



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Diciembre 2022

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 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Ab. Juan Carlos Larrea
Procurador General del Estado

Contenido

| No. | Fecha de pronunciamiento | INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta | pág. |
|-----|--------------------------|---|------|
| 1 | 05-dic-22 | EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS - EPMOP TRIBUTARIO - CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS | 4 |
| 2 | 05-dic-22 | SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - SERCOP CONTRATACIÓN PÚBLICA - REGISTRO DE CONTRATISTA INCUMPLIDO O ADJUDICATARIO INCUMPLIDO | 12 |
| 3 | 07-dic-22 | CUERPO DE BOMBEROS DE QUITO CONTRATACIÓN PÚBLICA - PRORROGA DE PLAZO CONTRACTUAL | 17 |
| 4 | 08-dic-22 | EMPRESA PÚBLICA DE AGUA, ALCANTARILLADO Y ASEO DE PASAJE - AGUAPAS TRIBUTARIO - CONVENIO FACILIDADES DE PAGO DE MULTAS | 23 |
| 5 | 15-dic-22 | IESS ADMINISTRATIVAS - EJERCICIO DE COMPETENCIAS | 29 |
| 6 | 15-dic-22 | CENTRO DE INTELIGENCIA ESTRATÉGICA ADMINISTRATIVAS - ENTREGA DE INFORMACIÓN RESERVADA | 40 |
| 7 | 19-dic-22 | DEFENSORÍA DEL PUEBLO ADMINISTRATIVAS - AUTOTUTELA DE RESOLUCIONES DEL CPCCS | 50 |
| 8 | 21-dic-22 | UG EP EMPRESA PÚBLICA UG OBRAS, BIENES Y SERVICIOS CONTRATACIÓN PÚBLICA - GARANTÍAS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS | 66 |
| 9 | 21-dic-22 | MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL LABORAL - DESCANSO OBLIGATORIO DÍA DEL CHOFER | 72 |

Oficio No. 00251

Quito, D.M., 05 DIC 2022

Señora doctora
María Sara Jijón Calderón,
DIRECTORA GENERAL,
SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. SERCOP-SERCOP-2022-0852-OF y SERCOP-SERCOP-2022-0873-OF de 8 y 16 de noviembre de 2022, ingresados en las mismas fechas, en los cuales usted solicita, la reconsideración del pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 20699 de 14 de octubre de 2022, y remite el correspondiente informe jurídico.

El pronunciamiento cuya reconsideración solicita, atendió su consulta sobre la aplicación de los artículos 19 numeral 1, 62 numeral 4 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante LOSNCP) que regulan la suspensión en el Registro Único de Proveedores de los adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos y los efectos derivados de aquella, respecto de las entidades públicas que actúen en calidad de proveedores o contratistas.

1.- Antecedentes. -

1.1. Consulta del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP):

La consulta inicial del SERCOP, planteada en oficio No. SERCOP-SERCOP-2022-0762-OF de 27 de septiembre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, fue la siguiente:

“(…) la norma relativa al registro de contratista incumplido o adjudicatario fallido de una entidad pública, solicitado por otra entidad de la misma naturaleza, considerando que entre instituciones públicas no se requieren garantías para la suscripción de los contratos entre estas”.

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

00251

El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0138-M de 26 de septiembre de 2022, citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante CRE); 2 numeral 8, 10 numeral 4, 19 numeral 1, 73 y 98 de la LOSNCP; 98, 101 y 164 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante COA); 43.1 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP⁴ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP); 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante LOCGE); y, 6 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante RRCGE), con fundamento en los cuales concluyó:

“El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el registro de incumplimientos sin efectuar una diferenciación entre instituciones públicas o privadas, sin embargo, al no ser exigible la presentación de garantías en los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí (sic), o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o no subsidiarias; y las empresas entre sí; por lo que, no existiría forma de garantizar el cobro de valores pendientes por eventuales incumplimientos y que son aseguradas mediante la presentación de las garantías de fiel cumplimiento del contrato o buen uso del anticipo; es decir, el registro de incumplimiento de una institución pública se contrapone con el espíritu de aplicación del artículo 73 de la LOSNCP respecto a las formas de garantías, pues dispone expresamente que no se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP.

Además, se debe considerar que **para la determinación de responsabilidad civil culposa, que se genera mediante glosas u órdenes de reintegro, se considerará el perjuicio económico causado al Estado, sin embargo al existir relaciones contractuales entre entidades que manejan recursos públicos dichos recursos no han sido erogados a contratistas privados, permaneciendo los valores en las instituciones públicas para su administración”** (el resaltado me corresponde).

1.2. El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado:

El pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 20699 de 14 de octubre de 2022, cuya reconsideración solicita, luego del respectivo análisis, concluyó:

“(…) de conformidad con lo previsto en los artículos 19 numeral 1, 62 numeral 4 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la suspensión en el

² CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

⁴ Codificación de Resoluciones emitidas del SERCOP, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial, No.245 de 29 de enero de 2018.

⁵ LOCGE, publicada en el Registro Oficial No.595 de 12 de junio de 2002.

⁶ RRCGE, publicada en el Registro Oficial No.323 de 10 de septiembre de 2018.

00251

SERCOP
0000017-2022-AD-JL
Página. 3

Registro Único de Proveedores y los efectos derivados de aquella son aplicables a las entidades públicas que en calidad de proveedores incumplieren sus obligaciones contractuales o se negaren a suscribir los contratos que les han sido adjudicados. La suspensión y demás efectos son independientes de las responsabilidades que pudiera determinar la Contraloría General del Estado. **Esta inhabilidad no afecta a otros contratos en ejecución.** Adicionalmente, en caso de subsanarse el incumplimiento que dio lugar a la suspensión, la entidad contratante podrá revocar el acto administrativo que motivó la inhabilidad de otra entidad pública, de conformidad con los artículos 103 numeral 2 y 118 del Código Orgánico Administrativo” (el resaltado me corresponde).

2.- El pedido de reconsideración. -

2.1. Los requisitos del pedido de reconsideración:

Antes de atender su requerimiento, mediante oficio No. 00013 de 10 de noviembre de 2022, este organismo solicitó se remita, en texto independiente, el informe jurídico debidamente fundamentado por parte del Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, previsto en los artículos 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁷ (en adelante LOPGE) y 10 de la Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por la Procuraduría General del Estado⁸.

El requerimiento de la Procuraduría General del Estado fue atendido por la Directora General del SERCOP mediante oficio No. SERCOP-SERCOP-2022-0873-OF de 16 de noviembre de 2022, al cual se adjuntó el informe jurídico contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0164-M de la misma fecha, ingresados en este organismo el mismo día.

2.2. Fundamentos del pedido de reconsideración:

El informe jurídico contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0164-M de 16 de noviembre de 2022, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, además de la normativa que invocó al formular la consulta inicial, descrita en el numeral 1.1. del presente, añade los artículos 1, 16, 25 y 37 del COA, así como doctrina sobre el interés público que persiguen las administraciones públicas.

En lo principal, su pedido de reconsideración y el informe jurídico se ratifican en los argumentos expresados en el informe jurídico contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0138-M de 26 de septiembre de 2022. El mencionado informe

⁷ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004. "Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis (...). Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta (...)" (el resaltado me corresponde).

⁸ Resolución No. 24 publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.



contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0164-M de 16 de noviembre de 2022 expone:

“Le corresponde a las administraciones, conforme lo prescribe el artículo 25 del COA, ponderar en el análisis de proporcionalidad de sus decisiones, los intereses públicos que se encuentren en juego, para el caso que nos ocupa, **puede incluso resultar en un perjuicio aún mayor para el Estado continuar con una suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP) de un ente público enfocado a la ejecución de contratos**, generalmente regulados por la LOSNCP (el resaltado corresponde al texto original).

La suspensión en el RUP, en última instancia, tiene como propósito proteger el interés común, impidiendo a las entidades contratantes contraer nuevas obligaciones con contratistas que tienen antecedentes verificados de incumplimientos, lógicamente dicho recaudo se encuentra motivado en la naturaleza privada de una persona natural o jurídica; en el caso de los entes públicos la propia ley obliga a adoptar recaudos y faculta al órgano de control para determinar las acciones y omisiones que derivaron en el incumplimiento y sus consecuentes responsabilidades, por lo cual resultaría desproporcionado enfocar dicha sanción al ente público, creado para satisfacer necesidades de la colectividad y que principalmente no persigue fines de lucro que generalmente persiguen los proveedores privados del Estado.

(...) al no ser exigible la presentación de garantías en los contratos que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí, no existiría forma de garantizar el cobro de valores pendientes por eventuales incumplimientos y que son asegurados mediante la presentación de las garantías de fiel cumplimiento o buen uso del anticipo; **es decir, el registro de incumplimiento de una institución pública se contrapone con el espíritu de aplicación del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a las formas de garantías, pues dispone expresamente que no se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública** (el resaltado corresponde al texto original).

(...) hay que insistir que en su momento, esta entidad invocó la exención de presentación de garantías a efectos de evidenciar el tratamiento diferenciado que existe en las relaciones contractuales entre públicos (...) **sin que ello constituya la razón de fondo que motivó requerir su pronunciamiento vinculante, sino más bien, los efectos que genera la suspensión temporal del RUP como sanción a las entidades públicas que incurren en incumplimientos ante otros entes de la misma naturaleza** (el resaltado me corresponde).

Este Servicio Nacional coincide plenamente con lo expresado en el pronunciamiento del señor Procurador, respecto a la necesidad de utilizar de manera irrestricta el principio de colaboración entre administraciones, a la hora de ejecutar contratos entre

00251

SERCOP
0000017-2022-AD-JL
Página. 5

sujetos de naturaleza pública y adoptar decisiones oportunas para su ejecución (el resaltado me corresponde).

(...) de manera específica se citan las disposiciones legales y reglamentarias que exigen de la obligación de presentación de garantías, pero no se realiza ningún análisis sobre las consecuencias de dicha excepcionalidad, pues **si ante eventuales incumplimientos de una contratista que es parte del Estado y administra recursos públicos, no se puede recuperar valores entregados mediante la ejecución de garantías o exigir el cumplimiento de obligaciones ¿es pertinente su registro como contratista incumplido?** (el resaltado me corresponde).

3.- Análisis. -

Del pedido de reconsideración se observa que, en lo principal, reitera el análisis efectuado por el SERCOP al plantear su consulta sobre la aplicación del artículo 98 de la LOSNCP que establece la obligatoriedad de las entidades contratantes de remitir al SERCOP ***“la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados”***, acompañando los documentos probatorios correspondientes, ***“a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años, respectivamente”*** y prevé que la actualización del registro será responsabilidad del SERCOP (el resaltado me corresponde).

El pedido de reconsideración se sustenta además en los artículos 1, 16, 25 y 37 del COA referidos, en su orden: al objeto de dicho código; a los principios de proporcionalidad y lealtad en las decisiones administrativas; y, al interés general y promoción de los derechos constitucionales por parte de las administraciones públicas.

Al respecto, es oportuno considerar que el artículo 89 del COA incluye al contrato administrativo entre las actuaciones administrativas, y su artículo 125 lo define como ***“(...) el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”***, y su segundo inciso dispone que ***“Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia”***, es decir, en este caso, por la LOSNCP.

En armonía con el principio constitucional de legalidad, el artículo 18 del COA establece que: ***“Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad (...)”***.

En tal contexto, se observa que de acuerdo con el artículo 4 de la LOSNCP, son principios que rigen la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven los siguientes: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Según el artículo 5 ibídem, los procedimientos y los contratos sometidos a la LOSNCP se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo 4 y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

Adicionalmente, los numerales 3 y 11 del artículo 9 de la LOSNCP disponen que “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública” así como “Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP” son objetivos prioritarios del Estado en la materia.

En tal virtud, la intervención de entidades públicas como proveedores y contratistas se debe realizar observando los principios que rigen la aplicación de la LOSNCP, entre ellos los de legalidad e igualdad, lo que da lugar a que las excepciones que beneficien a las entidades públicas, como eximir las de la presentación de garantías según los artículos 73 de esa ley y 21 de su reglamento, requieran previsión expresa.

Del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en el oficio No. 20699 de 14 de octubre de 2022, y del análisis de los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración se observa, en lo esencial, lo siguiente:

- a) De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 1 de la LOSNCP, dicha ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen, entre otros, los organismos, dependencias y entidades del sector público;
- b) El artículo 73 de la LOSNCP especifica en su antepenúltimo inciso que: **“No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley”**, esto es, para los procedimientos precontractuales de las contrataciones que celebren **“el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”**;
- c) En concordancia con lo anotado, la letra b) del artículo 261 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁹ (en adelante RGLOSNCP) dispone que: **“En las contrataciones derivadas del régimen especial entre instituciones públicas no se exigirá garantía de fiel cumplimiento”**;

⁹ RGLOSNCP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

00251 SERCOP
0000017-2022-AD-JL
Página. 7

- d) De acuerdo con el primer inciso del artículo 98 de la LOSNCP, en armonía con el numeral 1 del artículo 49 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, el proveedor declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido debe ser suspendido temporalmente del RUP y durante tal suspensión queda inhabilitado para celebrar nuevos contratos, sin que las normas actualmente establezcan excepción alguna en beneficio de las entidades públicas que actúen como proveedoras o contratistas;
- e) Tratándose de contratos celebrados entre entidades públicas se debe considerar el deber de coordinar acciones que permitan el cumplimiento de obligaciones, así como la posibilidad de revocar los actos desfavorables, como aquellos que motivan la suspensión del contratista en el RUP, de conformidad con los artículos 103 numeral 2 y 118 del COA en el evento en que se subsanen los incumplimientos; y,
- f) La inhabilidad para celebrar nuevos contratos no afecta a aquellos que se encuentran en ejecución.

En este orden de ideas se observa que lo previsto en los artículos 19 numeral 1 y 98 de la LOSNCP, que regula la suspensión temporal en el RUP, por el principio de igualdad, rige para todo proveedor o contratista, entre ellos las entidades públicas, que se negare a suscribir los contratos adjudicados o fuere declarado contratista incumplido. En tal virtud, la LOSNCP debe ser entendida en armonía con el COA.

4. Ratificación del pronunciamiento. -

Del nuevo análisis efectuado se concluye que, el artículo 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento, y el numeral 1 del artículo 49 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP no contemplan expresamente una excepción respecto al registro de una entidad pública como contratista incumplido o adjudicatario fallido por otra entidad pública.

Se debe considerar en todo caso la posibilidad de revocar los actos desfavorables, al amparo de los artículos 103 numeral 2 y 118 del COA, en el evento en que se subsanen los incumplimientos, así como la competencia del SERCOP para dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP, según el numeral 11 de su artículo 9.

Por lo expuesto, analizados los nuevos argumentos de su pedido de reconsideración se establece que estos no conducen a modificar las conclusiones de este organismo, contenidas en el pronunciamiento constante en oficio No. 20699 de 14 de octubre de 2022, 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, me ratifico en el mismo.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

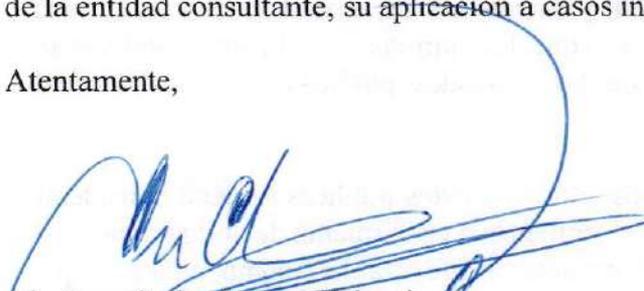
Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

00251

SERCOP
0000017-2022-AD-JL
Página. 8

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

Atentamente,


Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 00242

Quito, D.M., 05 de diciembre de 2022

Señor ingeniero
Jorge Aníbal Merlo Paredes,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE
MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS (EPMMOP).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. EPMMOP-GG-4863-2022-OF de 12 de noviembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 14 de los mismos mes y año, mediante el cual usted solicita la ampliación del oficio No. 20709 de 17 de octubre de 2022, por el cual se remitió un pronunciamiento previamente emitido por este organismo relacionado con las normas que confieren a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos atribución para disminuir o exonerar el pago de las contribuciones especiales de mejoras, con cargo a su gasto tributario.

1. Antecedentes. –

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE) y el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado² (en adelante LOPGE) el pronunciamiento del Procurador General del Estado trata exclusivamente sobre la aplicación general de disposiciones jurídicas, motivo por el cual "(...) *debe ser considerado como una norma (...)*"³, según ha reiterado la Corte Constitucional al analizar que:

"(...) cumple con tres requisitos propios de la naturaleza de una disposición jurídica, a saber: 1. Generalidad; 2. Crea o modifica el derecho objetivo; y, 3. Se encasilla dentro de la jerarquía normativa como acto de poder público, tal como lo establece el artículo 425 de la Constitución de la República (...).

¹ Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, "Art. 3 De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponde privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones (...) f) (Reenlistado por la Disp. Ref. Primera de la Ley s/n . R.O. 452-SS, 14-V-2021) Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público (...) sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico (...)" Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis (...).

³ Corte Constitucional, sentencia No. 002-09-SAN -CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

(...) se entiende que lo resuelto en dichos dictámenes es de obligatorio cumplimiento al tener la misma fuerza vinculante que cualquier precepto jurídico”⁴.

El artículo 9 de la Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por la Procuraduría General del Estado⁵, dispone *“En caso de que una consulta se refiera a normas vigentes respecto de cuya aplicación ya existiera pronunciamiento del Procurador General del Estado, no será necesario nuevo pronunciamiento”*

El artículo 13 de la LOPGE y la Resolución No. 24 no contemplan la ampliación de los pronunciamientos previos. No obstante, atiendo su pedido en virtud de lo previsto por el primer inciso del artículo 67 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA) que establece *que “El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones”*.

2.- Análisis. -

2.1. La consulta de la EPMMOP. -

Sus consultas iniciales contenidas en oficio No. EPMMOP-GG-4071-2022-OF de 26 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se plantearon con el siguiente tenor:

“1. ¿De acuerdo con lo previsto en los artículos 65 del Código Tributario y 1663 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad de Obras Públicas puede ser considerada como una administración tributaria de excepción, ¿para efectos de la Contribución Especial de Mejoras?”

2. ¿La determinación prevista en el artículo 1663 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, conlleva a que la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas sea competente para aplicar las exoneraciones, la base imponible y la cuantía de la Contribución Especial de Mejoras?”

3. La Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas es competente para resolver los reclamos y recursos administrativos tributarios presentados por los sujetos pasivos de la Contribución Especial de Mejoras?”

El informe jurídico contenido en memorando No. 2572-EPMMOP-GJ-2022-M de 22 de septiembre de 2022, suscrito por el Gerente Jurídico de la Empresa Pública

⁴ Corte Constitucional, sentencia No. 049-16-SIS-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 878 de 10 de noviembre de 2016, pág. 95.

⁵ Resolución No. 024, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

⁶ COA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 21 de 7 de julio de 2017.

Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (en adelante EPMMOP), citó, entre otras normas, los artículos 264 y 301 de la CRE; 1, 9, 31, 65, 66, 67, 68, y 87 del Código Tributario⁷ (en adelante CT); 186, 225, 575 y 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁸ (en adelante COOTAD); 1634, 1635, 1638, 1642, 1647, 1648 y 1663 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito⁹, con fundamento en los cuales, en el acápite IV concluyó:

“Por lo expuesto, esta Gerencia Jurídica considera que la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas no constituye una administración tributaria de excepción respecto a la contribución especial de mejoras, motivo por el cual, no tiene competencia para ejercer la facultad de determinación de la obligación tributaria del mencionado tributo así como la exoneración, límites y cuantía del mismo, por lo tanto la EPMMOP únicamente le corresponde el cálculo técnico de la distribución del costo de la obra pública, la determinación de los montos del predio y el traspaso de esta información a la Dirección Metropolitana Tributaria; además de que la EPMMOP no tiene la facultad tributaria resolutoria para conocer los reclamos o recursos administrativos tributarios, por este concepto.”

2.2. El pedido de ampliación. -

A su pedido de ampliación no se acompañó el informe jurídico, en texto independiente, de la Gerente Jurídica de la EPMMOP, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 de la LOPGE y 10 de la Resolución No. 024.

2.3. Pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado. -

Mediante oficio No. 20709 de 17 de octubre de 2022, la Procuraduría General del Estado atendió sus consultas remitiéndole el pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, relacionado con la aplicación de los artículos 55 letra e), 57 letra c), 169, 186, 569 y 591 del COOTAD; y, 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹⁰ (en adelante COPLAFIP), cuyos textos conservan vigencia y confieren a los concejos municipales o metropolitanos atribución para disminuir o exonerar el pago de las contribuciones especiales de mejoras con cargo a su gasto tributario.

El pronunciamiento vinculante, contenido en el oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, consideró en lo principal lo siguiente:

- a) El artículo 301 de la CRE dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y

⁷ CT, codificado, Codificación No. 2005-09 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

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

⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 1615 de 14 de julio de 2021.

¹⁰ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de noviembre de 2010.

contribuciones; agregando que las *“tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”*.

- b) El numeral 5 del artículo 264 de la CRE establece que los GAD tienen competencias exclusivas para crear, modificar o suprimir, mediante ordenanza, tasas y contribuciones especiales de mejoras, en razón de los servicios que presten y las obras que ejecuten.
- c) De conformidad con los artículos 55 letra e), 57 letra c), 186, 569 y 591 del COOTAD, los GAD municipales están facultados para, mediante ordenanza, disminuir, exonerar o extinguir contribuciones especiales por las obras que ejecuten, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes o por razones de orden público, bajo su exclusiva responsabilidad.
- d) De acuerdo con el artículo 575 del COOTAD son sujetos pasivos de la contribución especial los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública, pudiendo las municipalidades y distritos metropolitanos, mediante ordenanza, *“absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza”*.
- e) El artículo 94 del COPLAFIP incluye en el concepto de gasto público a *“los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente”*. Añade que, con respecto al gasto tributario de los GAD, *“la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente”*.
- f) La ordenanza que reconozca las exenciones a contribuciones especiales de mejoras contará con el informe previsto en el artículo 169 del COOTAD, que considerará el impacto presupuestario y permitirá al GAD determinar su alcance temporal.

3. Ratificación del Pronunciamiento. -

Del análisis efectuado se aprecia que los artículos 55 letra e), 57 letra c), 169, 186, 569 y 591 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas conservan vigencia, por lo que no han variado los fundamentos jurídicos que motivaron el pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, que fue remitido a la EPMMOP mediante oficio No. 20709 de 17 de octubre de 2022.

Adicionalmente, sírvase considerar que por la prohibición establecida en la letra k) del artículo 6 del COOTAD¹¹, este organismo no puede atender consultas que traten sobre la aplicación de ordenanzas, expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, en ejercicio de su autonomía.

Concluyo recordándole que el pronunciamiento del Procurador General del Estado trata sobre la aplicación general de normas y debe ser entendido en su integridad. La resolución de los casos institucionales específicos corresponde a las respectivas entidades públicas que, al efecto deberán verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales aplicables.

Atentamente,

**RODRIGO IVAN
CONSTANTINE
SAMBRANO**
Firmado digitalmente
por RODRIGO IVAN
CONSTANTINE
SAMBRANO
Fecha: 2022.12.05
12:14:59 -0500'

Rodrigo Iván Constantine Sambrano
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

¹¹COOTAD, "Artículo 6.- Garantía de autonomía. - Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio No. 00269

Quito, D.M., 07 DIC 2022

Señor teniente coronel
Magíster Esteban Cárdenas Varela,
JEFE DE BOMBEROS,
CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO (CBDMQ).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 492-JB-CBDMQ-2022 de 6 de octubre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es aplicable el Art. 161 del Código Orgánico Administrativo a la fase de ejecución de un procedimiento de contratación pública en el evento de que contractualmente no se haya estipulado un plazo máximo por el que pueda ser concedida una prórroga?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 20616 y 20861 de 7 y 27 de octubre de 2022, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, requerimiento que fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica con oficio No. SERCOP-CGAJ-2022-0092-OF de 19 de octubre de 2022, ingresado el 31 de los mismos mes y año; y, por el Director de Asesoría Jurídica, encargado, a través de oficio No. SERCOP-DAJ-2022-0320-OF de 07 de noviembre de 2022, recibido el mismo día.

1.2. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica, encargado, del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante CBDMQ), contenido en memorando No. CBDMQ-DAJ-2022-0220-MEM de 05 de octubre de 2022, citó en lo principal los artículos 225 numeral 2, 226 y 237 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 14, 22, 31, 125, 135, 158 y 161 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante COA); 18, 1561 y 1562 del Código Civil³ (en adelante CC); 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante

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

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

³ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

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

COOTAD); 274 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público⁵ (en adelante COESCOP); y, 289 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶ (en adelante RGLOSNCNP), con fundamento en los cuales, en su acápite III, concluyó:

“(…) se tiene que, el plazo relativo a un trámite de concesión de prórroga no es un plazo establecido legalmente por el COA, sino que se trata de un plazo estipulado contractualmente dentro de un procedimiento que no corresponde a aquellos regulados por el COA en los términos del inciso final del Art. 135 del Código Orgánico Administrativo; y por ende no resulta aplicable el referido Art. 161 IDEM”.

1.3. El criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 82, 288 y 233 de la CRE; 1, 4, 10 numerales 5 y 8, 6 numeral 9.2, 9 numeral 3, 14 numeral 2 y 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁷ (en adelante LOSNCNP); 102 del COA; 8, 55, 57, 289, 290, 291 y Disposición Transitoria Tercera del RGLOSNCNP; 91.2, 91.7, 324, 370 y 469 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP⁸ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP), con base en los cuales, en sus acápites II y III, analizó y concluyó:

“Cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustar las condiciones particulares a las necesidades de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de aplicación; la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP; así como la normativa afín al Sistema Nacional de Contratación; **no obstante, las condiciones generales no podrán ser modificadas por la entidad contratante.** (El resaltado corresponde al texto original)

Dentro de las Condiciones Generales de los Contratos, documento que forma parte de los pliegos de cada modalidad de contratación, **se encuentra la cláusula cuarta, la cual se refiere a las prórrogas de plazo y sus casos.** (El resaltado me corresponde)

Respecto a las prórrogas y suspensiones del plazo contractual, **en todos los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se estipulará una cláusula referente a prórrogas y suspensiones del plazo contractual.** (El resaltado me corresponde)

(…)

Las entidades contratantes, para el caso de prórrogas de plazo, deberán observar lo dispuesto en los artículos 290 y 291 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (El resaltado me corresponde)

⁵ COESCOP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 21 de junio de 2017.

⁶ RGLOSNCNP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁷ LOSNCNP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁸ Codificación de Resoluciones del SERCOP, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial, No. 245 de 29 de enero de 2018.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

CUERPO DE BOMBEROS DE QUITO
0013717 2022
Página. 3

00269

III. CONCLUSIÓN. -

Conforme se desprende del análisis efectuado, la entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública que sean aplicables; para el efecto, cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustar las condiciones particulares a las necesidades de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento General de aplicación y demás la normativa afín al Sistema Nacional de Contratación, **las condiciones generales no podrán ser modificadas por la entidad contratante.** (El resaltado me corresponde)

(...)

Las **prórrogas de plazo proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, alegando que se trata de circunstancias ajenas a su voluntad, las cuales no pudieron ser previstas al momento de la suscripción del contrato.**" (El resaltado me corresponde)

1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico del CBDMQ y el criterio jurídico del SERCOP, coinciden en que la prórroga de plazos es un tema contractual al cual no se le aplica el COA. Agrega el SERCOP que la prórroga de plazos se encuentra prevista en la cláusula cuarta de las Condiciones Generales de los Contratos, que por su naturaleza no puede ser modificada por la entidad contratante, que para tal efecto deben observar lo dispuesto en el artículo 290 del RGLOSNC.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* ámbito de aplicación del COA; y, *ii)* la prórroga de plazos de los contratos sujetos al ámbito de la LOSNCP.

2.1. Ámbito de aplicación del COA. -

El artículo 125 del COA contiene la definición de contrato administrativo, en el sentido de que es *"el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa"*, y su segundo inciso agrega que: *"Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia"* (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el Libro Segundo del COA se refiere a *"El Procedimiento Administrativo"* y en su título I *"Normas Generales"* consta el artículo 134, que señala lo siguiente:

"(...) Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios

públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos.

Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y **la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo (...)**” (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, el inciso primero del artículo 161 de COA, materia de su consulta, prevé que las administraciones públicas, salvo disposición en contrario, **“de oficio o a petición de la persona interesada y siempre que no perjudiquen derechos de una tercera persona, pueden conceder la ampliación de los términos o plazos previstos”** que no excedan de la mitad de los mismos (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* de conformidad con el COA, los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia, esto es la LOSNCP, su Reglamento General y las resoluciones emitidas por el SERCOP en el ámbito de sus competencias; y, *ii)* de acuerdo con el COA, la ampliación de plazos o términos que la administración pública puede otorgar, de oficio o a petición de persona interesada, opera en el marco de los procedimientos administrativos regulados por dicho código.

2.2. La prórroga de plazos de los contratos sujetos al ámbito de la LOSNCP. -

El artículo 4 de la LOSNCP determina que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella se deriven se deben observar los principios de **“legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”**, en este sentido, el artículo 5 ibídem precisa que los procedimientos y contratos se interpretarán y ejecutarán conforme a los principios antes enunciados, **“tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”** (el resaltado me corresponde).

El artículo 9 de la LOSNCP establece como objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante SNCP), entre otros, los siguientes: **“2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”** (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 10 ibídem, el SERCOP ejerce la rectoría del SNCP y tiene entre sus atribuciones: **“8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimiento de contratación pública”**. Concordante el artículo 27 de la LOSNCP reitera que: **“Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública”**.

00269

De su parte, el inciso primero del artículo 55 del RGLOSNCOP prevé que la entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual debe observar los modelos del SERCOP. Al efecto, el inciso segundo del citado artículo dispone que cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y *"bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustar las condiciones particulares a las necesidades de cada proceso de contratación"*, siempre que se cumpla con la LOSNCOP y su Reglamento General; enfatizando que *"las condiciones generales no podrán ser modificadas"* (el resaltado me corresponde).

En este contexto, revisados los modelos de pliegos versión "SERCOP 2.1" para cada una de las modalidades de contratación, publicados en el portal institucional del SERCOP, consta el documento *"V. Condiciones Generales de los Contratos"*, cuya Cláusula Cuarta, regula la concesión de prórrogas de plazo.

Concordante, el primer inciso del artículo 289 del RGLOSNCOP establece que en todos los contratos sometidos a la LOSNCOP se estipulará una cláusula referente a prórrogas y suspensiones del plazo contractual. El segundo inciso del mismo artículo prevé que: *"Las prórrogas de plazo proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, alegando que se trata de circunstancias objetivas ajenas a su voluntad, las cuales no pudieron ser previstas al momento de la suscripción del contrato"* (el resaltado me corresponde).

Finalmente, el artículo 290 del RGLOSNCOP desarrolla el procedimiento para que la entidad contratante otorgue la prórroga contractual que solicite el contratista por escrito y de manera motivada, para lo cual precisa que dicha prórroga se concederá *"por un tiempo igual al periodo que dure la circunstancia que motivó la petición"* y podrá emitirse *"con efecto retroactivo de conformidad con el artículo 102 del Código Orgánico Administrativo"*.

De lo expuesto se desprende que: *i)* para la aplicación de la LOSNCOP y de los contratos que de ella se deriven se deben observar, entre otros, los principios de legalidad y oportunidad; *ii)* los modelos y formatos de documentos precontractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, elaborados por el SERCOP, son de cumplimiento obligatorio; *iii)* las condiciones generales de los modelos elaborados por el SERCOP, entre las cuales constan las prórrogas de plazo, no pueden ser modificadas; *iv)* las prórrogas de plazo proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, cuando se trate de circunstancias objetivas ajenas a su voluntad que no pudieron ser previstas al momento de la suscripción del contrato; y, *v)* la prórroga contractual que solicite el contratista por escrito y de manera motivada se podrá emitir con efecto retroactivo.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 125 del Código Orgánico Administrativo y 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las prórrogas de plazo en los procedimientos de contratación pública proceden únicamente a pedido motivado y justificado del contratista, de acuerdo con las condiciones y procedimiento previstos en los artículos 289 y 290 del



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

CUERPO DE BOMBEROS DE QUITO

0013717 2022

Página. 6

00269

Reglamento General de la referida ley, lo cual incluye la posibilidad de que dicha prórroga se conceda con efecto retroactivo, a la fecha de los hechos que la motivan.

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

Atentamente,

Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C. Dra. María Sara Jijón Calderón,
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

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

Oficio N° 00303

Quito, D.M., 08 DIC 2022

Señor ingeniero
Danny Alexander Nieto Macas,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA DE AGUA, ALCANTARILLADO Y ASEO DE PASAJE
(AGUAPAS EP)

Presente. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 450-GG-AGUAPAS-2022 de 16 de septiembre de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el 19 del mismo mes y año y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2022-00369 de 29 de septiembre de 2022, recibido el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Si es procedente que, la empresa pública AGUAPAS E.P. En el contexto de la imposición de multas a sus usuarios, celebre convenios para la facilidad del pago de los valores de dichas multas, de conformidad con el Art. 152 del Código Tributario?”.

1. Antecedentes. -

El Director de Asesoría Jurídica y Gestión Procesal, Encargado de AGUAPAS EP, en el informe legal No. 140-DAJ-AGUAPAS-2022 de 16 de septiembre de 2022, cita los artículos 76 numeral 1, 83 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 51, 52, 152 y 153 del Código Tributario² (en adelante CT); refiere como antecedente el memorando N° 090-DAF-T-AGUAPASEP-2022, por el que la tesorera de esa entidad solicita un criterio jurídico sobre la posibilidad de realizar convenios de pago por multas “*debido a que los usuarios solicitan realizar dicha petición*”. El mencionado informe jurídico concluye lo siguiente:

“En virtud de lo manifestado anteriormente, y considerando que el código tributario expresa que se pueden conceder compensación o facilidades para el pago luego de notificada la emisión de un título de crédito; hay que establecer que, la norma está generalizada respecto de las facilidades para el pago y no hace distinción de la procedencia o improcedencia de las facilidades de pago en relación al concepto de la generación del título de crédito; consecuentemente, la norma no expresa de manera textual que en los títulos de crédito generados por concepto de la imposición de

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2022.

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

00303

alguna multa, no se puedan aplicar las facilidades para el pago, contenidas en el Art. 152 del código tributario. Y teniendo en consideración que, en Derecho Público solo se puede hacer lo que está permitido por la norma, y que corresponde a toda autoridad administrativa garantizar el cumplimiento de las normas, de conformidad con el numeral 1 del Art.76 de la Constitución. Se puede apreciar que, existe ambigüedad sobre la aplicación de las normas jurídicas antes señaladas”.

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)* Competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales para la prestación de servicios públicos; y, *ii)* Carácter tributario de las tasas.

2.1. Competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales para la prestación de servicios públicos. -

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

De conformidad con el artículo 315 de la CRE, el Estado constituirá empresas públicas para la “*prestación de servicios públicos*”, las que estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley y funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Similar disposición contiene el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas³ (en adelante LOEP).

En tal sentido, la letra d) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴ (en adelante COOTAD) establece como una competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal (en adelante GAD municipal) “***Prestar los servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial con depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos mediante rellenos sanitarios, otras actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la Ley.***” (El resaltado me corresponde)

³ LOEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

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

00303

De su parte, el numeral 2 del artículo 5 de la LOEP prevé que las empresas públicas se crearán, entre otros, *“Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados”* (en adelante los GAD). Concordante, el segundo inciso del artículo 277 del COOTAD dispone que *“La creación de estas empresas se realizará por acto normativo del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado respectivo y observará las disposiciones y requisitos previstos en la ley que regule las empresas públicas”*.

En ese sentido, el inciso primero del artículo 277 ibídem determina que los GAD, entre ellos las municipalidades, podrán crear empresas públicas siempre que esta forma de organización convenga más a sus intereses y a los de la ciudadanía; garantice una mayor eficiencia y mejore los niveles de calidad en la prestación de servicios públicos de su competencia.

Al respecto, la letra j) del artículo 57 del COOTAD, establece como una de las atribuciones del concejo municipal el *“Aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales, según las disposiciones de la Constitución y la ley.”* (El resaltado me corresponde)

Concordante, el artículo 274 del COOTAD prevé que los GAD son responsables por la prestación de los servicios públicos que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les confiere, y al efecto, según el artículo 275 ibídem, pueden aplicar las modalidades de gestión que esa norma prevé, entre ellas la gestión directa, que incluye aquella gestión de servicio público por una empresa pública creada por el GAD.

Con relación a la gestión de servicios públicos por parte de las empresas públicas, mediante pronunciamiento contenido oficio No. 17567 de 3 de febrero de 2022, este organismo manifestó que:

“Por su parte, el artículo 274 del COOTAD establece que los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante 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. (El resaltado me corresponde)

Adicionalmente, respecto a las modalidades de gestión, el inciso primero del artículo 275 del COOTAD prescribe que los GAD regionales, provinciales, distritales o cantonales podrán *‘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’*. (...)

00303

EMPRESA PÚBLICA DE AGUA, ALCANTARILLADO Y ASEO DE PASAJE – AGUAPAS EP
00078-2022
Página. 4

De lo expuesto se observa que: *i)* los GAD son responsables por la prestación de los servicios públicos de su competencia en forma directa, a través de la creación de empresas públicas; *ii)* las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de prestar los servicios públicos para los que hubieren sido autorizadas, (...)"

Del análisis realizado se observa que: *i)* la creación de empresas públicas por parte de los GAD municipales se efectúa mediante acto normativo en el cual debe constar los requisitos que determina la Ley y todas aquellas disposiciones relativas a los objetivos, competencias y estructura fundamental de la empresa; y, *ii)* los GAD pueden gestionar los servicios de su competencia mediante empresas públicas.

2.2. Carácter tributario de las Tasas. -

De conformidad con el artículo 300 de la CRE, el "*régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos*". Idéntica disposición contiene el artículo 5 del CT, cuyo artículo 1 en su segundo inciso clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones.

El artículo 301 *ibídem* contiene el principio de reserva de ley en materia tributaria y dispone que "*Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos*", y agrega que "*Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.*" (El resaltado me corresponde)

Concordante, la letra e) del artículo 55 del COOTAD establece como una de las competencias exclusivas de los gobiernos municipales "*Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras*"; en el mismo sentido, la letra c) del artículo 57 *ibídem* prevé como una de las atribuciones de los concejos municipales "*Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute*".

Adicionalmente, cabe considerar que de conformidad con el artículo 172 del COOTAD las tasas son ingresos tributarios propios de la gestión de los GAD, así como las multas que de ellos provengan, independientemente de la modalidad de gestión del servicio público de su competencia.

Al respecto, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 07305 de 5 de abril de 2012, la Procuraduría General del Estado analizó que:

00303

“En materia de servicios públicos, **la tasa es la contraprestación o retribución a cargo del usuario que paga por el uso del servicio.** El Art. 1 del Código Tributario, prevé que son tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras, por lo que, **en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen el carácter tributario.**” (El resaltado me corresponde)

Con relación al pago de las obligaciones tributarias, el artículo 41 del CT dispone que deberán satisfacerse en el tiempo que señale la ley tributaria respectiva o su reglamento, y a falta de tal señalamiento, en la fecha en que hubiere nacido la obligación, adicionalmente *“Podrá también cumplirse en las fechas que se fijen en los convenios de pago que se celebren de acuerdo con la ley.”* (El resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 46 del CT determina que las autoridades administrativas competentes, previa solicitud motivada del contribuyente o responsable, concederán facilidades para el pago de tributos, mediante resolución, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en ese código y en los términos que el mismo señale; y agrega que *“También se podrá conceder facilidades para el pago de multas por infracciones”.*

De conformidad con la letra a) del artículo 323 del CT, una de las sanciones a las infracciones en materia tributaria es la *“Multa”*; y, el penúltimo inciso de la misma norma prescribe que estas penas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora que correspondan desde la fecha que se causaron.

Los artículos 152 y 153 del CT, ubicados en su Capítulo V que trata sobre el procedimiento administrativo de ejecución, permiten al contribuyente solicitar se le concedan facilidades para el pago y establecen el procedimiento al efecto previendo que una vez aceptada la petición por parte de la autoridad competente se *“concederá el plazo de hasta 24 meses para el pago de los dividendos periódicos que señale; en todos los casos la primera cuota que se debe pagar será igual al 20% de la obligación tributaria”.* En el caso de incumplimiento de la facilidad de pago otorgada, la autoridad tributaria *“podrá conceder una segunda facilidad de pago sobre la misma obligación tributaria por una sola vez”*, siempre que se constituya de acuerdo con ese código, garantía suficiente que respalde el pago del saldo.

De lo expuesto se observa que: *i)* las tasas son tributos que consisten en la contraprestación o retribución a cargo del usuario por el uso del servicio público; *ii)* el CT permite conceder facilidades de pago de las obligaciones tributarias, así como de las multas provenientes de ellas; y, *iii)* las peticiones de facilidades de pago serán aprobadas mediante resolución por la autoridad competente.

00303

3. Pronunciamiento. -

Considerando que de acuerdo con el artículo 1 del Código Tributario la tasa es un tributo, en atención a los términos de su consulta se concluye que lo previsto en los artículos 41, 46, 152 y 153 de ese Código es aplicable por las empresas públicas para conceder facilidades de pago de las tasas y multas por los servicios públicos que prestan a sus usuarios.

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

Atentamente,



Ab. Rodrigo Constantine Sambrano
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, Subrogante

CC: Dirección Regional 1

Oficio N° 00396

Quito, D.M., 15 DIC 2022

Señor Licenciado
Diego Salgado Ribadeneira,
DIRECTOR GENERAL,
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. IESS-DG-2022-0748-OF e IESS-DG-2022-0767-OF de 29 de agosto y 7 de septiembre de 2022, respectivamente, ingresados en el correo institucional único de este organismo al día siguiente, mediante los cuales usted formuló la siguiente consulta:

“¿Siendo deber primordial del Estado, garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, en particular la salud y la seguridad social, es pertinente que el Ministerio de Economía y Finanzas establezca como condición que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social efectúe la auditoría médica obligatoria de la calidad del servicio de atención médica para el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a las aportaciones establecidas en la Constitución y la ley para el seguro de salud, cuando la mencionada auditoría no guarda relación jurídica alguna con la auditoría de la calidad de la facturación, mediante la cual se debe efectuar el reconocimiento económico.?”

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficio No. IESS-DG-2022-0767-OF de 7 de septiembre de 2022, citado al inicio del presente, se remitió el memorando No. IESS-PG-2022-1807-M de 5 del mismo mes y año, a través del cual la Procuradora General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS) efectuó la *“Ampliación de criterio jurídico respecto a la aplicación del artículo 125 de la Ley de Seguridad Social para el reconocimiento y pago de la contribución obligatoria por parte del Estado ecuatoriano”*.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 20227, 20228, 20229 y 20230 de 12 de septiembre de 2022, este organismo solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE); a la Superintendencia de Bancos (en adelante SB); al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF); y, al Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 20632, 20633 y 20634 de 11 de octubre de 2022 se insistió en dichos requerimientos a la SB, al MSP y al MEF.

1.3. Los requerimientos de esta procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas, en su orden: *i)* por el Director Nacional Jurídico de la CGE, con oficio No. 434-DNJ-2022 de 23 de septiembre de 2022, ingresado el mismo día; *ii)* por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del MSP, a través de oficio No. MSP-CGAJ-2022-0560-O de 14 de octubre de 2022, recibido el 19 de los mismos mes y año; y, *iii)* por la Intendente General, subrogante, de la SB, con oficio No. SB-IG-2022-0246-O de 1 de noviembre de 2022, ingresado al siguiente día. Por su parte, el MEF no remitió su criterio jurídico sobre la materia de la consulta, pese a la insistencia cursada.

1.4. A su oficio de consulta se acompañó los informes jurídicos contenidos en los memorandos Nos. IESS-PG-2019-1202-M, IESS-PG-2021-1304-M e IESS-PG-2022-1441-M de 6 de septiembre de 2019, de 25 de octubre de 2021 y de 14 de julio de 2022, respectivamente, los cuales citaron los artículos 32, 34, 76, 82, 83, 154, 225 numeral 2, 226, 233, 358, 360, 361, 362, 370, 372, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 16, 17, 18, 108, 110, 111, 112 letras b), d), e), f) y h), 114, 116, 123, 125 y 126 de la Ley de Seguridad Social² (en adelante LSS); 1, 2, 33, 34, 36, 42, 43, 44, 60, 64, 82, 88 y la Disposición Derogatoria de la Norma Técnica Sustitutiva de Relacionamiento para la Prestación de Servicios de Salud entre Instituciones de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria, y su Reconocimiento Económico³ (en adelante Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC); 2, 4, 7, 9, 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud⁴ (en adelante LOSNS); 2, 4, 10 y 182 de la Ley Orgánica de Salud⁵ (en adelante LOS); 2 de la Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para varios Sectores Productivos e Interpretativa del artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁶ (en adelante Ley Orgánica de Incentivos Tributarios); 1, 2 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 703⁷, que creó la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada (ACESS); y, el "Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud"⁸, actualizado al año 2014, elaborado por el MSP y por la Red Pública Integral de Salud – RPIS.

1.5. El informe jurídico ampliado del Procurador General del IESS, contenido en memorando No. IESS-PG-2022-1807-M de 5 de septiembre de 2022, además de las normas invocadas inicialmente, citó el artículo 90 de la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC, y concluyó:

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

² LSS, publicada en el Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

³ Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC, expedida mediante Acuerdo No. 0091-2007 del Ministerio de Salud, publicada en el Registro Oficial No. 20 de 28 de junio de 2017.

⁴ LOSNS, publicada en el Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.

⁵ LOS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2016.

⁶ Ley Orgánica de Incentivos Tributarios, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 860 de 10 de octubre de 2016.

⁷ Decreto Ejecutivo No. 703, publicado en el Registro Oficial No. 534 de 1 de julio de 2015.

⁸ Tarifario, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 235 de 24 de diciembre de 2014, ratificado por el Acuerdo Ministerial 44, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial 50 de 30 de septiembre del 2019.

00396

“PRONUNCIAMIENTO:

(...)

La aplicación del artículo 125 debe realizarse conjuntamente con su alcance, el cual se encuentra determinado en el artículo 126 de la Ley de Seguridad Social ya que la auditoría médica se refiere a la calidad del servicio prestado y su calificación se realiza a través de una evaluación periódica de la calidad de la atención médica, a través del examen objetivo, sistemático y periódico del cumplimiento de los protocolos de diagnóstico, terapéutica y prescripción farmacológica. Esta auditoría médica es utilizada para establecer la existencia de casos de mala práctica médica y su mayor incidencia se la identifica en las muertes materno infantiles, cuyo objetivo es establecer si la causa de muerte de la madre o el neonato se produjo por inobservancia de los protocolos médicos para casos específicos de análisis.

Por lo manifestado se concluye que **la auditoría médica obligatoria establecida en los artículos 125 y 126 de la Ley de Seguridad Social, no es viable jurídicamente para el reconocimiento de los valores adeudados, puesto que, como establece la carta magna el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una entidad autónoma, con personería jurídica, recursos propios distintos a los del Fisco, y como tal la calidad y mejora continua de las prestaciones de salud otorgadas a nuestros afiliados y beneficiarios no forma parte de las competencias del Ministerio de Economía y Finanzas.”.** (El resaltado me corresponde)

1.6. El criterio jurídico de la CGE citó, en lo principal, los artículos 211, 212 y 237 numeral 3 de la CRE, en base a los cuales manifestó que: *“no le compete a la Contraloría General del Estado emitir criterio respecto de las consultas puestas en consideración”*. No obstante, el mencionado criterio jurídico de la CGE diferenció las finalidades de la auditoría médica, por una parte, y de la auditoría de la calidad de la facturación por otra, y al respecto señaló:

“(…) la auditoría médica consiste en la evaluación crítica y periódica de la calidad de la atención médica que reciben los pacientes, mediante la revisión y estudio de las estadísticas hospitalarias, siendo su propósito fundamental procurar que el enfermo reciba la mejor atención médica posible; mientras que, la auditoría de la calidad de la facturación tiene por objeto habilitar el pago de las prestaciones de salud por los servicios proporcionados, es decir, se trata de funciones y atribuciones propias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, (...).” (El resaltado me corresponde)

1.7. Por su parte, el criterio jurídico del MSP, a más de las disposiciones señaladas por el IESS, citó los artículos 14 del Código Orgánico Administrativo⁹ (en adelante COA); 1.3.1.2.1 de la Reforma Integral a la *“Reforma al Estatuto Orgánico Sustitutivo de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Salud Pública”*¹⁰ (en adelante

⁹ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

¹⁰ Estatuto reformado del MSP, contenido en el Acuerdo Ministerial No. 00144-2021, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 400 de 1 de marzo de 2021.



00396

Estatuto reformado del MSP); y, la Disposición General Segunda del Reglamento a la Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica¹¹ (en adelante Reglamento a la Ley Orgánica de Salud Prepagada y Seguros de Asistencia Médica), luego de lo cual expuso un criterio abstentivo respecto de la materia principal de consulta. Con relación a la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud regulada por esa secretaría de Estado mediante Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC manifestó:

“ANÁLISIS Y CRITERIO:

(...)

Por consiguiente, la Sección I del Capítulo V de la aludida Norma Técnica despliega el (sic) en su contenido **el objeto de la ‘Auditoría de la Calidad de la Facturación de los Servicios de Salud’ el cual es habilitar el pago de las prestaciones de salud**, a través de la verificación sistemática de la pertinencia administrativa, técnica, médica y de tarifas generadas por los prestadores de los servicios de salud; **validando el pago total o parcial por concepto de las prestaciones de salud entregadas a los usuarios/pacientes por prestadores de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria.**

(...) las entidades que conforman la Red Pública Integral de Salud, frente a la Norma técnica sustitutiva de relacionamiento para la prestación de servicios de salud entre instituciones de la Red Pública Integral de Salud y de la red privada complementaria, y su reconocimiento económico, **se encuentran obligadas a cumplir con las directrices relacionadas con la Auditoría de la Calidad de la Facturación de los Servicios de Salud**, misma que se rige en función al Acuerdo Ministerial No. 0091 -2017 emitido por esta Cartera de Estado, **sin que esto constituya eximente de cumplimiento de otras auditorías que estén sujetas a cumplir por mandato de ley, como la referida en los artículo (sic)125 y 126 de la Ley de Seguridad Social, siendo prerrogativa de cada entidad emitir los lineamientos técnicos que viabilicen su cumplimiento**, por lo cual, esta Coordinación Jurídica, no tiene competencia para emitir criterio legal alguno respecto del concepto de auditoría previsto en la Ley de Seguridad Social. (...)”. (El resaltado me corresponde)

1.8. De su lado, el criterio jurídico de la SB, además de las normas referidas por la entidad consultante, citó los artículos 7, 10 y 103 de la LSS; y, 18 del Código Civil¹² (en adelante CC), con fundamento en los cuales manifestó lo siguiente:

“Lo expresado en los artículos 125 y 126 de la Ley de Seguridad Social implica el relacionamiento entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los prestadores de salud. La auditoría médica obligatoria planteada en la ley es vinculante a lo regulado por

¹¹ Reglamento a la Ley Orgánica de Salud Prepagada y Seguros de Asistencia Médica, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 984 de 13 de abril de 2017.

¹² CC, codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.46 de 24 de junio de 2005.

00396

la NORMA TÉCNICA SUSTITUTIVA DE RELACIONAMIENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD ENTRE INSTITUCIONES DE LA RED PÚBLICA INTEGRAL DE SALUD Y DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA, Y SU RECONOCIMIENTO ECONÓMICO (...).

(...)

En consecuencia, **la relación Estado – IESS, se encuentra expresado en los artículos 7, 10 y 103 de la Ley de Seguridad Social, en la cual no se expresa condición que retarde el nacimiento del derecho de cobro del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social frente al Estado**". (El resaltado me corresponde)

1.11. De lo expuesto se observa que los criterios jurídicos del IESS, el MSP, la CGE y la SB coinciden en señalar que la auditoría médica, prevista en los artículos 125 y 126 de la LSS, tiene un objeto y finalidad diferentes a la auditoría de la calidad de la facturación prevista en la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC.

La entidad consultante precisa que el reconocimiento de los valores adeudados al IESS se encuentra sujeto a la auditoría de la calidad de la facturación, y no a la auditoría médica obligatoria. Por su parte, la SB expone que la LSS no establece ninguna condición que pueda retardar los pagos del Estado al IESS.

2. Análisis. -

Para examinar la consulta planteada, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* las asignaciones del Estado a favor de la seguridad social; *ii)* la auditoría médica prevista en la LSS y su propósito; y, *iii)* la auditoría de calidad de la facturación de los servicios de salud prevista en la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC y su finalidad.

2.1. Las asignaciones del Estado a favor de la seguridad social. -

De conformidad con el inciso primero del artículo 34 de la CRE, *"la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado"*.

En este contexto, el inciso primero del artículo 371 ibidem señala que las prestaciones de la seguridad social se financian *"con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores"*, con los aportes de las personas independientes aseguradas, con los aportes voluntarios de los ecuatorianos domiciliados en el exterior, *"y con los aportes y contribuciones del Estado"* y al respecto, su segundo inciso agrega que: *"Los recursos del Estado destinados para el*



00396

seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna”.

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 372 de la CRE precisa que: **“Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco”**, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones, motivo por el cual, **“Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio”**. (El resaltado me corresponde)

Por su parte, el inciso segundo del artículo 111 de la LSS establece que la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar (en adelante SGSIF) comprará servicios de salud a las unidades médicas del IESS y otros prestadores, públicos o privados, debidamente acreditados, cuyo precio será pagado con cargo al Fondo Presupuestario de Prestaciones de Salud que se financiará con los recursos provenientes de **“la aportación de los afiliados, personal y patronal, que incluirá el porcentaje señalado en esta Ley para gastos administrativos”** y añade que: **“La contribución financiera obligatoria del Estado a este Seguro se sujetará a lo dispuesto en el Reglamento General de esta Ley”**. (El resaltado me corresponde)

De lo expuesto se aprecia que: *i)* la seguridad social es un derecho irrenunciable de las personas y un deber primordial del Estado; *ii)* las prestaciones de la seguridad social se financian, entre otros, con los aportes y contribuciones del Estado, que deben constar en el Presupuesto General del Estado y ser transferidos de forma oportuna; *iii)* los fondos y reservas del seguro universal obligatorio son propios y distintos a los del fisco; y, *iv)* la contribución financiera obligatoria del Estado al Fondo Presupuestario de Prestaciones de Salud debe sujetarse a lo dispuesto en el Reglamento General de la LSS.

2.2. La auditoría médica prevista en la LSS y su propósito. -

El artículo 368 de la CRE señala que el sistema de seguridad social comprenderá a **“las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia”**. (El resaltado me corresponde)

El inciso primero del artículo 369 de la CRE prevé que el seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de **“enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.”** (el resaltado me corresponde). Al efecto, el inciso primero del artículo 370 ibidem establece que el IESS **“entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados”**. (El resaltado me corresponde)

Por su parte, el artículo 102 de la LSS, ubicado en el TÍTULO III “*DEL SEGURO GENERAL DE SALUD INDIVIDUAL Y FAMILIAR*”, CAPÍTULO UNO “*DE LAS PRESTACIONES DE SALUD*”, determina que el Seguro General de Salud Individual y Familiar (en adelante SGSIF) “*protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad*”, para lo cual se accederá a las prestaciones de salud “*en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título*”. (El resaltado me corresponde)

El artículo 10 de la LSS, ubicado en el CAPÍTULO DOS “*DEL ASEGURAMIENTO Y LA ENTREGA DE PRESTACIONES DE SALUD*”, determina que: “*La prestación de servicios médicos estará a cargo de las unidades médicas del IESS y de los demás prestadores de servicios de salud, públicos y privados*”, debidamente acreditados por la Dirección de la Administración del SGSIF, “*con sujeción a la reglamentación*”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 116 de la LSS contempla que el asegurado, cualquiera sea la cuantía de su aportación, tiene derecho a elegir el prestador de servicios de salud de entre las unidades médicas del IESS y los demás establecimientos y profesionales acreditados y vinculados mediante convenio o contrato con la Administradora del SGSIF, y agrega que el costo de la prestación de salud “*será facturado exclusivamente a la Administradora de este seguro, con sujeción a esta Ley y al Tarifario aprobado por el IESS*”. (El resaltado me corresponde)

En concordancia con lo mencionado, el inciso final del artículo 117 de la LSS, ubicado en el CAPÍTULO TRES “*DEL FINANCIAMIENTO*”, señala que: “*El Consejo Directivo aprobará las tarifas a las que deberán sujetarse las unidades médicas del IESS y otros prestadores de salud*”, en armonía con lo previsto en el artículo 123 ibidem, ubicado en el CAPÍTULO CUARTO “*DE LA REGULACIÓN Y EL CONTROL*”.

Finalmente, los artículos 125 y 126 de la LSS, materia de su consulta, ubicados en el referido Título III “*DEL SEGURO GENERAL DE SALUD INDIVIDUAL Y FAMILIAR*”, CAPÍTULO CUARTO “*DE LA REGULACIÓN Y EL CONTROL*”, establecen en su orden que: “*La auditoría médica de los prestadores de salud será obligatoria*” y estará a cargo de empresas especializadas, contratadas por la Administradora, “*con sujeción a las resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros*”, y tendrá a su cargo el examen objetivo, sistemático y periódico del cumplimiento de los protocolos de diagnóstico, terapéutica y prescripción farmacológica; y el establecimiento de responsabilidades por inobservancia de las normativas y de los mencionados protocolos del Instituto sobre estas materias, así como la investigación de los casos de iatrogenia y/o de mala práctica médica.

De lo expuesto se observa que: i) el seguro universal obligatorio cubre, entre otras, las contingencias de enfermedad y maternidad en condiciones de libre elección del



00396

prestador de servicios de salud, público o privado, debidamente acreditado por la Dirección de la Administración del SGSIF, con sujeción a la reglamentación expedida; *ii*) el costo de la prestación de salud debe ser facturado con sujeción a la LSS y al Tarifario aprobado por el Consejo Directivo del IESS; y, *iii*) la auditoría médica obligatoria de los prestadores de salud comprende el examen objetivo, sistemático y periódico del cumplimiento de los protocolos de diagnóstico, terapéutica y prescripción farmacológica y tiene por finalidad el establecimiento de responsabilidades por inobservancia de los mencionados protocolos médicos del IESS, así como la investigación de los casos de iatrogenia y/o de mala práctica médica.

2.3. La Auditoría de la Calidad de la Facturación de los Servicios de Salud prevista en la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC y su finalidad. -

El inciso segundo del artículo 360 de la CRE señala que la RIPS es parte del sistema nacional de salud y *“estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad”* (el resaltado me corresponde). En este contexto, se suscribió el Convenio Marco Interinstitucional entre el MSP, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Defensa, el IESS, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), para integrar la RIPS¹³.

Al respecto, el artículo 1 de la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC, prevé como objeto de esta el *“Normar los procedimientos administrativos del relacionamiento interinstitucional por derivación de usuarios/pacientes, que garanticen el acceso universal, oportuno y equitativo a las prestaciones de salud”* en los establecimientos de salud de la RPIS y RPC. El artículo 2 ibidem, al referirse a su ámbito, determina que su aplicación es obligatoria *“para todos los financiadores/aseguradores y prestadores de servicios de salud”* de la RPIS y RPC, entre otros, en todo el territorio ecuatoriano.

Así mismo, el artículo 3 de la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC determina como beneficiarios de las prestaciones de salud a *“los usuarios/pacientes de los servicios de salud, independientemente de su pertenencia o no a un régimen de aseguramiento en salud público o privado”*, y prevé en su numeral 1 el financiamiento de la prestación de salud al IESS.

En cuanto al reconocimiento económico a los prestadores de los servicios de salud, el artículo 33 de la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC lo define como *“el pago de los gastos originados por la atención de salud que se brinde a los usuarios/pacientes”*, y prevé que se realizará *“luego de efectuada la Auditoría de la*

¹³<https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/CONVENIO%20MARCO%20RED%20PUBLICA%20DE%20SALUD.pdf>

Calidad de la Facturación de los Servicios de Salud". (El resaltado me corresponde)

Por su parte, el inciso primero del artículo 34 *ibidem* señala que el tarifario es "el reconocimiento económico a que haya lugar por la prestación de servicios de salud" y agrega que: "Se liquidará y pagará de acuerdo a los valores determinados en el Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud vigente".

La Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC, en el inciso primero del artículo 42, ubicado en el CAPÍTULO V "DE LA AUDITORÍA DE LA CALIDAD DE LA FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD", reitera que el objeto de la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud es habilitar el pago de las prestaciones de salud, a través de la verificación sistemática de la pertinencia administrativa, técnica, médica y de tarifas generadas por los prestadores de los servicios de salud; "validando el pago total o parcial por concepto de las prestaciones de salud entregadas a los usuarios/pacientes por prestadores de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria, según los términos señalados en esta Norma". (El resaltado me corresponde)

El artículo 64 de la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC, al referirse a las fases de la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud incluye las siguientes: "a. Control documental (Recepción documental y revisión documental); b. Control técnico médico (Revisión de pertinencia técnica médica)"; y, c. Control de tarifas y liquidación (Revisión técnica de tarifas)".

En cuanto al control de tarifas y liquidación, el artículo 76 de la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC señala que es el proceso técnico administrativo financiero "en el que se verifica que el valor de las prestaciones de servicios de salud, esté acorde con el Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud", o con las disposiciones específicas establecidas por la Autoridad Sanitaria Nacional, en casos excepcionales, como techo máximo de pago.

De acuerdo con el segundo inciso del citado artículo 76 de la Norma Técnica de Relacionamiento RPIS y RPC, el informe de liquidación que emita el IESS, ISSFA, ISSPOL, MSP o el SPPAT, que realiza el proceso, se constituye en el documento habilitante para el pago, tanto para la institución que realiza la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud, cuanto para la institución que debe pagar el porcentaje no cubierto por los seguros públicos y/o por las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica.

El artículo 77 *ibidem* prevé que como resultado del control de tarifas "se procederá a realizar la liquidación con el detalle de los valores aprobados, objetados y



debitados, junto con el detalle de objeciones por cada expediente”, en caso de existir. (El resaltado me corresponde)

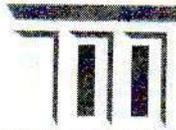
En este contexto, el segundo inciso del referido artículo 77 de la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC agrega que, en caso de existir cobertura compartida, el informe de liquidación que emita, entre otros, el IESS, se constituye en el documento habilitante para el pago, tanto para la institución que realiza “*la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud*”, cuanto para la institución que debe pagar el porcentaje no cubierto por los seguros públicos y/o por las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica.

Finalmente, resulta pertinente considerar que tanto en el numeral 1 del artículo 18 del CC como el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴ (en adelante LOGJCC) concuerdan en que “*Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal*”.

De lo manifestado se desprende que: *i)* la RIPS es parte del sistema nacional de salud y está conformada por el conjunto de establecimientos estatales, de la seguridad social y otros proveedores de servicios de salud, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad; *ii)* la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC prevé los procedimientos administrativos del relacionamiento interinstitucional por derivación de usuarios/pacientes; y, *iii)* la auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud tiene por objeto y finalidad viabilizar el reconocimiento económico para el pago de los gastos originados por la atención de salud que el prestador del servicio brinde a los usuarios/pacientes, conforme a los valores determinados en el Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud vigente.

Por lo tanto, la auditoría médica, prevista en los artículos 125 y 126 de la LSS, tiene un objeto y finalidad distinta a la auditoría de la calidad de la facturación, a la que se refiere la Norma Técnica de Relacionamento RPIS y RPC expedida por el MSP. Así, la auditoría médica comprende el examen objetivo, sistemático y periódico del cumplimiento de los protocolos de diagnóstico, terapéutica y prescripción farmacológica y tiene por finalidad establecer posibles responsabilidades por inobservancia de dichos protocolos, así como la investigación de los casos de iatrogenia y/o de mala práctica médica. Por su parte, la auditoría de la calidad de la facturación tiene como objeto habilitar el pago de las prestaciones de salud, a través de la verificación sistemática de la pertinencia administrativa y de tarifas generadas por los prestadores de los servicios de salud.

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



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

0013736-2022

00396

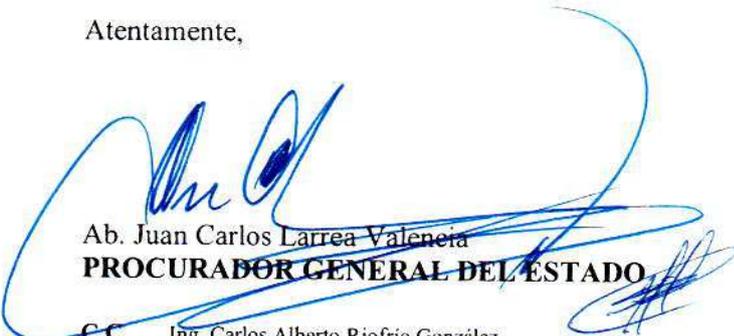
Página. 11

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la contribución financiera obligatoria del Estado al seguro general de salud se rige por el segundo inciso del artículo 111 de la Ley de Seguridad Social, mientras que la auditoría médica obligatoria a los prestadores de salud, prevista en los artículos 125 y 126 ibidem, corresponde a una materia distinta, pues se refiere al cumplimiento de los protocolos de diagnóstico, terapéutica y prescripción farmacológica, teniendo por finalidad establecer responsabilidades por su inobservancia, así como por casos de iatrogenia y/o de mala práctica médica, por lo que no condiciona la contribución del Estado al seguro general de salud.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Ing. Carlos Alberto Riofrio González,
Contralor General del Estado, Subrogante.

Mgs. Antonieta Guadalupe Cabezas Enriquez,
Superintendente de Bancos, Subrogante.

Mgs. Pablo Arosemena Marriot,
Ministro de Economía y Finanzas.

Dr. José Ruales Estupiñán,
Ministro de Salud Pública.

Oficio No. 00377

Quito, DM, 15 DIC 2022

Señor Coronel (sp)
Fausto Antonio Cobo Montalvo,
DIRECTOR GENERAL,
CENTRO DE INTELIGENCIA ESTRATÉGICA (CIES).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CIES-CIES-0232-2022-OF de 18 de noviembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted solicitó la reconsideración del pronunciamiento contenido en oficio No. 20890 de 1 de noviembre de 2022, por el que este organismo atendió su consulta sobre la aplicación de los artículos 9 numeral 10, 26 numeral 3 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa¹ (en adelante LOFL) que facultan a los asambleístas, Comisiones especializadas y al Pleno de la Asamblea Nacional a requerir a los servidores públicos información necesaria para los procesos de fiscalización y control político, en relación a la información reservada, secreta y secretísima que custodia el Centro de Inteligencia Estratégica (en adelante CIES) por disposición del artículo 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado² (en adelante LSPE).

1. Antecedentes. -

1.1. Consulta del CIES.-

La consulta inicial del CIES, planteada en oficio No. CIES-DG-O-0059-2022-OF de 28 de septiembre de 2022, ingresado en este organismo al siguiente día, fue la siguiente:

“¿A la información que custodia el Centro de Inteligencia Estratégica le son aplicables los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por tratarse de información reservada, secreta y secretísima de acuerdo al Art. 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, para ser entregada a las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales de la Asamblea Nacional, Asambleístas o al Pleno de la Asamblea Nacional, en sesiones reservadas u ordinarias, sin realizar previamente el proceso de desclasificación correspondiente?”

El informe jurídico del Coordinador General Jurídico del CIES, contenido en memorando No. CIES-CGJ-O-0207-2022-M de 27 de septiembre de 2022 citó, en lo principal, los artículos 18 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante CRE); 180, 233 y 472 del Código Orgánico Integral Penal⁴ (en adelante COIP); 17

¹ LOFL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009.

² LSPE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre de 2009.

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

⁴ COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.



00377

CENTRO DE INTELIGENCIA ESTRATÉGICA
0001533-2022
Página. 2

y 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁵ (en adelante LOTAIP); 9, 26, 75 y 110 de la LOFL; 13, 16, 19 y 24 de la LSPE; 8, 9 letras c), e) y g), 28, 29 y 33 de su reglamento⁶ (en adelante RLSPE); el Decreto Ejecutivo No. 526⁷ de 21 de septiembre de 2018, a través del cual se suprimió la Secretaría de Inteligencia y se creó el CIES; y, el Decreto Ejecutivo No. 208⁸ de 27 de septiembre de 2021 por el cual el Presidente de la República designó al actual Director General del CIES, con fundamento en los cuales concluyó:

“Por lo expuesto, el criterio jurídico de esta Coordinación, es que, cualquiera que sea la condición de la sesión, sea ésta ordinaria, extraordinaria, pública o reservada, o el **requerimiento de información** provenga de manera verbal o escrita, **por parte de Asambleístas, Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales y el Pleno de la Asamblea Nacional, no constituye un condicionante para que el CIES entregue de manera verbal o escrita información de circulación restringido, sin efectuar el proceso de desclasificación** de la información previsto en el RLSPE. En este sentido el Art. 472 del COIP establece que, la información calificada por los organismos que conforman el Sistema Nacional de Inteligencia, es información de circulación restringida, en concordancia con el Art. 17 literales a) numeral 2; y, b) de la LOTAIP y considerando lo dispuesto en el Art. 19 de la LSPE, que señala que, el Reglamento a la ley establecerá los niveles de acceso exclusivo a la información y documentación clasificada, así como el proceso para su desclasificación. **Se considera como información de circulación restringida aquella protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley, por tanto, no procede el derecho a acceder a la información pública** de acuerdo a los Arts. 17 y 18 de la LOTAIP. En consecuencia, dicha información no está sujeta al principio de publicidad, lo que impide su libre circulación” (el resaltado me corresponde).

1.2. Para atender la consulta planteada por usted, este organismo requirió los criterios jurídicos institucionales de la Secretaría Nacional de Seguridad Pública y del Estado (en adelante SNSPE) y de la Asamblea Nacional (en adelante AN)⁹.

El criterio jurídico de la SNSPE concluyó, en lo principal, que: i) **“la entrega de información clasificada, requerida por asambleístas, comisiones especializadas permanentes y ocasionales y al pleno de la Asamblea Nacional únicamente debe proceder previa desclasificación de la misma realizada por la SENASEG, cumpliendo el procedimiento establecido en el Art. 33 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado”**; ii) el incumplimiento del procedimiento reglamentario de desclasificación podría dar lugar a que se incurra en responsabilidad penal; y, iii) **“El requerimiento de información de circulación restringida (...) debe estar debidamente fundamentado en**

⁵ LOTAIP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 337 de 18 de mayo de 2004.

⁶ RLSPE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 30 de septiembre de 2010.

⁷ Decreto Ejecutivo No. 526, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 358 de 30 de octubre de 2018.

⁸ Decreto Ejecutivo No. 208, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 15 de octubre de 2021.

⁹ Requerimientos realizados a la SNSPE y a la AN mediante oficios Nos. 20506 y 20509 de 3 de octubre de 2022, respectivamente; los cuales fueron atendidos: i) por el Secretario de la SNSPE, con oficio No. PR-SNSPE-2022-12-O de 18 de octubre de 2022, ingresado el 21 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el informe jurídico No. SENASEG-DIRJUR-2022-002 de 18 de octubre del presente año; y, ii) por el Presidente de la AN, con oficio No. AN-PR-2022-0050-O de 24 de octubre de 2022, recibido en el correo institucional único al día siguiente, al que se adjuntó el memorando No. AN-CGAJ-PR-2022-0011-M de 24 de octubre del presente año, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica.

00377

una necesidad de control y fiscalización de los actos del poder público (...)” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el criterio jurídico de la AN concluyó, en lo principal, que: i) *“es una función y atribución de la Asamblea Nacional, la de requerir a las servidoras y a los servidores públicos, la información necesaria para los procesos de fiscalización y control político”; ii) La información clasificada como confidencial, RESERVADA, SECRETA Y SECRETÍSIMA será proporcionada bajo prevención de guardar la reserva que la ley dispone, que quiere decir que la responsabilidad de quien recibe la información proporcionada deberá guardar la misma reserva de quien lo recibe, siendo responsable civil y penalmente por su difusión”* (el resaltado y subrayado corresponde al texto original); iii) le corresponde al CIES, *“rendir cuentas de su gestión, para su debido control, al Ejecutivo y cada tres (3) meses a la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación”* (el resaltado y subrayado corresponde al texto original); y, iii) la LOFL, *“al ser una norma de carácter orgánico tiene prevalencia sobre las disposiciones de la Ley de Seguridad Pública y del Estado que tiene carácter de ordinaria”* (el resaltado me corresponde).

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

El pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 20890 de 1 de noviembre de 2022, cuya reconsideración solicita, en su análisis examinó lo expuesto por el CIES, la SNSPE y la AN, luego de lo cual concluyó que:

“(…) los requerimientos de información que los órganos de la Asamblea Nacional hagan a los organismos del sistema nacional de inteligencia respecto de información relacionada con la seguridad pública y del Estado, se deben motivar en procedimientos de fiscalización o control político en curso para los cuales sea necesario acceder a dicha información, según los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Tales requerimientos no están sujetos a los procedimientos de desclasificación o reclasificación que establece el Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, norma de jerarquía inferior a la de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, sino al traslado del respectivo nivel de reserva legal al asambleísta u órgano de la Asamblea, acorde a la naturaleza del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado, así como a los estándares y protocolos mínimos de sesión reservada, según el artículo 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado” (el resaltado me corresponde).

2.- El pedido de reconsideración. -

2.1. Para atender su pedido de reconsideración, con oficio No. 00085 de 23 de noviembre de 2022, este organismo solicitó el criterio jurídico institucional de la AN, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la



00377

atención de consultas por la Procuraduría General del Estado¹⁰, sin que dicho órgano haya dado contestación al requerimiento realizado, hasta la presente fecha.

2.2. Fundamentos del pedido de reconsideración.-

En lo principal, su pedido de reconsideración y el informe jurídico se ratifican en los argumentos expresados al momento de formular su consulta inicial. En este sentido, el informe jurídico adjunto a su oficio de reconsideración, contenido en memorando No. CIES-CGJ-O-0215-2022-M de 18 de noviembre de 2022, expone:

“4.3.- En este sentido, los organismos que conforman el Sistema Nacional de Inteligencia, por mandato legal deben guardar reserva de la información que producen y procesan ya que podría afectare (sic) y poner en riesgo la seguridad ciudadana, y que **de la praxis se ha observado que las peticiones de información realizadas por la Asamblea Nacional, no son motivadas, ni justifican su uso, tratamiento y destino de la información**, lo cual desconoce, los parámetros de aplicación normativos sobre el manejo y acceso de dicha información y documentación, así como de cooperación institucional (el resaltado me corresponde).

4.4.- Con lo antes mencionado, **resulta de carácter sine qua non que la Asamblea Nacional en los procesos de fiscalización o control político** determinados en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, **al requerir o solicitar información a los organismos del Sistema Nacional de Inteligencia, previamente se realice el proceso** corresponde (sic) **de desclasificación y reclasificación de la información, en razón de los principios de aplicación normativos invocados, tales como de supremacía constitucional, pro homine, pro actionae, buena administración pública, juridicidad y de responsabilidad social, prevaleciendo el interés público sobre el particular**, ya que de no hacerlo directamente se estaría incurriendo en la tipificación de un hecho reprochable, previsto en la normativa por divulgación de la información con carácter de reservado y confidencial (el resaltado me corresponde).

QUINTO: DEL PRONUNCIAMIENTO LEGAL. -

5.1.- (...) el criterio jurídico de esta Coordinación, es que, cualquiera que sea la condición de la sesión, sea ésta ordinaria, extraordinaria, pública o reservada, o **el requerimiento de información por parte de Asambleístas, Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales y el Pleno de la Asamblea Nacional**, sea este solicitado de manera verbal o escrita, **no constituye un condicionante para que el Centro de Inteligencia Estratégica, entregue información de circulación restringida, sin efectuar el proceso de desclasificación o reclasificación de la información**, conforme a la basta argumentación expuesta, en razón de que hacerlo, comprometería gravemente a la seguridad integral del Estado y el orden público, siendo información de circulación restringida, conforme lo previsto en el Art. 17 literales a) numeral 2; y, b) y 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como lo dispuesto en el Art. 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, en concordancia con los presupuestos de la debida diligencia en el actuar de la Administración Pública (sic) y la titularidad de derechos en el

¹⁰ Resolución No. 24 publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio de 2019.

00377

administrado, en consecuencia, **dicha información no está sujeta al principio de publicidad, siendo la excepción prevista en la normativa, la que impide su libre circulación y entrega sin sujetarse a los mecanismos que para dicho efecto la norma contempla de iure** (el resaltado me corresponde).

5.3.- Respecto al **principio de eficacia y eficiencia** previstos en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 3 y 4 del Código Orgánico Administrativo, el primero supra, que **se configura al cumplir las finalidades previstas en la normativa para cada Institución**, es decir su institucionalidad dentro de la arquitectura de derechos y justicia, debe observarse el interés general, público y de orden social, en estricta aplicación al principio ‘*Ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio*’ y su vigencia” (el resaltado me corresponde).

3.- Análisis. -

Del pedido de reconsideración y el informe jurídico adjunto se observa que el CIES, en lo principal, reitera el análisis realizado al formular su consulta sobre la aplicación de los artículos 9 numeral 10, 26 numeral 3 y 110 numeral 3 de la LOFL; 17 letra a) numeral 2 y letra b) y 18 de la LOTAIP; y, 19 de la LSPE. Añade como nuevos argumentos los artículos 1, 3, 66, 76, 82, 147, 226, 227, 426 y 427 de la CRE; 7 numerales 2, 3 y 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Pacto de San José); 3, 4, 5, 17, 22 y 23 del Código Orgánico Administrativo¹¹ (en adelante COA); 7 del RLSPE; y, 2 y 3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Centro del Inteligencia Estratégica¹² (en adelante Estatuto Orgánico del CIES), respecto de los cuales es oportuno considerar lo siguiente:

3.2.1. Aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución o en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. -

Según el numeral 1 del artículo 436 de la CRE, la Corte Constitucional es “*la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante*”. En este orden de ideas, mediante sentencia No. 002-09-SAN-CC¹³, sobre la competencia del Procurador General para absolver consultas, dicha corte resolvió:

“(…) **se dispone** al señor Procurador General del Estado, cumpla con la Constitución vigente y se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución o en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. De conformidad con la Constitución de la República vigente, estas son facultades privativas de esta Corte. Sus funciones deben limitarse a la absolución

¹¹ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

¹² <https://www.cies.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/10/a2-base-legal-que-rige-a-la-instituci%C3%B3n.pdf> (Acuerdo Nro. CIES-2012-2019 de 12 de diciembre de 2019)

¹³ Corte Constitucional, sentencia N°002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

00377

de consultas sobre la inteligencia y aplicabilidad de normas con rango de ley” (el resaltado corresponde al texto original).

Consecuentemente, el análisis sobre la aplicación o inteligencia de normas previstas en la CRE o en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, como el Pacto de San José, excede el ámbito de competencia de este organismo, establecido por el numeral 3 del artículo 237 de la CRE y los artículos 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁴, considerando el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, según el cual las instituciones del Estado “(...) ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

3.2.2. Los procesos de fiscalización y control político a cargo de la AN y las competencias del Estado Central en materia de Seguridad Pública. -

El inciso primero del artículo 1 de la LOFL, al referirse a su objeto y ámbito, prevé que dicha ley “regula el funcionamiento de la Asamblea Nacional, **desarrolla sus deberes y atribuciones constitucionales**, los procedimientos parlamentarios y el régimen disciplinario de las legisladoras y los legisladores de la República” (el resaltado me corresponde). Al respecto el inciso segundo del referido artículo señala que están sujetos a esa ley los “*asambleístas legalmente posesionados*” y, en general, el personal de la Función Legislativa.

Por su parte, el artículo 3 de la LSPE establece que: “*es deber del Estado promover y garantizar la seguridad de todos los habitantes, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos del Ecuador, y de la estructura del Estado*”, a través del Sistema de Seguridad Pública y del Estado (en adelante SSPE), “*responsable de la seguridad pública y del Estado*”, con el fin de coadyuvar al bienestar colectivo, al desarrollo integral, al ejercicio pleno de los derechos humanos y de los derechos y garantías constitucionales.

Al respecto, en el dictamen de constitucionalidad No. 6-21-EE/21 de 3 de noviembre de 2021¹⁵, la Corte Constitucional analizó el régimen ordinario de seguridad pública, con fundamento en los artículos 3 y 147 de la CRE así como la LSPE, y se refirió al ejercicio de las competencias que en materia de seguridad interna corresponden al

¹⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, “Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado. - Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: (...) e Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, (...) sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico (...)”. “Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis (...). Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta. (...)”.

¹⁵ Dictamen de constitucionalidad No. 6-21-EE/21, publicado en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 259 de 3 de enero de 2022.

00377

Ejecutivo, en coordinación con otros organismos como el Consejo de Seguridad Pública y del Estado (COSEPE), en un régimen o circunstancias constitucionales ordinarias, considerando sus deberes de garantía de los derechos de los ciudadanos. Así, señaló:

“35. El régimen ordinario otorgado a la Función Ejecutiva se circunscribe a un catálogo de prerrogativas, facultades y competencias que permiten ejercer, en coordinación con otras instituciones, la toma de decisiones en materia de seguridad interna.

36. Así, la Ley de Seguridad Pública y del Estado determina que el gobierno central debe establecer e implementar políticas, planes, estrategias y acciones oportunas para garantizar la soberanía, integridad territorial y la seguridad de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; que tiene como objetivo ‘coadyuvar al bienestar colectivo, al desarrollo integral, al ejercicio pleno de los derechos humanos (...) y garantías constitucionales’.

37. En tal sentido, la actividad y planificación en seguridad interna debe observar los principios de: (a) integralidad; (b) complementariedad; (c) prioridad y oportunidad; (d) proporcionalidad; (e) prevalencia; y, (f) responsabilidad. Dichos estándares, obligan a que el Estado adopte acciones proporcionales de protección, defensa y sanción; pero, tomando como prioridad *‘a la prevención basada en la prospección y en medidas oportunas en casos de riesgos de cualquier tipo’.*

38. Para tomar acciones concretas **en materia de seguridad interna, el ejecutivo cuenta con el Consejo de Seguridad Pública y del Estado** (‘COSEPE’), órgano que tiene a cargo las funciones de: (a) asesorar y recomendar al Presidente o Presidenta de la República sobre las políticas, planes y estrategias de Estado, y sobre sus procedimientos, en materia de seguridad pública; y, (b) recomendar al Presidente o Presidenta de la República la adopción de medidas de prevención e intervención en casos de acontecimientos graves o amenazas que afecten o puedan afectar la integridad de los habitantes y del Estado.

39. **Este Organismo está conformado por las más altas autoridades del país, lo que denota que su accionar es fundamental al momento de tomar decisiones en materia de seguridad ante circunstancias graves que atenten el orden público**” (el resaltado me corresponde).

De otro lado, el artículo 1 del COA determina que dicho código tiene por objeto regular *“el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”* y en este contexto los artículos 3, 4, 5, 17, 22 y 23 ibídem desarrollan los principios de eficacia, eficiencia, calidad, seguridad jurídica y confianza legítima y racionalidad, respectivamente.

Al efecto, es oportuno considerar que, en el caso específico de la AN el ejercicio de sus competencias de fiscalización y control político están normadas en la CRE y en la LOFL, y tienen naturaleza jurídica distinta a los actos que expresan el ejercicio de la función administrativa regidos por el COA.



Del texto íntegro del pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 20890 de 1 de noviembre de 2022, y del análisis de los nuevos argumentos expuestos en su pedido de reconsideración se observa, en lo esencial, lo siguiente:

- a) En los casos de reserva por motivos de seguridad nacional, los titulares de las instituciones públicas competentes son responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con la LSPE;
- b) La reserva frente a terceros no se extiende a las entidades que, por mandato legal, deben acceder a información que la ley ha calificado como reservada;
- c) Para los procesos de fiscalización y control político, los asambleístas y las Comisiones especializadas permanentes de la AN pueden requerir a los servidores públicos información que deberá ser trasladada con la correspondiente reserva. Los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la LOFL facultan al Pleno de la AN a requerir a los servidores públicos información confidencial, reservada, secreta y secretísima, también en el contexto de procesos de fiscalización y control político.
- d) La información relacionada con la seguridad pública y del Estado, que el CIES custodia, está sujeta a la LSPE y a los procedimientos de clasificación y desclasificación previstos por dicho cuerpo normativo y su reglamento, que constituyen la norma competente;
- e) Las investigaciones que realizan los organismos e instituciones responsables del SSPE deben observar las autorizaciones judiciales previas pertinentes. Dichos organismos están sujetos a rendición de cuentas de su gestión, para su debido control, por el Ejecutivo y cada tres meses ante la AN, a través de la Comisión especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación, siendo tal tipo de sesión el estándar mínimo establecido por la ley competente, en virtud del bien jurídico protegido que es la seguridad pública;
- f) Cuando el informe de análisis efectuado por la SNSPE niegue el pedido de desclasificación, deberá ser elevado en consulta al COSEPE, que incluye al Presidente de la AN entre sus miembros, para que recomiende al Presidente de la República confirmar o revocar el mismo y se proceda, de ser el caso, con el trámite de desclasificación o reclasificación de la información secretísima.

En este orden de ideas se observa que, en los casos de solicitudes de información provenientes de la AN, necesaria para los procesos de fiscalización y control político en curso, corresponde a la autoridad requerida verificar que exista la debida motivación de la necesidad de acceso a la misma, en forma previa a su entrega, siempre bajo prevención de guardar la reserva prevista en la ley por parte de la autoridad requirente, quien será responsable de su adecuado uso.

Compete al Pleno de la AN requerir a los servidores públicos información clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima, necesaria para los procesos de fiscalización y control político, con la obligación de mantener la misma bajo idéntico nivel de reserva, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la

00377

LOFL y conforme lo ha analizado este organismo de forma consistente y reiterada en los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 15565 y 15741 de 8 y 22 de septiembre de 2021, a lo que cabe agregar que dicha norma faculta únicamente al Pleno de la AN levantar dicha reserva.

Es necesario advertir que, efectuar el proceso de desclasificación de la información de circulación restringida, relacionada con la seguridad interna y del Estado, para atender un requerimiento de información de la AN, implicaría que dicha información deje de estar protegida y sea de libre acceso, incluso respecto de terceros, lo cual provocaría mayor riesgo para la seguridad integral del Estado y el orden público. En tal virtud, la LOFL debe ser entendida en armonía con la LSPE y su reglamento, por lo que sus estándares mínimos, de sesión reservada, deben ser observados pues en esas normas no existe ninguna excepción.

4.- Aclaración del pronunciamiento. -

Por lo expuesto, se reitera que los requerimientos de información relacionada con la seguridad pública y del Estado que los órganos de la Asamblea Nacional hagan a los organismos del sistema nacional de inteligencia se deben motivar en procedimientos de fiscalización o control político en curso para los cuales sea necesario acceder a la misma, según los artículos 9 numeral 10; 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Al efecto, son aplicables los estándares y protocolos mínimos de sesión reservada, según el artículo 24 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

De conformidad con los artículos 16 y 19 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado; y, 28 y 32 de su reglamento, analizados en el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, es competencia de las autoridades requeridas clasificar, reclasificar o desclasificar la información de circulación restringida, considerando su naturaleza y los niveles de acceso de acuerdo con lo establecido en la mencionada ley, haciendo notar que la aplicación del procedimiento de desclasificación de la información para su entrega a la Asamblea Nacional daría lugar a que la información sea de libre acceso.

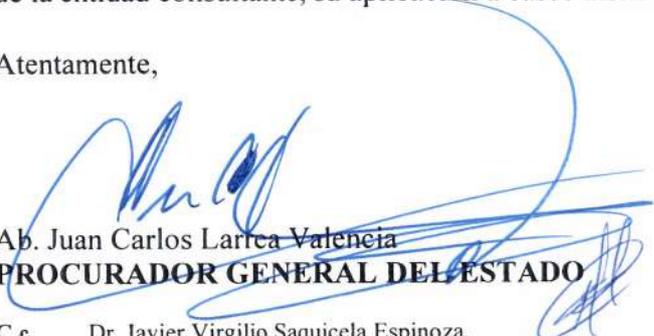
Por todo lo expuesto se aclara que, corresponde a la autoridad requerida verificar en cada caso la motivación del pedido de información que formulen los órganos de la Asamblea Nacional en forma previa a entregarla, con el traslado del respectivo nivel de reserva y la aplicación del estándar mínimo de sesión reservada, acorde a la naturaleza del bien jurídico protegido, que es la seguridad pública y del Estado. Finalmente, se considerará que el Pleno de la Asamblea Nacional, de acuerdo con los numerales 9 y 10 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, tiene atribución para requerir a los servidores públicos información necesaria para los procesos de fiscalización y control político, clasificada como confidencial, reservada, secreta y secretísima, que debe ser proporcionada bajo prevención de guardar la reserva legal.



00377

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.c. Dr. Javier Virgilio Saquicela Espinoza,
Presidente de la Asamblea Nacional

Dr. Diego Hernán Ordóñez Guerrero,
Secretario Nacional de Seguridad Pública y del Estado

Oficio N° 00405

Quito, DM, 19 DIC 2022

Señor Doctor
César Marcel Córdova Valverde,
DEFENSOR DEL PUEBLO, ENCARGADO.
PRESIDENTE DEL COMITÉ DE COORDINACIÓN DE
LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL.
Ciudad.-

Señora Magíster
Verónica de la Dolorosa Acosta Espinosa,
SECRETARIA TÉCNICA DE LA
FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL.
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero al oficio sin número de 16 de noviembre de 2022, remitido como anexo al oficio No. DPE-DPE-2022-0559 de la misma fecha, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual el Defensor del Pueblo, encargado, consultó:

“1. En aplicación del artículo 15 de la Ley Orgánica (sic) de la Defensoría del Pueblo ¿En el caso de que el Defensor del Pueblo cese definitivamente de su cargo, el Defensor del Pueblo encargado conforme al artículo 15 ibídem, puede ser reemplazado sin que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social haya designado al Defensor del Pueblo titular?

2. ¿En caso de ausencia definitiva del Defensor del Pueblo, podría el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social ejercer sus atribuciones previstas en el artículo 208 numeral de la norma constitucional y artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo?

3. ¿Hasta que se inicie el concurso público de oposición y méritos para designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, y la posterior designación del ganador, ¿podría el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a través de diversas maneras como: cesar, remover, concluir, u otra figura, terminar el encargo de Defensor del Pueblo? Ello, a efectos de que hasta la presente fecha no se ha convocado al concurso público de oposición y méritos para designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo.”



Sobre la misma materia, con oficio No. FTCS-ST-2022-0406-OF de 17 de noviembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, la Secretaría Técnica de la Función de Transparencia y Control Social (en adelante FTCS) consultó:

“1. ¿El artículo 132 del Código Orgánico Administrativo publicado en el Registro Oficial Suplemento 31 de 07 julio de 2017, es aplicable a los actos administrativos del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, aprobados dentro de los procedimientos de la designación de autoridades temporales o definitivas?”

2. ¿Es aplicable el artículo 13 del Reglamento de Sesiones del Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social sin que todos los miembros de este órgano se encuentren debidamente posesionados, de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa?”

1. Antecedentes. -

1.1. Con oficio No. 0021 de 11 de noviembre de 2022 este organismo solicitó al Defensor del Pueblo, encargado, que las consultas inicialmente planteadas a través de oficio sin número de 7 de noviembre de 2022, remitido como anexo al oficio No. DPE-DPE-2022-0546 de la misma fecha, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al siguiente día, fueran reformuladas de manera que traten sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico respecto al objeto de las consultas reformuladas, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

Igual requerimiento se cursó al Presidente del Comité de Coordinación y a la Secretaría Técnica de la FTCS, mediante oficio No. 0022 de 11 de noviembre de 2022, respecto de la consulta inicialmente contenida en oficio sin número de 8 de noviembre del presente año, remitido adjunto al oficio No. STCCFTCS-STCCFTCS-2022-0041-OF de la misma fecha, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al siguiente día, lo cual fue atendido con el oficio referido al inicio del presente.

1.2. El informe jurídico adjunto al oficio inicial de consulta de la DP, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de dicho organismo, contenido en memorando No. DPE-CGAJ-2022-0368-M de 7 de noviembre de 2022, citó los artículos 131 y 208 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 5 numeral 6 y 55 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social² (en

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

² LOCPCCS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 9 de septiembre de 2009.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

Defensoría del Pueblo-Función de Transparencia y Control Social
000054-2022
Página. 3

00405

adelante LOCPCCS); y, 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo³(en adelante LODP).

El mencionado informe, en su acápite “**III. ANTECEDENTE**”, numeral 3.1, citó la resolución⁴ por la cual el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante CPCCS) encargó la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo “*acorde al artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*”. Sobre dicha base, en el acápite “**V. CRITERIO JURÍDICO**”, concluyó en forma general que:

“**5.1.** En virtud de lo expuesto, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no puede mediante autotutela administrativa o cualquier otra figura jurídica o legal desarrollada dentro del Código Orgánico Administrativo remover, cambiar, destituir o dejar sin efecto el cargo de Defensor del Pueblo encargado”.

1.3. El alcance del informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica de la DP, remitido adjunto al oficio por el que se reformularon las consultas, contenido en documento sin número de 15 de noviembre de 2022, además de las normas ya mencionadas, citó los artículos 209, 210 y 226 de la CRE; 72 de la LOCPCCS; y, el Dictamen Constitucional No. 2-19-IC/19⁵ de 7 de mayo de 2019 que determinó el alcance material de las competencias del CPCCS Transitorio y las diferenció de las competencias ordinarias de dicho organismo, y expuso:

“ III. ANTECEDENTES

3.1. Conforme señala el Dictamen No. 2-19-IC/19 de 07 de mayo de 2019, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador determino (sic) el alcance material de las competencias del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (sic) resolvió que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Ordinario no tiene capacidad ni competencia para encargar actualmente la titularidad de ninguna entidad, con excepción de la norma expresa constante en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; dicha facultad fue exclusiva del Consejo de Participación Ciudadana Transitorio (EXTRAORDINARIO) y feneció cuando dicho organismo concluyo (sic) sus funciones; por lo tanto no tendría competencia ordinaria para dejar sin efecto el encargo realizado conforme a lo prescrito en el artículo 15 ibídem, mientras no se cumpla la condición establecida en la referida norma; esto es, mientras el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no convoque al concurso y designe a la máxima autoridad de la Defensoría del Pueblo después del concurso público, conforme ordena la ley.

³ LODP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 7 de 20 de febrero de 1997.

⁴ Resolución No. CPCCS-PLS-SG-055-E-2021-683 de 18 de septiembre de 2021.

⁵ Publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 5 de 17 de febrero de 2022.

(...)

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

(...) 4.3. Por lo expuesto, conforme dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, corresponde al Defensor del Pueblo encargado ejercer la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo hasta la conclusión del respectivo concurso y designación del Defensor del Pueblo Titular. En consecuencia, según la misma norma legal, el Defensor del Pueblo encargado ejercerá sus funciones hasta que se cumpla la norma del artículo 15 *ibídem*; por lo tanto, no existe norma legal que faculte al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dejar sin efecto el encargo de la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo.

4.4. Conforme ordena el artículo 208, numeral 11 de la Constitución de la República, y artículos 5, numeral 6, y 55 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en ejercicio de sus competencias ordinarias, planificar y ejecutar el procedimiento para designar al titular de la Defensoría del Pueblo, periodo durante el cual el encargo no podrá ser modificado o quedar sin efecto mientras no se cumpla la condición establecida en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.”

1.4. De su parte, el informe jurídico de la Directora de Asesoría Jurídica y Patrocinio de la Secretaría Técnica del Comité de Coordinación de la FTCS, contenido en documento sin número de 17 de noviembre de 2022, que se acompañó a las consultas reformuladas, citó adicionalmente los artículos 207 y 208 de la CRE; 36, 37, 39, 55 y 73 de la LOCPCCS; 132 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA); 3, 5, 13 y 19 del Reglamento de Sesiones del Pleno del CPCCS Transitorio⁷ (en adelante Reglamento de Sesiones del CPCCS), en base a los cuales manifestó:

“V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no puede a través de la aplicación de la figura de la autotutela administrativa recogida en el Código Orgánico Administrativo o ninguna otra figura legal, revisar los actos administrativos aprobados dentro de los procesos de designación de autoridades sean estas designaciones temporales o definitivas. Esto para asegurar el principio de seguridad jurídica, de situaciones jurídicas consolidadas, y la responsabilidad que la Constitución ordena al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como institución pública respecto a sus decisiones.

⁶ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁷ Reglamento de Sesiones del CPCCS, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 214 de 4 de abril del 2018.

00405

2. El Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no puede sesionar sin antes encontrarse debidamente conformado, es decir sin que se encuentren debidamente designados y posesionados los (sic) 7 consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; pues el Pleno como órgano de gobierno debe conformarse de acuerdo con la ley para que pueda ejercer las potestades que le corresponden y por ende sus resoluciones surtan efectos jurídicos”.

1.5. De lo expuesto se observa que los informes jurídicos de la DP y de la FTCS coinciden en señalar que no existe norma que asigne al CPCCS atribución para, mediante autotutela o cualquier otra figura, revisar las designaciones efectuadas una vez concluidos los procesos de designación de autoridades temporales o definitivas, esto con el fin de asegurar el principio de seguridad jurídica.

Agrega la DP que corresponde al Defensor del Pueblo, encargado, ejercer la primera autoridad de dicho organismo hasta la conclusión del correspondiente concurso y la designación de su titular, y reitera que no existe norma legal que faculte al CPCCS a dejar sin efecto el encargo realizado al amparo del artículo 15 de la LODP.

Finalmente, la FTCS considera que el Pleno del CPCCS no puede sesionar sin antes estar debidamente conformado, esto es, que sus miembros se encuentren designados y posesionados.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan las consultas, que se atenderán en forma conjunta por versar sobre la aplicación de las normas que confieren al CPCCS atribución para la designación de quien deba ejercer por encargo la Defensoría del Pueblo, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* competencia y procedimiento para la designación de autoridades por el CPCCS, entre ellas el Defensor del Pueblo; *ii)* funcionamiento del Pleno del CPCCS como órgano colegiado; *iii)* alcance de la potestad revisora de oficio; y, *iv)* causas de ausencia definitiva de los servidores públicos y los procedimientos previstos por la ley, específicamente por el artículo 15 de la LODP.

2.1. Competencia y procedimiento para la designación de autoridades por el CPCCS, entre ellas el Defensor del Pueblo.-

El inciso primero del artículo 207 de la CRE dispone que el CPCCS “designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley”; en igual sentido, el numeral 11 del artículo 208 *ibidem* incluye entre los deberes y atribuciones de ese organismo el designar a la primera autoridad de “la Defensoría del Pueblo,



Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente”, en armonía con lo previsto en el numeral 6 del artículo 5 de la LOCPCCS (el resaltado me corresponde).

Sobre la competencia constitucional del CPCCS para la designación de autoridades, la Corte Constitucional, en Dictamen No. 10-19-RC/20⁸ de 22 de enero de 2020 ha enfatizado lo siguiente:

“64. En tal virtud, se desprende que **la designación de autoridades constituye una de las varias atribuciones constitucionalmente otorgadas al CPCCS**, pues además tiene la facultad de promover e incentivar el ejercicio de los derechos de participación ciudadana e impulsar mecanismos de control social respecto de asuntos de interés público” (el resaltado me corresponde).

En efecto, la designación que hace el CPCCS de las respectivas autoridades implica un ejercicio directo de competencias constitucionales, previstas en los artículos 208, numerales 10 (primeras autoridades de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias), 11 (primeras autoridades de la DP, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado) y 12 (miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura), en concordancia con los artículos 210, 213 y 236 de la CRE. Si bien el procedimiento que se debe aplicar para efectuar tales designaciones se desarrolla por la ley o incluso por reglamentos emitidos por dicho Consejo, la competencia de designación como tal es constitucional. Es decir, el acto de designación de las autoridades antes referidas constituye el ejercicio de una competencia constitucional.

Con relación a los procesos de designación de las autoridades y de los representantes ciudadanos que se atribuyen al CPCCS, según el artículo 209 de la CRE y el inciso segundo del artículo 55 de la LOCPCC se harán por medio de las comisiones ciudadanas que deberán conformarse para el efecto, excepto para designar a las autoridades que provienen de ternas presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

De acuerdo con el artículo 72 de la LOCPCCS: **“Las Comisiones Ciudadanas de Selección llevarán a cabo el concurso público de oposición y méritos y los procesos de veeduría e impugnación para designar a las autoridades”** y demás representantes, de

⁸ Dictamen publicado en el Registro Oficial No. 63 de 6 de agosto de 2020.

00405

acuerdo con la CRE, la ley y el reglamento establecido para el efecto (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 73 de la LOCPCCS determina que una vez concluido el proceso de selección de autoridades, las comisiones de selección remitirán al Pleno del CPCCS un informe con los resultados de su trabajo, a fin de que éste *“designe a quienes hayan obtenido la mayor puntuación en el concurso”* asegurando la paridad entre mujeres y hombres y la inclusión de al menos un postulante proveniente de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos o montubios de conformidad con esa ley; y los *“designados del proceso de ternas dependiendo del caso”*.

El segundo inciso del mencionado artículo 73 de la LOCPCCS agrega que los informes de las comisiones de selección son vinculantes y que el CPCCS no podrá alterar las valoraciones resultantes del concurso realizado por dichas comisiones, ni el orden de los resultados del concurso, ni modificar las valoraciones de los postulantes para la designación de autoridades por concurso de oposición y méritos como para las que se utilicen ternas. En este contexto, el inciso final del mismo artículo señala que: *“El Consejo remitirá a la Asamblea Nacional la nómina de las nuevas autoridades seleccionadas para la posesión respectiva”*. Para el caso del Defensor del Pueblo, el artículo 73 de la LOCPCCS se debe entender en armonía con los artículos 120 numeral 11 de la CRE y 8 de la LODP.

Por lo tanto, la designación de las autoridades previstas en la CRE por parte del CPCCS constituye una parte de un proceso, que inicia con la conformación de las comisiones de selección o con la presentación de las ternas, según sea el caso, continúa con la designación por el CPCCS, y concluye con la posesión de las autoridades electas ante la Asamblea Nacional, siendo las tres actuaciones competencias expresamente asignadas por la CRE a cada uno de los órganos de las Funciones del Estado que participan en el proceso.

De lo manifestado se observa que: *i)* Corresponde al CPCCS designar, entre otras autoridades, al Defensor del Pueblo, una vez que se hubieren cumplido las fases del respectivo proceso de selección, que involucra a su vez la actuación de distintos órganos de dos Funciones del Estado, la de Transparencia y Control Social, y la Legislativa, en ejercicio directo de competencias constitucionales, que se desarrollan por la ley; *ii)* Las autoridades designadas por el CPCCS deben ser posesionadas por la Asamblea Nacional; *iii)* En el caso del Defensor del Pueblo, el proceso de selección se realiza a través de la comisión ciudadana conformada para el efecto, cuyo informe sobre los resultados del proceso es vinculante para el CPCCS.



2.2. Funcionamiento del Pleno del CPCCS como órgano colegiado.-

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 9 de la Función Legislativa⁹ (en adelante LOFL), es atribución de la Asamblea Nacional poseer, entre otras autoridades, a las y los miembros del CPCCS.

Por su parte, el artículo 53 del COA dispone que los órganos colegiados se sujetan a lo dispuesto “en su regulación específica”.

El artículo 1 del Reglamento de Sesiones del CPCCS, al establecer su ámbito, señala que “norma el funcionamiento y organización de las sesiones del Pleno” del CPCCS, que según su artículo 3 “es el máximo órgano de decisión” integrado por “siete consejeros principales y los respectivos consejeros suplentes en el evento que reemplacen a los principales en los términos que dispone la ley”.

Respecto al funcionamiento del Pleno del CPCCS, según el artículo 13 del Reglamento de Sesiones del CPCCS “**Se declara instalada la sesión del Pleno con la presencia de la mayoría absoluta, es decir cuatro de los siete consejeros principales integrantes**” (el resaltado me corresponde). El artículo 18 ibídem precisa que cualquier consejero que hubiere participado en una sesión “puede plantear en la misma o en la siguiente la reconsideración de las mociones aprobadas por el Pleno”, en cuyo caso se requerirá el apoyo de tres de los consejeros principales y para ser aprobada se requerirá de cinco votos, resaltando que: “Las resoluciones adoptadas por unanimidad podrán ser revocadas únicamente de la misma forma”. Finalmente, el artículo 19 del referido reglamento prevé que: “Las resoluciones que se adopten en cada sesión entrarán en vigencia en el momento de dicha aprobación”.

2.3. El alcance de la potestad revisora de oficio.-

De conformidad con lo previsto en el artículo 173 de la CRE “**los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial**” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 1 del COA, al referirse a su objeto, señala que “regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector

⁹ LOFL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009.

00405

público". En este sentido, el artículo 14 ibídem, en relación al principio de juridicidad prescribe que: *"La actuación administrativa se somete a la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código"*. De manera concordante, el inciso primero del artículo 18 del COA, relativo al principio de interdicción de la arbitrariedad, establece que los organismos que integran el sector público *"deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias"* (el resaltado me corresponde).

Respecto a la naturaleza de los actos administrativos, el artículo 98 del COA los define como *"la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa"*. Al efecto, el artículo 99 ibídem contempla cinco requisitos para la validez de los actos administrativos, a saber: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación.

En ese contexto se observa que el artículo 65 del COA establece que: *"La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado"* (el resaltado me corresponde).

En cuanto a la posibilidad de declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo, el inciso primero del artículo 106 del COA dispone que las administraciones públicas lo podrán hacer *"mediante el ejercicio de la potestad de revisión"*. En este contexto, el inciso primero del artículo 132 ibídem prevé que, con independencia de los recursos previstos en ese código, *"el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada"* (el resaltado me corresponde).

Sobre la aplicación del citado artículo 132 del COA, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 00982 de 5 de octubre de 2018, este organismo concluyó que:

"(...) es pertinente aclarar que, por el principio de legalidad, la revisión de oficio como toda potestad pública debe observar los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 132 del COA, se puede ejercer cuando objetivamente existan causas de nulidad no convalidables en el acto administrativo y razones de orden público que justifiquen su ejercicio, así como otros límites jurídicamente razonables como, por ejemplo, la cosa juzgada y el principio de igualdad (...)" (el resaltado me corresponde).



La potestad revisora contemplada en el citado artículo 132 otorgada a la Administración Pública, por su naturaleza, directamente vinculada con la seguridad jurídica, únicamente se puede ejercer bajo las condiciones que el ordenamiento jurídico establece para cada organismo o Función del Estado. En este contexto, se observa que en los procedimientos de selección de las autoridades a su cargo el CPCCS no tiene competencia constitucional ni habilitación legal directa ni específicamente asignada para dejar sin efecto los actos de designación. El CPCCS únicamente tiene competencia, directamente atribuida por el texto constitucional, para designar las autoridades expresamente establecidas.

Adicionalmente, se debe considerar que el CPCCS Transitorio sí tuvo la competencia de cese anticipado de funciones de aquellas autoridades en cuya selección y/o designación tenía participación directa o indirecta, en virtud de una atribución expresa, específica y temporal de competencias extraordinarias conferida a dicho organismo, de conformidad con el Referéndum Constitucional celebrado el 4 de febrero de 2018. Al respecto, la Corte Constitucional, en el citado Dictamen No. 2-19-IC/19 de 7 de mayo de 2019 señaló:

“VI. Decisión

(...)

- a. Mediante el ‘Régimen de transición del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social’, el pueblo ecuatoriano dotó de competencias ordinarias y extraordinarias al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio. Las competencias extraordinarias de dicho ente comprenden: **a.** la evaluación de autoridades y cese anticipado de sus funciones; y, **b.** la selección y/o designación de sus reemplazantes. Estas se ejercen en relación a las autoridades en cuya selección y/o designación tiene participación directa o indirecta” (el resaltado corresponde al texto original y el subrayado me corresponde).

A lo expuesto cabe agregar que, la potestad de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, inherente al régimen de autotutela de la administración pública tiene límites, entre otras cosas, en los asuntos que afecten al “orden público”.

Componentes indiscutibles del «orden público» son los derechos subjetivos de rango constitucional y, entre éstos, el de participación ciudadana, a los que se refiere el artículo 95 de la CRE, que dispone:

“Art. 95. - Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La

00405

participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria” (el resaltado me corresponde).

El derecho de participación ciudadana se ejerce, entre otros mecanismos, en el proceso de selección de autoridades de los órganos que enuncia la Constitución (Arts. 208, núm. 10, 11 y 12, en concordancia con los artículos 210, 213 y 236 de la CRE), a través de comisiones ciudadanas y los sistemas de veeduría e impugnación que prescribe la LOPCCS:

“Art. 55.- Organización.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para cumplir sus funciones de designación, organizará comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la designación de las siguientes autoridades: Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y las demás necesarias para designar a las y los miembros de otros cuerpos colegiados de las entidades del Estado de conformidad con la Constitución y la ley.

Todas las designaciones tanto de autoridades como de representantes ciudadanos que se deleguen al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se harán **a través de los procesos de selección por medio de las comisiones ciudadanas que deberán conformarse para el efecto**, excepto para designar a las autoridades que provienen de ternas presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

El desarrollo de los procesos de veeduría e impugnación ciudadana para la designación del Procurador General del Estado y de las o los Superintendentes, de las ternas enviadas por la Presidenta o Presidente de la República, serán efectuados directamente por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* Toda actuación administrativa se somete a la Constitución y la ley; *ii)* Los actos administrativos constituyen una declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos; *iii)* Las administraciones públicas pueden declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión, únicamente cuando existan causas de nulidad no convalidables y bajo las condiciones y límites de dicha facultad y conforme a las competencias que el ordenamiento jurídico confiera al respectivo organismo; *iv)* De los textos normativos resulta evidente que el CPCCS, en la expedición de los actos de designación de autoridades, sea a través de las comisiones



ciudadanas en determinadas designaciones o, en forma directa, ejerciendo la veeduría e impugnación en el caso de ternas propuestas por el ejecutivo, garantiza institucionalmente el derecho constitucional de participación ciudadana, tal como lo dispone el artículo 95 de la CRE; y v) Por esta razón, los actos de designación de autoridades que el CPCCS emite, garantizando institucionalmente el ejercicio del derecho constitucional de participación ciudadana que, obviamente, integra el orden público, están excluidos de la potestad de revisión atribuida a la administración pública, pues, si la ley atribuyera competencia al órgano administrativo para que, en forma unilateral, pueda declararlos nulos e ineficaces, vaciaría de contenido al derecho de participación ejercido, lo que significaría una contradicción con el rol de garante que la CRE le asigna.

2.4. Causas de ausencia definitiva de los servidores públicos y los procedimientos previstos por la ley, específicamente por el artículo 15 de la LODP.-

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

En este contexto, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público¹⁰ (en adelante 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 Función de Transparencia y Control Social (en adelante FTCS), dentro de la cual consta la DP, según el inciso final del artículo 204 de la CRE.

De acuerdo con el artículo 47 de la LOSEP, son causas de ausencia definitiva de un servidor público, en general, aquellas que producen su cesación, especificando las siguientes:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;
- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente;
- c) Por supresión del puesto;
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada;
- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción;
- f) Por destitución;
- g) Por revocatoria del mandato;

¹⁰ LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

00405

- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición;
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización;
- j) Por acogerse al retiro por jubilación;
- k) Por compra de renunciaciones con indemnización;
- l) Por muerte; y,
- m) En los demás casos previstos en esta ley”.

Adicionalmente, respecto de las autoridades sujetas a control político cabe considerar que el inciso primero del artículo 131 de la CRE establece que la Asamblea Nacional puede enjuiciar políticamente a las autoridades señaladas en esa norma¹¹, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la CRE y la ley, en concordancia con lo previsto en el numeral 12 del artículo 9 de la LOFL. El inciso final del citado artículo 131 de la CRE precisa además que la censura “*producirá la inmediata destitución de la autoridad*”.

Es decir que la competencia constitucional del CPCCS de designar autoridades observando estrictamente el respectivo proceso de selección, que culmina con su posesión ante la Asamblea Nacional, tiene su contrapartida lógica en la competencia, también constitucional, de destituir a dichas autoridades únicamente a través de juicio político. Al respecto, cabe considerar que sobre el cese de ocho vocales del ex Tribunal Constitucional sin observar el procedimiento de juicio político, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 28 de agosto de 2013¹² consideró lo siguiente:

“176. De otro lado, la prueba disponible indica que **la única forma mediante la cual era posible cesar al Tribunal Constitucional era a través de un juicio político**, de conformidad con lo establecido por el artículo 275 de la Constitución de 1998 (supra párr. 50). Al respecto, el perito Ávila Linzán, propuesto por el Estado, explicó que el artículo 275 de la Constitución de 1998 no ‘establec[ía] ninguna forma de remoción o ‘cesación’ del cargo, sin embargo cont[enía] una norma de remisión en la frase: ‘Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones’. Asimismo, el perito Ávila indicó que, si bien el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Función Judicial establecía los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, esta norma ‘no inclu[ía], en todo caso, un efecto explícito para el caso en que una/un vocal del [Tribunal Constitucional] estuviera inmerso en una de las causales de no cumplir un requisito, inhabilidad, incapacidad o prohibición’. Por lo tanto, según el perito

¹¹ Ministros de Estado, máximas autoridades de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, DP, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, del CPCCS y de las demás autoridades que la Constitución determine.

¹² Caso *Camba Campos y Otros vs. Ecuador*, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf



Ávila Linzán, el Congreso Nacional no tenía facultades constitucionales para ‘cesar’ a los vocales del Tribunal Constitucional fuera del marco de un juicio político.

(...)

200. Como la Corte ha señalado anteriormente, los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos con debidas garantías **o cuando se cumpla con el periodo de su cargo** (supra párr. 191). **La destitución no puede resultar una medida arbitraria, lo cual debe analizarse a la luz del marco jurídico nacional existente y las circunstancias del caso concreto**” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 15 de la LODP, sobre cuya aplicación tratan las consultas formuladas por el Defensor del Pueblo, encargado, en su primer inciso regula y diferencia los casos de ausencia definitiva y renuncia del Defensor del Pueblo, y establece, también de manera diferenciada el procedimiento de encargo para el primer caso (ausencia definitiva por causa distinta a la renuncia), y la subrogación por el Vicedefensor, para el segundo, esto es para el evento de renuncia del titular de la DP, de acuerdo con el tenor de dicha norma, que dispone:

“Art. 15.- Ausencias.- **En caso de ausencia definitiva** de la Defensora o Defensor del Pueblo, **el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social procederá a encargar a una persona quien ejercerá las funciones establecidas en la presente ley por el periodo que dure el proceso establecido para la selección y designación.** Únicamente en caso de renuncia aceptada por la Asamblea Nacional, asumirá el cargo la Vicedefensora o Vicedefensor por el tiempo que dure el proceso de selección y designación.

En caso de ausencia temporal de la Defensora o Defensor del Pueblo, lo reemplazará quien ejerza la Vicedefensoría. Se considerará ausencia temporal la enfermedad u otra circunstancia de fuerza mayor que le impida ejercer su función durante un periodo máximo de tres meses, o la licencia concedida por la Asamblea Nacional. Luego de vencido el plazo de tres meses, la ausencia se considerará definitiva” (el resaltado me corresponde).

Conforme se aprecia del texto normativo previamente transcrito, para el evento en el que la ausencia definitiva del Defensor del Pueblo provenga de una causa distinta a la renuncia, compete al CPCCS encargar la DP a una persona que ejercerá tales funciones **“por el periodo que dure el proceso establecido para la selección y designación”** (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* La LOSEP, de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública incluida

00405

la DP, regula los casos de cesación de funciones los servidores públicos en general; ii) Tratándose de autoridades sujetas a control político, la censura y destitución provenientes de juicio político, a las que se refiere el artículo 131 de la CRE, constituyen causa de cesación en las funciones y por tanto de ausencia definitiva; iii) De conformidad con el primer inciso del artículo 15 de la LODP, corresponde al CPCCS proceder al encargo del puesto de Defensor del Pueblo, cuya ausencia definitiva se hubiere producido por causa distinta a la renuncia. El Defensor del Pueblo, encargado, según la misma norma, ejercerá funciones hasta que el CPCCS concluya el proceso de designación del nuevo titular de la DP, a través de la comisión ciudadana conformada para el efecto; iv) El proceso de selección por el CPCCS de las autoridades previstas en la CRE está compuesto por varias fases en las que ejercen competencias constitucionales las funciones de Transparencia y Control Social, y Legislativa, que concluyen con la posesión de las autoridades designadas ante la Asamblea Nacional. En tal virtud, el proceso de designación de autoridades, en que interviene el CPCCS, es un conjunto de actos que involucra la intervención de varios órganos del poder público en ejercicio de sus competencias constitucionales; v) Las resoluciones aprobadas por el Pleno del CPCCS, dentro de los procedimientos de designación de autoridades, se encuentran reguladas expresamente por la CRE y la LOCPCCS, sin que pueda extenderse a ellas la potestad revisora de oficio prevista por el COA, en virtud de los principios de seguridad jurídica, juridicidad e interdicción de la arbitrariedad; y, vi) En la expedición de los actos de designación de autoridades, a través de las comisiones ciudadanas o en forma directa, ejerciendo la veeduría e impugnación en el caso de ternas propuestas por el ejecutivo, el CPCCS garantiza institucionalmente el derecho constitucional de participación ciudadana. En tal virtud, los actos de designación de autoridades que el CPCCS emite, garantizando institucionalmente el ejercicio del derecho constitucional de participación ciudadana, que integra el orden público, están excluidos de la potestad de revisión atribuida a la administración pública, pues una declaratoria unilateral de nulidad o ineficacia vaciaría de contenido al derecho de participación.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de las consultas formuladas por el Defensor del Pueblo, encargado, se concluye que de acuerdo con el primer inciso del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, la designación que efectúe el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de la persona que deba asumir por encargo las funciones de Defensor del Pueblo, en caso de ausencia definitiva del titular producida por causa distinta a la renuncia, según su tenor, rige hasta que concluya el proceso de selección de la nueva autoridad, sin que dicha disposición hubiere previsto mecanismos de revisión o revocatoria del encargo efectuado mientras se encuentre pendiente la mencionada condición establecida por ella.



Respecto a la primera consulta de la Secretaria Técnica de la Función de Transparencia y Control Social se concluye que las resoluciones aprobadas por el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en los procedimientos de designación de autoridades, temporales o definitivas, se encuentran reguladas por los artículos 55, 72 y 73 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sin que exista habilitación expresa que le atribuya a ese órgano colegiado competencia para revisar las designaciones efectuadas al amparo del artículo 132 del Código Orgánico Administrativo, en observancia de los principios de seguridad jurídica, juridicidad e interdicción de la arbitrariedad previstos en los artículos 14 y 18 íbidem. De igual manera se concluye que la potestad revisora de oficio de los actos administrativos por nulidad de pleno derecho está atribuida en forma genérica a la administración pública, pero, en razón de la materia, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social carece de competencia, de acuerdo a los artículos 55, 72 y 73 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuando se trata de los actos de designación de autoridades que fueron realizados a través de un proceso en que la ciudadanía ejerció su derecho de participación del cual el CPCCS fue el garante.

Finalmente, en atención a la segunda consulta de la Secretaria Técnica de la Función de Transparencia y Control Social, conforme al análisis efectuado en el numeral 2.2. de la presente absolución de consulta, se concluye que, previo a la instalación y constatación del quorum del Pleno de ese organismo, según el artículo 13 del Reglamento de Sesiones del Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, sus miembros deben estar debidamente posesionados conforme lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 00467

Quito, D.M., 21 DIC 2022

Señor magíster
Rommel Salazar Cedeño,
GERENTE GENERAL,
EMPRESA PÚBLICA DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS UG-EP.
Guayaquil. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. O-GG-UGEP-RS-2022-0198 de 9 de septiembre de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil el mismo día, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2022-00348 de 16 de septiembre de 2022, recibido el 19 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“Es procedente que las Instituciones del Estado soliciten Garantía de Buen uso (sic) del Anticipo a Empresas Públicas en consideración al Reglamento Promulgado (sic) por el Presidente Constitucional de la Republica (sic) del Ecuador Sr. Guillermo Lasso Mendoza, Art.261; y en consideración a lo que dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Capítulo (sic) III de Garantías en su Art.73?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 20363 y 20615 de 21 de septiembre y 7 de octubre de 2022, este organismo solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. El requerimiento de la Procuraduría General del Estado fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP a través de oficio No. SERCOP-CGAJ-2022-0096-OF de 25 de octubre de 2022, recibido en el correo institucional único de este organismo el 27 de los mismos mes y año.

1.2. El informe jurídico No. DJ-EPUG-2022-007-I de 10 de septiembre de 2022, suscrito por el Gerente Jurídico de la Empresa Pública de Obras, Bienes y Servicios UG-EP (en adelante UGEP), citó los artículos 11 numeral 4, 82, 226, 229, 233 y 288 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas² (en

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

² LOEP, publicada en el Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

adelante LOEP); 2, 4, 5, 73 y 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ (en adelante LOSNCP); y, 10 y 261 del Reglamento General⁴ a la LOSNCP (en adelante RLOSNCP), con fundamento en los cuales concluyó:

“3. ANÁLISIS JURÍDICO y CONCLUSIÓN.

(...) al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Capítulo III de Garantías en su Art. 73, dando contestación sobre las garantías solicitadas: La Empresa Pública ‘EP-UG’ no aplica a garantía alguna, basado en el Art (sic) 2 inciso 8 al considerarse como Empresa Pública Estatal” (el resaltado y subrayado corresponden al texto original).

1.3. De su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas invocadas por la empresa consultante, citó los artículos 425 de la CRE; 14 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante COA); 1, 10 numeral 17, 60, 74, 75, 76 y 99 de la LOSNCP; y, 260 del RLOSNCP, luego de lo cual concluyó:

“No se exigirán las garantías establecidas por la LOSNCP para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 según lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, derivados de los procedimientos de contratación de Régimen Especial” (el resaltado me corresponde).

1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la empresa consultante coincide con el criterio jurídico del SERCOP, al considerar que no se deben exigir las garantías establecidas por la LOSNCP en aquellos contratos previstos en el numeral 8 del artículo 2 de esa ley, derivados de los procedimientos de contratación de régimen especial, de acuerdo con la excepción constante en el antepenúltimo inciso del artículo 73 ibídem.

2. Análisis. -

El inciso primero del artículo 315 de la CRE prevé que el Estado constituirá empresas públicas para *“la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”*.

De su lado, el artículo 4 de la LOEP define a las empresas públicas como entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la CRE, *“personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión”*, destinadas a *“la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”*.

³ LOSNCP, publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴ RLOSNCP, publicada en el Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022.

⁵ COA, publicada en el Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

00467

El inciso primero del artículo 34 de la LOEP, ubicado en el TÍTULO V “DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS”, Capítulo 1 “DE LAS DISPOSICIONES GENERALES”, dispone que todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial.

Respecto al Régimen Especial, el numeral 3 del citado artículo 34 de la LOEP señala que en los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar “*será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable*”, y agrega que: “*En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*”.

En este contexto, el artículo 2 de la LOSNCP se refiere al régimen especial de contratación y determina que se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el RLOSNC, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

“8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, **con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias; y, los que realicen las empresas de economía mixta** en las que el Estado o sus instituciones hayan delegado la administración o gestión al socio del sector privado.

El régimen especial previsto en este numeral **para las empresas públicas** o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias **se aplicará únicamente para el giro específico del negocio;** en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública” (el resaltado me corresponde).

El artículo 4 de la LOSNCP dispone que para la aplicación de esa ley y de los contratos que de ella deriven “**se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional**” (el resaltado me corresponde). El artículo 5 ibídem establece que los procedimientos



00467

y los contratos sometidos a esa ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios de su artículo 4, y enfatiza la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución de los contratos.

Según el numeral 2 del artículo 9 de la LOSNCP, entre los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, consta el *“Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales”*. Al efecto, el inciso quinto del artículo 69 ibídem precisa que: *“Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes”* (el resaltado me corresponde).

El artículo 73 de la LOSNCP, materia de su consulta, prevé las formas de otorgamiento de garantías que los contratistas pueden rendir a favor de las entidades contratantes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y al efecto especifica en su antepenúltimo inciso que: *“No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley”* (el resaltado me corresponde).

Sobre el tema, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 03868 de 15 de diciembre de 2015, este organismo analizó lo siguiente:

“El párrafo posterior al numeral 5 del citado artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que: ‘No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley’. Es decir que **se exonera de la obligación de exigir garantías** establecidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública **en los contratos sujetos a esa Ley, que celebre el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias**, debiéndose entender que dicha exoneración procede en los contratos cuyo objeto corresponda a aquel que constituye el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecido en su artículo 1 (obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría).

Sobre esto último es importante considerar que las garantías a las que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son aquellas que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista respecto de la entidad contratante, en aquellos contratos cuyo objeto esté incluido en el ámbito de aplicación de esa Ley (obras, bienes y servicios).

En consecuencia, **la exoneración del otorgamiento de garantías que prevé el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere exclusivamente a aquellas que afianzan el buen uso del anticipo y el fiel cumplimiento del contrato**, que son las garantías reguladas por ese cuerpo normativo en sus artículos 74 y 75, respectivamente (...)” (el resaltado me corresponde).

00467

Respecto a la rendición de garantías, el primer inciso del artículo 260 del RLOSNCNP determina que: ***“En los casos que sea aplicable, previo a la firma del contrato administrativo se rendirán las garantías correspondientes, so pena de declararse como adjudicatario fallido al proveedor”*** por cuya culpa no se celebrare el contrato por no haberse rendido las garantías (el resaltado me corresponde). El segundo inciso del citado artículo 260 agrega que la garantía de buen uso de anticipo ***“se mantendrá vigente y se reducirá en la proporción que se vaya amortizando o se reciban provisionalmente las obras o bienes”***.

Al respecto, la letra b) del artículo 261 del RLOSNCNP, invocado en su consulta, dispone que: ***“En las contrataciones derivadas del régimen especial entre instituciones públicas no se exigirá garantía de fiel cumplimiento”*** (el resaltado me corresponde), limitando la excepcionalidad general establecida en el antepenúltimo inciso del artículo 73 de la LOSNCNP, que se refiere, en forma general, a las garantías previstas por esa ley.

En este sentido, resulta oportuno considerar que el principio de jerarquía de aplicación de las normas, previsto en el segundo inciso del artículo 425 de la CRE, dispone que: ***“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”***, en concordancia con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶ (en adelante LOGJCC), que al establecer los criterios aplicables para 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 resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* el artículo 34 de la LOEP regula los procesos de contratación de las empresas públicas y habilita, de ser el caso, la aplicación del régimen especial contemplado en la LOSNCNP; *ii)* de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCNP, en concordancia con lo examinado por este organismo, los contratos sujetos a esa Ley, que celebre el Estado con entidades del sector público o estas entre sí, incluidas las empresas públicas, no están obligadas a rendir las garantías ahí establecidas, por la excepción expresamente prevista por el penúltimo inciso del artículo 73 *ibídem*; y, *iii)* el artículo 261 del RLOSNCNP, respecto a las excepciones para la presentación de garantías, debe ser entendido en armonía con el antepenúltimo inciso del artículo 73 de la LOSNCNP, en el cual debe encontrar su fundamento, de acuerdo con el criterio de norma jerárquicamente superior.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 2 numeral 8 y 73 antepenúltimo inciso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los contratos sujetos al régimen especial que se celebren entre

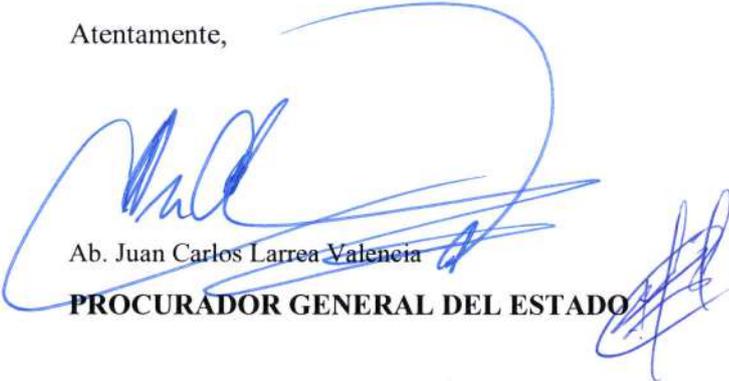
⁶ LOGJCC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.



entidades públicas, incluidas las empresas públicas, por la excepción prevista en forma expresa por el antepenúltimo inciso del artículo 73, no es exigible la garantía de buen uso del anticipo.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. María Sara Jijón Calderón,
Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

Ab. Marcelo Ernesto Vera Palacios
Director Regional I de la Procuraduría General del Estado (e)

Oficio No. 00468

Quito, D.M., 21 DIC 2022

Señor magíster
Esteban Remigio Bernal Bernal,
MINISTRO,
MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL (MIES).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MIES-MIES-2022-1918-O de 31 de octubre de 2022, y su alcance ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 2 de noviembre de 2022, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“(...) si se encuentra vigente el Decreto Supremo No. 184 de 07 de julio de 1944, y si es procedente otorgar descanso obligatorio el día del chofer el 24 de junio de cada año, para de esta manera, atender el requerimiento formulado por el Presidente del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Inclusión Económica y Social”.

1. Antecedentes. -

1.1. La Coordinadora General Administrativa Financiera del Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante MIES), en oficio No. MIES-CGAF-2022-0119-O de 15 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 27 de septiembre del presente año, planteó inicialmente la consulta, en atención de lo cual con oficios Nos. 20507 y 20851 de 3 y 27 de octubre de 2022, y de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió a referida funcionaria, que la consulta sea reformulada por el señor Ministro de Inclusión Económica y Social, máxima autoridad de esa Cartera de Estado y de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, lo que fue atendido mediante el oficio al cual se ha hecho referencia al inicio del presente y su alcance, por el que se remitió el informe jurídico.

1.2. En el oficio No. MIES-CGAF-2022-0119-O de 15 de julio de 2022, la Coordinadora General Administrativa Financiera del MIES refirió como antecedente la consulta planteada por esa secretaría de Estado al Ministerio de Trabajo (en adelante MDT) así como la respuesta abstentiva del Subsecretario Interinstitucional del Servicio Público Trabajo y Empleo:

“Con oficio No. MIES-MIES-2021-0953-O, de 22 de octubre de 2021, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, realizó la siguiente consulta al Ministerio del Trabajo:



¿Es o no procedente otorgar descanso obligatorio el día 24 de junio de cada año, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 184, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 65 del Código del Trabajo?

Con Oficio No. MDT-SISPTE-2021-0891-O, de 08 de noviembre de 2021, el doctor Guillermo Hernán Astudillo Ibarra, Subsecretario Interinstitucional de Servicio Público Trabajo y Empleo, emitió la siguiente respuesta a la consulta efectuada por el MIES:

(...) se determina que el Ministerio del Trabajo, conforme las competencias establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, Código del Trabajo y Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0102, absuelve consultas relacionadas sobre el alcance o las dudas que se presenten sobre disposiciones normativas contenidas en el Código del Trabajo, Ley Orgánica de Servicio Público, su Reglamento General, acuerdos ministeriales expedidos por esta cartera de Estado y demás normativa del trabajo. En este sentido, el artículo 2 del Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-102, indica que la materia de las consultas formales deberá referirse exclusivamente al régimen jurídico aplicable al Código del Trabajo y demás normativa de trabajo; sin embargo, de los antecedentes expuestos en su oficio Nro. MIES-MIES-2021-0953-O, se evidencia que su consulta se refiere a un caso particular, más no al régimen jurídico aplicable en materia laboral; por lo tanto, esta Cartera de Estado se abstiene de emitir un pronunciamiento sobre lo consultado.

Sin embargo, de manera general me permito manifestar que de conformidad a lo establecido en el artículo 65 del Código del Trabajo además de los sábados y domingos serán días de descanso obligatorio el 1 de enero, viernes santo, 1 y 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 y 3 de noviembre, 25 de diciembre, los días lunes y martes de carnaval, también lo serán los días festivos de cada circunscripción territorial y ramas de trabajo y los señalados en las correspondientes leyes especiales, por lo tanto corresponde al empleador a más de las fechas antes señaladas, determinar los días festivos dictados por la máxima autoridad del país o leyes especiales que hayan sido señalados como días de descanso obligatorio”.

1.3. Por su parte, el informe jurídico del MIES, contenido en memorando No. MIES-CGAJ-2021-0920-M de 22 de octubre de 2021, enviado como alcance a la consulta y recibido en el correo electrónico institucional único de este organismo el 2 de noviembre de 2022, en donde su Coordinador General de Asesoría Jurídica citó los siguientes artículos 66 numeral 4, 82, 226, 326 numeral 2 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 12, 37 y 39 del Código Civil² (en adelante CC); 65 del Código del Trabajo³ (en adelante CT); 128, 129, 130 y 131 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante COA); y, 1 y 2 del Decreto Supremo No. 184⁵, con fundamento en los cuales manifestó lo siguiente:

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

² CC, Codificación 10, publicado en el Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

³ CT, publicado en el Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

⁴ COA, publicado en el Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁵ Decreto Supremo No. 184, publicado en el Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 1944.

“El artículo 65 del Código del Trabajo hace un señalamiento puntual de cuáles son los días de descanso obligatorio y los casos especiales a considerar, identificándose en el presente caso que el día del chofer no está considerado dentro de lo establecido en el artículo 65, en consecuencia, no sería procedente su aplicabilidad, toda vez que el Decreto Ejecutivo No. 184 se contrapone con lo dispuesto en el mencionado artículo.

En este orden cabe señalar que cuando el artículo 65 habla de días de descanso obligatorio contemplados en leyes especiales, no se refiere a aquellos dispuestos en Decretos, sino en norma de carácter o nivel legal, sea orgánica u ordinaria.

(...)

Por consiguiente, se considera que el artículo 65 reconoce expresamente la validez y existencia de casos especiales de designaciones de días de descanso obligatorio, las mismas que deben ser aplicadas tal como la contemplada en el Decreto Supremo No. 184 que contiene la disposición de descanso obligatorio a los choferes de la República, como día del chofer el 24 de junio de cada año”.

1.4. De los criterios jurídicos citados se observa que el MIES considera que el artículo 65 del CT, que establece los días de descanso obligatorio, no incluye al día del chofer, según el Decreto Supremo No. 184. Por su parte, el Subsecretario Interinstitucional del Servicio Público Trabajo y Empleo, al abstenerse de atender el requerimiento del MIES, manifestó que corresponde al empleador determinar los días festivos dictados por la máxima autoridad del país o leyes especiales que hayan sido señalados como días de descanso obligatorio.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de sus consultas, que se atenderán conjuntamente por estar referidas a la misma materia, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* régimen jurídico aplicable a los obreros públicos y días de descanso obligatorio; *ii)* Análisis del Decreto Supremo No. 184, sus antecedentes y modificaciones; *iii)* sobre la vigencia y derogatoria de las leyes.

2.1. Régimen jurídico aplicable a los obreros públicos y días de descanso obligatorio.-

Como antecedente es oportuno considerar que de acuerdo con el tercer inciso del artículo 229 de la CRE “*Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo*”.

En ese orden de ideas, el artículo 9 del CT, sobre el concepto de trabajador manifiesta que es “*(...) La persona que se obliga a la prestación del servicio o la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero*”.



00468

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 10 del CT, el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales "(...) *aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago (...)*".

En ese contexto, el artículo 65, reformado del CT⁶, ubicado en el Capítulo V, "*De la Duración Máxima de la Jornada de Trabajo, de los Descansos Obligatorios y de las Vacaciones*", Parágrafo 2do, "*De las Fiestas Cívicas*", dispone cuáles son los días de descanso obligatorio nacional, sin que se refiera al día del chofer, según se aprecia del tenor de la mencionada norma, que dispone:

"Artículo 65.- Días de descanso obligatorio.- Además de los sábados y domingos, son días de descanso obligatorio los siguientes: 1 de enero, viernes santo, 1 y 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 y 3 de noviembre, 25 de diciembre y los días lunes y martes de carnaval.

Lo son también para las respectivas circunscripciones territoriales y **ramas de trabajo, los señalados en las correspondientes leyes especiales.**" (El resaltado me corresponde)

Similar previsión consta en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Servicio Público⁷, reformada (en adelante LOSEP), que establece los siguientes días de descanso obligatorio: 1 de enero, viernes santo, 1 de mayo, 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 y 3 de noviembre, 25 de diciembre y los días lunes y martes de carnaval; y agrega: "(...) *Excepto los días feriados que se puntualizan en este artículo, las demás fechas de recordación cívica no eximen de trabajo obligatorio*" (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se aprecia que los días de descanso obligatorio para los obreros del sector público son los establecidos por el artículo 65 reformado del CT, así como los que consten en leyes especiales, sin que otras fechas eximan del trabajo.

2.2. Análisis del Decreto Supremo No. 184, sus antecedentes y modificaciones.-

Respecto al tema materia de su consulta se observa que, mediante Decreto Supremo No. 110⁸ de 19 de junio de 1937 se consagró el 24 de junio de cada año como "*Día del Chofer*".

Luego, el artículo 1 del Decreto Supremo No. 184⁹ de 22 de junio de 1944, al que se refiere su consulta, reiteró: "*Declárese de descanso obligatorio para los Choferes de*

⁶ Art. 65 reformado por el Art. 1 de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial 906, de 20 de diciembre de 2016.

⁷ LOSEP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010. Disposición reformada por ley Orgánica Reformatoria a la LOSEP y al CT, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 906 de 20 de diciembre de 2016.

⁸ Decreto Supremo No. 110, publicado en el Registro Oficial No. 522 de 24 de junio de 1937.

⁹ Decreto Supremo No. 184, publicado en el Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 1944.

toda la República el 24 de junio de cada año 'Día del Chofer'", y su artículo 2 dispuso que "Los patronos de los Profesionales del Volante estarán obligados a pagar a éstos la remuneración íntegra que les corresponde por el indicado día, el cual, para tal efecto, será considerado como trabajo ordinario y de jornada realizada".

Con posterioridad a ello se expidió la Ley de Ejercicio Profesional de los Choferes Profesionales¹⁰, cuyo artículo 7 se remite al CT para efectos de regular las jornadas de trabajo de los choferes que presten servicios en relación de dependencia, en el ámbito público o privado, según se aprecia de su tenor, que dispone: "Todo chofer profesional que preste servicios profesionales en relación de dependencia, está sujeto a la jornada de trabajo, horas extras, horas suplementarias y extraordinarias contempladas en el Código del Trabajo".

Adicionalmente, se observa que en la mencionada ley especial no existe mención alguna al Decreto Supremo 184 como su fuente, ni disposición alguna relacionada con días de descanso obligatorio; por el contrario, hay remisión expresa al CT, en materia de jornadas de los choferes.

2.3. Sobre la vigencia y derogatoria de las leyes. -

Sobre las formas de derogar una ley, el artículo 37 del CC dispone que podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua, y "Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior". La derogación de una ley puede ser total o parcial.

El artículo 38 ibídem establece que la derogación tácita "deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley"; y, el artículo 39 ibídem prevé que "La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa".

Entre las fuentes que sirvieron de base para la codificación del CT no consta el Decreto Supremo 184, al que se refiere la consulta.

Finalmente se debe considerar que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional¹¹ "Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior".

Del análisis jurídico efectuado se desprende que: i) Los choferes profesionales que prestan servicios en relación de dependencia en las entidades del sector público se rigen por su ley especial; ii) la mencionada ley especial se remite al CT para regular las jornadas de trabajo de los choferes que presten servicios en relación de dependencia; iii) el CT y

¹⁰ LEPCP, publicada en el Registro Oficial No. 24 de 11 de septiembre de 1992.

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



00468

la LEPCP no establecen día de descanso obligatorio en beneficio de los choferes profesionales.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, los días de descanso obligatorio para los obreros públicos que presten servicios como choferes profesionales en las entidades del sector público son los establecidos por el artículo 65 reformado del Código del Trabajo, al que se remite en forma expresa el artículo 7 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Choferes Profesionales, sin que entre ellos conste el día del chofer declarado mediante el Decreto Supremo No. 184 de 7 de julio de 1944.

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

Atentamente,



Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec