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y las entidades del Gobierno Central. Ambos niveles de gobierno tienen competencias exclusivas que son esenciales para una administración integrada y sostenible, cuya gestión, colaboración y cooperación es perfectamente viable (Art. 260, CRE), siendo los primeros (Municipios) responsables de servicios públicos fundamentales en sus propios Cantones (jurisdicción / circunscripción territorial); mientras que el Estado Central regula y protege los recursos hídricos.

10.3. La posibilidad de delegar la prestación de estos servicios a la iniciativa privada, mediante un acto normativo, permite abordar desafíos técnicos y económicos que afronten los niveles de gobierno, particularmente en los momentos críticos de la economía, de la transferencia de participaciones y rentas a las que tienen derecho los GADs Municipales (Arts. 271, 272, CRE; 192, COOTAD), garantizando así un uso responsable y eficiente de los recursos hídricos en beneficio de la sociedad.

CRITERIO JURÍDICO:

PRIMERA CONSULTA.- La posibilidad de que un Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) ejecute una competencia exclusiva mediante un modelo de gestión concurrente con el Gobierno Central, para desarrollar infraestructura hidráulica a través de Asociaciones Público-Privadas (APP) reconocidas en Ley, debe analizarse en el contexto del requerimiento de cada GAD y de acuerdo a sus necesidades y proyectos específicos, considerando, en todo momento, la autonomía financiera, administrativa y política de los niveles descentralizados.

Si la misma CRE establece que la gestión de sectores estratégicos, incluida el agua, es una competencia exclusiva del Estado, que puede delegar, de forma excepcional, en la iniciativa privada o la economía popular y solidaria, conforme los Arts. 313, 314, 315 y 316 del COOTAD (de la CRE)¹⁰, tomando en cuenta el Art. 429 de la CRE, la CCE (sic) ha reforzado el mandato, subrayando que la delegación debe ser regulada y sujeta a condiciones específicas, garantizando así el interés general y la salud pública.

¹⁰ Oficio Nro. AME-DNAJ-2024-0051-O de 19 de noviembre de 2024: "De conformidad con lo previsto en los Arts. 3,11, 82, 226, 424 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), los Arts. 2, 3, 14, 16, 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo (COA), y el Art. 3 de la Ley Orgánica de Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos (LOOETA), se rectifica y subsana el error de copia puramente material constante en el Oficio Nro. AME-DNAJ-2024-0044-O, de 08 de noviembre de 2024, pues, en el segundo inciso del subtítulo 'Criterio Jurídico / PRIMERA CONSULTA', se establece que: (...) Si la misma CRE establece que la gestión de sectores estratégicos, incluida el agua, es una competencia exclusiva del Estado, que puede delegar, de forma excepcional, en la iniciativa privada o en la economía popular y solidaria, conforme los Arts. 313, 314, 315 y 316 del COOTAD (...) (sic), cuando debe decir: 'Si la misma CRE establece que la gestión de sectores estratégicos, incluida el agua, es una competencia exclusiva del Estado, que puede delegar, de forma excepcional, en la iniciativa privada o en la economía popular y solidaria, conforme los Arts. 313, 314, 315 y 316 de la CRE (...)'. "

En virtud de lo dispuesto en el Art. 260 de la CRE, la colaboración entre distintos niveles de gobierno es crucial para asegurar un uso eficiente y responsable de los recursos hídricos, promoviendo un enfoque integral en su administración, considerando el alcance que tiene el desarrollo de Infraestructura Hidráulica, en los términos del Art. 11 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, y el impacto de la gestión concurrente de la prestación del servicio público de agua potable para el desarrollo sostenible de la comunidad.

SEGUNDA CONSULTA. - *Conforme al análisis realizado, es plenamente factible desarrollar infraestructura hidráulica, conforme la definición del indicado Art. 11 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, haciendo uso o viabilizando el proyecto u obra a través de la modalidad Asociación Público – Privada, por un periodo superior a 10 años, debido a que la normativa establece que las obras o infraestructuras hidráulicas, destinadas a la captación, almacenamiento, tratamiento y aprovechamiento del agua, así como al saneamiento y protección de los recursos hídricos, son de interés público y están sujetas a regulación legal. Estas infraestructuras pueden ser de titularidad pública, privada o comunitaria, pero su utilización siempre debe orientarse al beneficio colectivo. (Énfasis corresponde al texto original).*

En tal sentido, se ha de considerar, además, que el Estado tiene la facultad para asumir la administración y uso de cualquier infraestructura hidráulica, independientemente de su propiedad, para garantizar el acceso al agua para la población afectada. Esta capacidad de intervención refuerza la importancia de la colaboración y coordinación entre los distintos niveles de gobierno, para asegurar un uso responsable y eficiente de los recursos hídricos, conforme faculta la misma Constitución.

Además, las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y Gobierno Central en materia de agua y recursos hídricos, permiten una gestión concurrente para el desarrollo de Infraestructura Hidráulica, que puede implementarse a través de Asociaciones Público-Privadas (APP), considerando que la delegación de la gestión a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria debe ser excepcional tal como se regula en Ley, garantizando que las condiciones de la delegación se alineen con los principios de interés público y sostenibilidad. (Énfasis corresponde al texto original).

No se debe dejar de lado, en virtud de los deberes previstos en el Art. 3 de la CRE, que el enfoque legal que reconoce a las APP como modalidades contractuales de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del Art. 225 de la CRE y un Gestor Privado, para el desarrollo y/o gestión de un activo público o la prestación de un Servicio Público en el que el Gestor Privado asume riesgos y responsabilidades significativos durante la vigencia del contrato y, la contraprestación está ligada al desempeño respecto del nivel de servicio y disponibilidad de la infraestructura existente o nueva, promueve una administración integral de los recursos hídricos, esencial para el desarrollo sostenible, la materialización de derechos fundamentales y la protección del bienestar social”.

- 1.6. El criterio jurídico del MAATE, con base en los mismos fundamentos normativos citados por la SIPP, analizó y concluyó lo siguiente:

“Pregunta 1: (...)

El artículo 260 de la Constitución de la República establece que las competencias exclusivas no excluirán el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre distintos niveles de gobierno.

(...)

Para una efectiva prestación del servicio público del agua es necesaria la construcción de infraestructura hidráulica esta se encuentra definida en el artículo 11 de la norma antes citada, 'Se consideran obras o infraestructura hidráulica las destinadas a la captación, extracción, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas así como al saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aguas aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes, protección frente a avenidas o crecientes, tales como presas, embalses, canales, conducciones, depósitos de abastecimiento a poblaciones, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad así como todas las obras y equipamientos necesarios para la protección del dominio hídrico público.'

Podemos ver que muchas de las obras o infraestructura hidráulica descritas en el artículo 11 se encuentran también mencionadas en el artículo 37 de la LORHUAA.

El artículo 2 de la Ley de Alianzas Público-Privadas (APP) permite que se desarrollen activos públicos, como infraestructura hidráulica, bajo la modalidad APP. Según el artículo 9 de la misma ley, la Secretaría de Inversiones Público-Privadas (SIPP) es la encargada de estructurar proyectos en este modelo. Además, la titularidad de la infraestructura permanece en el Estado, independientemente de su financiamiento o construcción, conforme al artículo 2 de la Ley APP.

Por lo expuesto, el recurso hídrico es un bien estratégico, cuya gestión podría ejercerse de forma concurrente entre el Estado Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados lo que implica una colaboración coordinada y complementaria, entre otras en la gestión en la prestación de servicios públicos, en este caso del agua. La gestión concurrente no implica una delegación ni duplicación de funciones, por lo que un GAD puede desarrollar proyectos de infraestructura hidráulica con el apoyo del Gobierno Central, sin perder su autonomía en la prestación de los servicios públicos.

Para que los GAD y el Gobierno Central ejerzan sus competencias de manera concurrente, es necesario suscribir un instrumento jurídico que determine las responsabilidades de cada nivel de gobierno en el proyecto, en concordancia con la normativa vigente.

Pregunta 2: (...)

Por regla general, un proyecto bajo la modalidad de Alianza Público-Privada (APP) no puede involucrar la prestación del servicio público del agua. Sin embargo, de manera excepcional, podría desarrollarse un proyecto APP en los casos estipulados en el artículo 7 de la LORHUAA, siempre que la delegación tenga una duración máxima de 10 años para la segunda excepción.

(...)

Es decir, la Ley APP permite que, bajo esta modalidad, se desarrolle infraestructura hidráulica que habilite a la entidad delegante a prestar el servicio público de agua, sin que esto implique la delegación de dicha prestación a la iniciativa privada.

Según cómo se estructure y ejecute el proyecto y contrato APP, es posible delegar a la iniciativa privada el diseño, rehabilitación, mejora, financiación, equipamiento, operación o mantenimiento de la infraestructura hidráulica (nueva o existente), sin que la entidad delegante pierda el control sobre la prestación del servicio público.

Durante la ejecución del contrato, la titularidad del activo público permanece bajo el Estado, lo que garantiza que, en ningún caso, la iniciativa privada será propietaria del bien ni asumirá la prestación del servicio público de agua. Así, mediante el modelo APP, es posible desarrollar infraestructura hidráulica sin que los Gobiernos Autónomos Descentralizados o entidades del Gobierno Central cedan su competencia en la gestión y cobro de los servicios relacionados con el agua.

El artículo 47 de la Ley APP establece que los contratos bajo esta modalidad tendrán una vigencia de entre 5 y 30 años, con posibilidad de una única extensión de hasta 10 años adicionales, sin superar en total los 40 años.

Por lo expuesto, es viable que se realice el desarrollo de infraestructura hidráulica bajo la modalidad de Alianzas Público Privadas por un plazo mayor de 10 años en virtud de que no se realiza una delegación para la prestación del servicio público de agua”.

- 1.7. De los informes jurídicos citados se aprecia que tanto el criterio de la SIPP como los criterios del CNC, la AME y el MAATE coinciden en señalar que es viable que los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante, “GAD”) ejecuten conjuntamente con el Gobierno Central competencias en relación a la prestación de servicios públicos del agua, asimismo, y realicen el desarrollo de infraestructura hidráulica bajo la modalidad de Alianza Público Privada, siempre que el contrato APP no incluya la privatización o la prestación del servicio público del agua. Dicha modalidad de Alianza Público Privada puede ser superior al plazo mayor de 10 años sin que supere los 40 años.

Agrega la AME que la infraestructura hidráulica puede ser de titularidad pública, privada o comunitaria, pero su utilización siempre debe orientarse al beneficio colectivo garantizando que las condiciones de la delegación se alineen con los principios de interés público y sostenibilidad.

2.- Análisis. –

Por estar relacionadas al mismo tema, sus consultas se atenderán de forma conjunta, para lo cual, y a fin de facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las mismas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: i) Competencias exclusivas y concurrentes para

la prestación de servicios públicos; ii) Desarrollo de infraestructura hidráulica; y, iii) Asociaciones Publico-Privadas para la provisión de infraestructura o servicios públicos.

2.1. Competencias exclusivas y concurrentes para la prestación de servicios públicos.-

Para atender la consulta se considera en primer lugar que, de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes; y que, por el principio de legalidad que rige en derecho público, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y servidores públicos, tienen *“el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la constitución”*.

Al respecto, el numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre **“Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales”** (énfasis añadido).

En ese sentido, el numeral 4 del artículo 264 contempla como una de las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, el *“Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley”*. Similar disposición consta en la letra d) del artículo 55 del COOTAD, aclarando en el artículo 266 de la norma constitucional que, los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos ejercerán, entre otras, *“las competencias que corresponden a los gobiernos cantonales”*; lo cual coincide con lo dispuesto en el artículo 85 del COOTAD.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 313 de la CRE, se considera al agua como uno de los sectores estratégicos; concordante, el artículo 5 de la LORHUAA, establece que *“El agua constituye patrimonio nacional, sector estratégico de decisión y de control exclusivo del Estado a través de la Autoridad Única del Agua”*. Su gestión se orientará al pleno ejercicio de los derechos y al interés público, en atención a su decisiva influencia social, comunitaria, cultural, política, ambiental y económica.

El artículo 314 de la CRE determina que el Estado es responsable de la **“provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”**, agregando que le corresponde al Estado disponer que *“los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”*. En tal sentido, el artículo 37 de la LORHUAA considera como **“servicios públicos básicos, los de agua potable y saneamiento ambiental relacionados con el agua”** (énfasis añadido).

Según el segundo inciso del artículo 316 de la CRE, el “Estado podrá, de forma excepcional, **delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley**” (énfasis añadido).

Concordante, el artículo 318 ibídem establece que el agua es “*patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado*”, y “*Se prohíbe toda forma de privatización del agua*”, agregando que el Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la “*planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación*”; y, se requiere autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria.

Por su parte, el artículo 113 del COOTAD define las competencias como la “*capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias*”. El artículo 114 ibídem se refiere a las competencias exclusivas como “**aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno**”; y, el artículo 115 define a las competencias concurrentes como “*aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente*” (énfasis añadido).

El artículo 116 del COOTAD conceptualiza a las facultades como las “*atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno*”, siendo estas: “*la rectoría, la planificación, la regulación, el control y la gestión*”, y su ejercicio, a excepción de la rectoría, puede ser concurrente. Agrega su inciso final que la facultad de gestión “**es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos. Puede ejercerse concurrentemente entre varios niveles de gobierno, dentro del ámbito de competencias y circunscripción territorial correspondiente, según el modelo de gestión de cada sector**” (énfasis añadido).

En ese contexto, el artículo 126 del COOTAD prevé que “*el ejercicio de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución para cada nivel de gobierno, no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos*”; y, salvo el caso de los sectores privativos, “**los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel**”, de acuerdo con el modelo de gestión de cada sector al cual pertenezca la competencia y con autorización expresa del titular de la misma a través de un convenio (énfasis añadido).

Con relación al ejercicio de las competencias de prestación de servicios públicos, el artículo 137 del COOTAD dispone que:

“Las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas y dando cumplimiento a las regulaciones y políticas nacionales establecidas por las autoridades correspondientes. Los servicios que se presten en las parroquias rurales se deberán coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados de estas jurisdicciones territoriales y las organizaciones comunitarias del agua existentes en el cantón.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales planificarán y operarán la gestión integral del servicio público de agua potable en sus respectivos territorios, y coordinarán con los gobiernos autónomos descentralizados regional y provincial el mantenimiento de las cuencas hidrográficas que proveen el agua para consumo humano. Además, podrán establecer convenios de mancomunidad con las autoridades de otros cantones y provincias en cuyos territorios se encuentren las cuencas hidrográficas que proveen el líquido vital para consumo de su población.

(...)

Las competencias de prestación de servicios públicos de alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas. Cuando estos servicios se presten en las parroquias rurales se deberá coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales.

La provisión de los servicios públicos responderá a los principios de solidaridad, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Los precios y tarifas de estos servicios serán equitativos, a través de tarifas diferenciadas a favor de los sectores con menores recursos económicos, para lo cual se establecerán mecanismos de regulación y control, en el marco de las normas nacionales.

De manera complementaria y sin perjuicio de lo anterior, los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales gestionarán, coordinarán y administrarán los servicios públicos que le sean delegados por los gobiernos autónomos descentralizados municipales. Vigilarán con participación ciudadana la ejecución de las obras de infraestructura y la calidad de los servicios públicos existentes en su jurisdicción.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales realizarán alianzas con los sistemas comunitarios para gestionar conjuntamente con las juntas administradoras de agua potable y alcantarillado existentes en las áreas rurales de su circunscripción. Fortaleciendo el funcionamiento de los sistemas comunitarios. Los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán delegar las competencias de gestión de agua potable y alcantarillado a los gobiernos parroquiales rurales. (...)” (énfasis añadido).

En cuanto a las modalidades de gestión, el artículo 274 del COOTAD establece que 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**”, de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial, y los “usuarios de los servicios públicos

prestados y de las obras ejecutadas por los gobiernos autónomos descentralizados serán corresponsables de su uso, mantenimiento y conservación". Los GAD deben obligatoriamente zonificar la infraestructura de la prestación de los servicios públicos que sean proporcionados a la comunidad (énfasis añadido).

Concordante, el artículo 275 ibídem prevé que los GAD, entre ellos los cantones, pueden ***“prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”***, así como los GAD rurales *“prestarán sus servicios en forma directa, por contrato o gestión compartida mediante la suscripción de convenios con los gobiernos provinciales, municipales y con las respectivas comunidades beneficiarias”* (énfasis añadido).

En ese orden de ideas, el artículo 276 del COOTAD prescribe que la 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”*. Los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos o municipales pueden *“delegar la gestión de sus competencias a otros niveles de gobierno, sin perder la titularidad de aquellas”*. Para esta delegación *“las partes suscribirán un convenio que contenga los compromisos y condiciones para la gestión de la competencia”*, quedando prohibido a cualquier nivel de gobierno delegar la prestación de servicios públicos que le hubiere delegado otro nivel de gobierno.

Con relación a la delegación a la iniciativa privada, el segundo inciso del artículo 283 del citado código dispone que:

*“Sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, **metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada.** Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo **no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público** o en caso de calamidad pública o desastre natural”* (énfasis añadido).

La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público será debidamente justificada por la autoridad ejecutiva, ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía, en las condiciones establecidas en la Constitución, la Ley y de acuerdo con las regulaciones del órgano competente de la administración pública o Gobierno Central que tenga atribución legal en materia de competencias. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias.

Los ejecutivos de los GAD ejercen el control de las obras que se ejecuten directamente, por contrato, por delegación, por gestión compartida o por cogestión; así como de los servicios públicos prestados a través empresas públicas, mixtas, de economía popular y solidaria o privadas, a fin de garantizar que éstos se presten bajo los principios de

obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad establecidos en la Constitución de la República; además, deberán facilitar y promover mecanismos de control social, según lo prevé el artículo 284 del COOTAD.

De lo expuesto se desprende lo siguiente: i) el agua constituye un sector estratégico y el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre los recursos hídricos, siendo responsable de garantizar la provisión de servicios públicos como el agua potable y el riego; ii) el Estado puede, de manera excepcional, delegar ciertas actividades relacionadas con estos servicios a la iniciativa privada; iii) corresponde a los GAD municipales y metropolitanos la prestación de los servicios públicos de agua potable en todas sus fases, incluyendo la gestión del alcantarillado, la depuración de aguas residuales, el manejo de desechos sólidos, las actividades de saneamiento ambiental y demás responsabilidades que la ley disponga, siendo responsables tanto de la prestación de los servicios públicos como de la implementación de las obras necesarias para el cumplimiento de sus competencias; iv) los GAD tienen la posibilidad de ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel de gobierno, conforme al modelo de gestión del sector correspondiente, a través de la suscripción de los acuerdos o convenios pertinentes; y, v) los GAD pueden llevar a cabo la prestación de los servicios y la ejecución de las obras de su competencia mediante diversas modalidades, como la gestión directa, contratación, gestión compartida, delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta. En casos excepcionales, es posible delegar la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada, siempre que concurran las causales específicas que justifiquen dicha delegación, de conformidad con el artículo 283 del COOTAD. Con todo, en el caso del agua rigen las disposiciones especiales que se explican en la siguiente sección.

2.2. Desarrollo de infraestructura hidráulica.-

De conformidad con el Artículo 1 de la LORHUA, los Recursos Hídricos son parte del patrimonio natural del Estado y serán de su competencia exclusiva, la cual *“se ejercerá concurrentemente entre el Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de conformidad con la Ley”*, declarando que *“el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital de la naturaleza y fundamental para garantizar la soberanía alimentaria”*.

Se prohíbe toda forma de privatización del agua, por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente; por lo mismo, ésta no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa privada nacional o extranjera y no se reconocerá ninguna forma de apropiación o de posesión individual o colectiva sobre el agua, cualquiera que sea su estado, según lo dispone el artículo 6 de la LORHUA, norma que además prohíbe: ***“a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado a través de la Autoridad Única del Agua o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados”***,

así como “f) **El otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua**” (énfasis añadido).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la LORHUAA, excepcionalmente, en la prestación del servicio público del agua, “*pueden participar la iniciativa privada*” y la economía popular y solidaria, en los siguientes casos:

“a) *Declaratoria de emergencia adoptada por la autoridad competente, de conformidad con el ordenamiento jurídico; o,*

b) *Desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo. El plazo máximo será de diez años, previa auditoría*” (énfasis añadido).

El artículo 11 de la LORHUAA, citado en la segunda consulta, define a la infraestructura hidráulica en los siguientes términos:

“Se **consideran obras o infraestructura hidráulica** las destinadas a la captación, extracción, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas así como al saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aguas aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes, protección frente a avenidas o crecientes, tales como presas, embalses, canales, conducciones, depósitos de abastecimiento a poblaciones, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad así como todas las obras y equipamientos necesarios para la protección del dominio hídrico público.

Las obras o infraestructura hidráulica podrán ser de titularidad pública, privada o comunitaria, según quien las haya construido y financiado, aunque su uso es de interés público y se rigen por esta Ley. (...)” (énfasis añadido).

De acuerdo con el artículo 17 de la LORHUAA, la autoridad única del agua es la entidad que dirige el sistema nacional estratégico del agua, y la responsable de la rectoría, planificación y gestión de los recursos hídricos, y según la letra r) del artículo 18 ibídem, tiene como una de sus competencias: “**Formular, gestionar y supervisar el plan anual de prioridades en infraestructura hidráulica, equipamiento, drenaje e inundaciones; y, administrar la infraestructura hidráulica de propósito múltiple**”. (Énfasis añadido).

Según la letra b) del numeral 1 del artículo 29 de la LORHUAA, los planes hídricos contendrán, “**Las obras hidráulicas que deberán construirse para la satisfacción de las necesidades hídricas**”. En ese sentido, el artículo 41 de esa ley establece que “**la infraestructura de los sistemas públicos de riego y drenaje son parte del dominio hídrico público y su propiedad no puede ser transferida bajo ninguna circunstancia**”. La gestión de los sistemas públicos de riego y drenaje es de corresponsabilidad entre el Gobierno Central, los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el ámbito de sus competencias y los usuarios (énfasis añadido).

Con relación a la infraestructura hidráulica para aprovechamiento del agua, el artículo 146 de la LORHUAA dispone que *“las inversiones que se requieran para la construcción de infraestructura hidráulica o civil para un determinado aprovechamiento productivo del agua, la realizará el interesado de manera directa”*, y de acuerdo con el interés nacional, *“el Estado podrá concurrir también como inversionista, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo”*.

Adicionalmente, el artículo 196 del COAM dispone que los GAD municipales *“deberán contar con la **infraestructura técnica para la instalación de sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales**, de conformidad con la ley y la normativa técnica expedida para el efecto”*. Las obras deberán ser previamente aprobadas a través de las autorizaciones respectivas emitidas por las autoridades competentes en la materia (énfasis añadido).

De lo expuesto se desprende que: i) conforme a lo establecido en la LORHUAA, los recursos hídricos forman parte del patrimonio natural del Estado y constituyen una competencia exclusiva de este; ii) se encuentra prohibida toda delegación al sector privado en la gestión del agua o en el ejercicio de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado o a los GAD, así como el otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua; iii) la participación de la iniciativa privada en la prestación del servicio público del agua únicamente puede darse de manera excepcional, ya sea en casos de emergencia declarada o cuando la entidad competente carezca de las condiciones técnicas o financieras para garantizar su cumplimiento; iv) la infraestructura hidráulica comprende las obras destinadas a la captación, extracción, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, tales como presas, embalses, canales, depósitos de abastecimiento, alcantarillado, colectores, instalaciones de saneamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad y demás equipamientos necesarios para la protección del dominio hídrico público; v) en ningún caso estas obras, conceptualizadas como infraestructura hidráulica, habilitan a la iniciativa privada para asumir la prestación íntegra del servicio público de agua potable, una competencia reservada exclusivamente a los GAD; vi) las obras de infraestructura hidráulica pueden ser de titularidad pública, privada o comunitaria, dependiendo de quién las haya construido y financiado, aunque su uso es siempre de interés público; y, vii) corresponde a la autoridad única del agua la formulación, gestión y supervisión del plan anual de prioridades en infraestructura hidráulica, así como la administración de la infraestructura hidráulica de propósito múltiple.

2.3. Asociaciones Publico-Privadas para la provisión de infraestructura o servicios públicos. -

Como ya se manifestó en el análisis precedente contenido en el numeral 2.1, el Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada, la participación en los sectores estratégicos.

En ese contexto, el artículo 1 del Libro II de la LOEEGE señala que esta tiene como objeto *“establecer el marco institucional, las normas y procesos aplicables para la participación del sector privado y la economía popular y solidaria, en la gestión de los Proyectos Públicos de inversión relacionados con infraestructura y Servicios Públicos o sectores estratégicos”*, no rige a otras modalidades contractuales de delegación que se rigen por leyes sectoriales ni asociativas que se regulan por la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y es de cumplimiento obligatorio para las entidades, organismos e instituciones del sector público, así como, *“también para el sector privado o de la economía popular y solidaria que se asocie con el Estado, a través de la modalidad de asociación público-privada que regula esta Ley”*.

De su parte, el artículo 2 del Régimen de las APP define a la Asociación Público-Privada (en adelante, “APP”), en los siguientes términos:

*“De la Asociación Público-Privada.- Se entenderá por Asociación Público-Privada (APP) a una **modalidad contractual de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del sector público y un Gestor Privado**, para el **desarrollo y/o gestión de un activo público o la prestación de un Servicio Público** en el que el Gestor Privado asume riesgos y responsabilidades significativos durante la vigencia del contrato y, la contraprestación está ligada al desempeño respecto del nivel de servicio y disponibilidad de la infraestructura existente o nueva”*

(...)

***Se prohíbe, a través de la modalidad de APP y de la aplicación de la presente Ley, la Privatización**, así como la ejecución de proyectos de exploración y explotación en los sectores de minería y petróleo. La modalidad de APP no sustituirá a las modalidades de participación privada contempladas en leyes especiales aplicables al sector minero y de hidrocarburos”* (énfasis añadido).

Concordante con lo dispuesto en la norma constitucional, *“la delegación de servicios públicos o sectores estratégicos a la Iniciativa Privada es excepcional”*. Esta excepcionalidad queda regulada de modo general en la referida Ley a través del ciclo del Proyecto APP y, en particular, estará justificada siempre que los respectivos proyectos generen Valor por Dinero, según lo dispone el artículo 3 del Régimen de las APP, el cual agrega que son *“indelegables las facultades de planificación, rectoría, regulación y control a cargo del Estado”*. Idéntica disposición consta en el artículo 222 del RLOEEGE.

Según lo prevé el inciso segundo del artículo 9 del Régimen de las APP, la SIPP tiene por objeto estructurar los Proyectos APP en el ámbito de la Administración Pública Central, así como *“coordinar y articular acciones interinstitucionales para promover, atraer, facilitar, concretar y mantener las **inversiones privadas asociadas a la generación de infraestructura y prestación de servicios públicos** a través de la modalidad de APP”*. (Énfasis añadido).

De acuerdo con el artículo 12 del Régimen de las APP, entre los tipos de Proyectos Públicos que se pueden gestionar y ejecutar mediante la modalidad de Asociación Público-Privada se encuentran:

- “a. El diseño, financiamiento, construcción, equipamiento, operación, mantenimiento y entrega de una obra nueva de infraestructura, así como la provisión de un Servicio Público en los términos de esta Ley;*
- b. El diseño, rehabilitación o mejora, financiación, equipamiento, operación y mantenimiento de un servicio o una obra de infraestructura existente para la provisión de un Servicio Público en los términos de esta Ley; o,*
- c. La ejecución de todas o algunas de las actividades descritas en los literales anteriores, adecuadamente combinadas, para la prestación de un Servicio Público a los usuarios o para proveer los medios para que la Entidad Delegante lo haga.” (Énfasis añadido).*

Se considera como Entidades Delegantes a las entidades del sector público titulares de la competencia a ser delegada y representantes del Estado en el Contrato APP, y como Gestor Privado se considera a una compañía anónima constituida de acuerdo con la legislación ecuatoriana, con propósito u objeto específico para ejecutar únicamente el Proyecto APP, cuya gestión se delega, según consta en los artículos 14 y 15 del Régimen de las APP. Similares disposiciones constan en los numerales 19 y 22 del artículo 221 del Libro III “Del Régimen para la Atracción de Inversiones Público- Privadas” del RLOEEGE.

En cuanto al plazo y vigencia de los contratos APP, el artículo 47 ibídem en concordancia con el artículo 227 del RLOEEGE, determina que *“Todo Contrato deberá establecer necesariamente el plazo máximo de vigencia de la relación contractual. En consecuencia, la omisión de la estipulación del plazo máximo en el Contrato será causal de resolución del mismo”*. Al efecto esa norma manifiesta que:

“El plazo máximo de vigencia de un Contrato APP podrá ser de hasta treinta (30) años, los cuales podrán ampliarse una sola vez por diez (10) años adicionales, de acuerdo con las condiciones y procedimiento establecido en el Reglamento y Guías que expida el CIAPP. En ningún caso un Contrato APP podrá durar más de cuarenta (40) años”.

En ningún caso el Contrato APP podrá tener un plazo de vigencia menor a cinco (5) años” (Énfasis añadido).

Agrega el artículo 228 del RLOEEGE que, el monto mínimo de Proyectos APP deberá ser *“igual o superior a veinte (20) millones de dólares de los Estados Unidos de América y, excepcionalmente, en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, a diez (10) millones de dólares de los Estados Unidos de América constantes de 2024”*, corresponde a la SIPP informar sobre la actualización de valores a requerimiento de la Entidad Delegante.

Y según el artículo 51 del Régimen de las APP, el Contrato APP terminará por las siguientes causas: *“a. Vencimiento del plazo o cumplimiento de alguna de las condiciones resolutorias establecidas en el Contrato APP; b. Abandono del proyecto o*

incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del Gestor Privado o de la Entidad Delegante; c. Caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo con lo señalado en los Pliegos del Concurso Público o en el Contrato APP; d. Transacción, acta de mediación de acuerdo total o por mutuo acuerdo; e. Laudo arbitral; o, f. Cualquier otra causa contenida en los Pliegos del Concurso Público o en el Contrato APP”.

De lo expuesto en el numeral 2.2 y el presente título, se concluye que las APP son figuras previstas para la participación de un privado que coadyuve y permita lograr los objetivos de prestación de servicios públicos bajo condiciones específicas, y sujetas al cumplimiento de la normativa del servicio público en cada caso. Así pues, en la presente consulta al tratarse de un recurso hídrico cuya protección constitucional prohíbe toda forma de privatización, es menester recalcar que la entidad o entidades responsables del sector público deberán observar con especial cuidado y precautelar cualquier tipo de apropiación que pueda dar lugar a derechos expresamente prohibidos a favor del privado.

En consonancia, y de conformidad al artículo 137 del COOTAD, la realización del servicio de agua es una competencia exclusivamente pública o comunitaria, restringida al privado, salvo el acaecimiento de las condiciones expresamente previstas y por el tiempo establecido en el artículo 7 de la LORHUAA. Considerando dicha restricción, las APP enmarcadas en el concepto de infraestructura hidráulica previsto en el artículo 11 ibidem (excluidas de toda forma de delegación), limitarán su alcance a la obra y construcción necesaria para la prestación del servicio por parte del GAD, titular de esta competencia.

De lo expuesto se observa que: i) las APP son modalidades contractuales de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del sector público y un Gestor Privado, para el desarrollo y/o gestión de un activo público o prestación de un Servicio Público; ii) entre los tipos de Proyectos Públicos que se pueden gestionar y ejecutar mediante APP se encuentran, el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento, operación, mantenimiento y entrega de una obra nueva de infraestructura; la rehabilitación o mejora, financiación, equipamiento, operación y mantenimiento de un servicio o una obra de infraestructura existente, o la provisión de un Servicio Público; iii) el plazo máximo de vigencia de un Contrato APP es de treinta años, pudiendo ampliarse una sola vez por diez años y no puede durar más de cuarenta años, así como tampoco puede tener un plazo de vigencia menor a cinco años; y, iv) actualmente el monto mínimo de Proyectos APP es igual o superior a veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América y, excepcionalmente, en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, es de diez millones de dólares de los Estados Unidos de América.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta, se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 126, 137 y 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en concordancia con los artículos 7 y 11 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, así como con los artículos 2 y 12 del Libro II del Régimen para la Atracción de Inversiones a través de las Asociaciones Público-Privadas, y el artículo 53 de la Ley Orgánica de Eficiencia

Económica y Generación de Empleo, los Gobiernos Autónomos Descentralizados y el Gobierno Central, bajo el esquema de gestión concurrente, tienen la facultad de implementar infraestructura hidráulica necesaria para el cumplimiento de sus competencias, utilizando la modalidad de Asociaciones Público-Privadas.

En cuanto a su segunda consulta, se determina que, de acuerdo con los artículos 2, 9 y 47 del Libro II del Régimen para la Atracción de Inversiones a través de las Asociaciones Público-Privadas, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, y en concordancia con los artículos 223, 227 y 228 de su Reglamento General, el plazo máximo de vigencia de un contrato bajo la modalidad de APP para la construcción de infraestructura hidráulica es de treinta años. Este plazo puede ser ampliado una sola vez por hasta diez años adicionales, sin que la duración total del contrato exceda los cuarenta años ni implique la delegación de la competencia exclusiva del servicio público de agua potable de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

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

Atentamente,



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

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Inés María Manzano Díaz
Ministra del Ambiente, Agua y Transición Ecológica (MAATE)

Ing. William Patricio Maldonado Jiménez
Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME)

Ab. Esp. Myriam Zarsosa Osorio
Secretaria Ejecutiva, Encargada, del Consejo Nacional de Competencias (CNC)

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec