



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Febrero 2024

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

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

Ab. Juan Carlos Larrea Valencia
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	1-feb-24	CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CESACIÓN DE FUNCIONES DE SERVIDORES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE PERÍODO FIJO	4
2	1-feb-24	CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CESACIÓN Y PRÓRROGA DE JUECES DE PERÍODO FIJO	13
3	5-feb-24	EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO APELACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL	21
4	5-feb-24	CONSEJO DE EDUCACION SUPERIOR EJERCICIO DE COMPETENCIAS	31
5	8-feb-24	EMPRESA PÚBLICA HIDROEQUINOCCIO PRESENTACIÓN DE PÓLIZA DE SEGUROS POR DAÑOS A TERCEROS	40
6	15-feb-24	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS REGLAS FISCALES	48
7	16-feb-24	CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE EXPRESIDENTES Y EXVICEPRESIDENTES	56
8	22-feb-24	MINISTERIO DE CULTURA Y PATRIMONIO PERÍODO Y REQUISITOS PARA DIRECTOR EJECUTIVO DEL INPC	66
9	22-feb-24	CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT - EP DICTAMEN DEL MINISTERIO DE FINANZAS Y CRÉDITO PÚBLICO	75
10	28-feb-24	EMPRESA PÚBLICA DE LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA AGROPECUARIA DE MANABÍ MANUEL FELIX LÓPEZ ESPAM RÉGIMEN ESPECIAL	83

Oficio N° 05426

Quito, D.M., 01 de febrero de 2024

Doctor

Iván Patricio Saquicela Rodas

REPRESENTANTE DE LA FUNCION JUDICIAL DEL ECUADOR

PRESIDENTE CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. 83-P-CNJ-2024, de 29 de enero de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“En consideración a que el periodo del actual Presidente de la Corte Nacional de Justicia, fenece el 5 de febrero de 2024, conforme la acción de personal que acompaño; y en el caso de que la o el nuevo Presidente de la Corte Nacional de Justicia no pueda ser elegido entre las y los jueces titulares de la Corte, al no alcanzarse los doce votos conformes para su designación, o al no poder instalarse la sesión por falta de quorum de al menos doce juezas o jueces nacionales titulares, tal como mandan los artículos 179 y 198 del Código Orgánico de la Función Judicial; ¿corresponde a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia que se encuentra en el ejercicio del cargo, desempeñar funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazado de acuerdo a lo establecido en los artículos 121 y 133 ibidem, en concordancia con el artículo 105 numeral 4.1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

1.1. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “CNJ”), remitido adjunto al oficio No. 205-2024-DAJCI-CNJ de 29 de enero de 2024, citó los artículos 182, 183, 226 y 229 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 38 numeral 1, 120 numeral 2, 121, 133, 179, 198, 199, 211, 283 inciso cuarto, 287 inciso cuarto y la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico de la Función Judicial² (en adelante, “COFJ”); 44 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³ (en adelante, “LOGJCC”); 3 y 47 letra e) de la Ley Orgánica del

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

² COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

³ COFJ, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Servicio Público⁴ (en adelante “LOSEP”); 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público⁵ (en adelante “RGLOSEP”); las Resoluciones No. 008-2021, No. 018-2021, No. 075-2023, No. 157-2023, No. 007-2024 y No. 009-2024 de 28 de enero y 2 de marzo de 2021, de 4 de mayo y 19 de septiembre de 2023 y 12 y 18 de enero de 2024, respectivamente, emitidas por el Consejo de la Judicatura (en adelante, “CJ”); las resoluciones sin número de 17 de diciembre de 2008⁶ mediante la cual se organizó la CNJ y No. 04-2017⁷ que contiene el “*Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia*”, emitidas por el Pleno de la CNJ; además de los pronunciamientos de este organismo contenidos en los oficios No. 12902, No. 03768, de 9 de noviembre de 2017 y de 14 de mayo de 2019; y el oficio No. 16583, de 18 de mayo de 2021, respectivamente; con fundamento en los cuales concluyó:

“4.- CONCLUSIÓN

(...)

De la relación de las disposiciones señaladas en líneas anteriores se puede colegir que frente a la imposibilidad de elegir al Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, la figura de la prórroga de funciones en los términos regulados en los artículos 121 y 133 del COFJ, en concordancia con el artículo 105 numeral 4.1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, le sería aplicable al actual Presidente de la Corte Nacional de Justicia a partir del 5 de febrero de 2024 (fecha en que fenece su actual periodo), por su calidad de servidor público en general, de servidor judicial en específico, de funcionario elegido para un período fijo que no ha sido legalmente reemplazado; y, de juez en materia de extradiciones, hábeas corpus y declaraciones jurisdiccionales previas.

Esta posibilidad está expresamente regulada en el COFJ para las máximas autoridades de la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, para quienes se reconoce la prórroga (arts. 283 y 287), es decir nuestra ley que regula la Función Judicial, nuevamente, a más de los artículos 121 y 133, expresamente reconoce la figura de la prórroga.

(...)

Para la situación excepcional tantas veces descrita no sería aplicable encargar la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, a la jueza o juez nacional titular más antiguo, pues el Código Orgánico de la Función Judicial así no lo prevé. Si bien esta figura de la antigüedad, es autorizada en la ley, lo está para otro

⁴ LOSEP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

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

⁶ Resolución de 17 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre de 2008.

⁷ Resolución No. 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017.

escenario, esto es el artículo 211 del COFJ que establece que en caso de ausencia de la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, le subrogará la jueza o el juez más antigua o antiguo, pero claramente entendemos que esta construcción responde a que, al contrario de lo que ocurre en la Corte Nacional de Justicia, en las Cortes Provinciales no existe la figura de la o el Presidente Subrogante.

Tampoco sería aplicable la resolución 04-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial suplemento No.962 de 14 de marzo de 2017, que contiene el Instructivo de sesiones del Pleno de la CNJ, en cuyo artículo 1 establece que únicamente para la dirección de las sesiones, en caso de impedimento o ausencia del titular, presidirá el primer Juez o Jueza subrogante y a su falta lo hará aquel o aquella que corresponda de acuerdo al orden de designación. Es evidente que el escenario que nos enfrenta el problema jurídico aquí planteado, no es la duda en cuanto a quien presidirá una sesión, ni a una ausencia o impedimento del Presidente, sino a la finalización del periodo del Juez Presidente de la Corte, cuyo reemplazo no prospere, en virtud de que el Pleno no lo elija, ya sea por falta de votos o por falta de quorum.”

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Elección y Designación del Presidente de la CNJ; ii) Cesación de Funciones de Servidores de la Función Judicial Sujetos a Período Fijo y Prórroga de Funciones; y, iii) Pronunciamientos Previos de este Organismo sobre las Excepciones a la Cesación de Funciones de Servidores en Puestos Sujetos a Período, Previstas en el Artículo 105 Reformado del RGLOSEP.*

2.1. Elección y Designación del Presidente de la CNJ.-

De conformidad con el artículo 177 de la CRE, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos. Al efecto, dicho artículo agrega que: *“La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia”.* Entre los órganos jurisdiccionales, el numeral 1 del artículo 178 ibídem contempla a la CNJ.

Al respecto, el artículo 182 de la CRE determina que la CNJ *“estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años”* los mismos que no podrán ser reelegidos y se renovararán por tercios cada tres años, precisando que: *“Cesarán en sus cargos conforme a la ley”.* Agrega el mismo artículo en su segundo inciso que: *“elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años”* (El énfasis me pertenece).

En concordancia, el artículo 170 del COFJ establece a la CNJ como un órgano jurisdiccional que, conforme el artículo 173 ibídem, “*estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas*”. Con relación al Pleno de la CNJ, el artículo 179 del COFJ, en su segundo inciso, prevé que: “*El quórum para la instalación y funcionamiento será de por lo menos doce juezas y jueces. El quórum para la toma de decisiones igualmente será de por lo menos doce votos conformes*”.

En cuanto a las funciones del Pleno de la CNJ, los numerales 6 y 8 del artículo 180 del COFJ incluyen el “6. *Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial*” y “8. *Ejercer las demás atribuciones que establecen la Constitución, la ley y los reglamentos*”.

Para la elección del Presidente de la CNJ, el artículo 198 reformado⁸ del COFJ determina lo siguiente:

“Art. 198.- Elección.- Las juezas y los jueces titulares elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la primera quincena del período correspondiente, por votación escrita y secreta, y durará en sus funciones tres años. En caso de impedimento o ausencia temporal, le subrogará la jueza o el juez designado en la misma sesión y del mismo modo; de haber dos o más nominados al mismo tiempo, la designación se desarrollará mediante sorteo realizado de modo transparente.

Si la ausencia es definitiva se convocará de inmediato al Pleno para elegir nueva Presidenta o al Presidente, quien únicamente completará el período” (El énfasis me pertenece).

Entre las funciones del Presidente de la CNJ, el artículo 199 del COFJ incluye las siguientes:

*“1. Representar a la Función Judicial. Esta representación no deberá entenderse como la representación legal que, para fines de administración y gobierno, le corresponde a la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura;
2. Elaborar la agenda, convocar y presidir el Pleno de la Corte Nacional de Justicia;
3. Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado; (...)*” (El énfasis me pertenece).

⁸ Artículo sustituido por el artículo 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345 de 8 de diciembre de 2020.

Adicionalmente, los numerales 6 y 10 del artículo 3 de la Resolución No. 04-2017 prevén como funciones del Pleno de la CNJ el “6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial” y “10. Elegir al Presidente/a titular de la Corte Nacional de Justicia, mediante votación escrita y secreta, sin perjuicio de que el Magistrado/a que lo desee firme su voto”.

Respecto de la elección del Presidente de la CNJ, el artículo 27 de la Resolución No. 04-2017 señala que:

“Art. 27.- Elección de Presidente/a de la Corte Nacional de Justicia.- Las juezas y jueces titulares elegirán de su seno a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia con al menos doce votos conformes, dentro de la primera quincena del periodo correspondiente, por votación escrita y secreta, sin perjuicio de que el Juez/a que lo desee firme su voto.

Una vez que se declare legalmente electo al Presidente/a, prestará la promesa en la misma sesión, ante el Pleno y entrará en ejercicio de sus funciones”.

De lo manifestado se desprende que: i) la CNJ es un órgano jurisdiccional de la Función Judicial; ii) corresponde al Pleno de la CNJ elegir a su Presidente, además de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u oscuridad de las leyes, mientras no se disponga lo contrario en ellas, las mismas que regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial; iii) el Presidente de la CNJ representa a la Función Judicial y ejerce las competencias previstas en el artículo 199 del COFJ; y, iv) la elección y designación del Presidente de la CNJ corresponde a los jueces titulares, para un período de 3 años.

2.2. Cesación de Funciones de Servidores de la Función Judicial Sujetos a Período Fijo y Prórroga de Funciones.-

El artículo 38 del COFJ prevé que: “Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial”, entre otros: “1. Las juezas y jueces; las conjuetas y los conjuetes, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel” (el énfasis me pertenece).

Así, el numeral 1 del artículo 40 del COFJ establece, dentro de la clasificación de los servidores de la Función Judicial, a los servidores titulares definidos como “Aquellos que han sido nombrados y posesionados para desempeñar un cargo constante en el distributivo de sueldos de la Función Judicial, con duración indefinida o a periodo fijo” (El énfasis me pertenece).

En cuanto a la cesación de funciones de los servidores de la Función Judicial⁹, el artículo 120 del COFJ determina que: “*cesa definitivamente en el cargo y deja de pertenecer a la Función Judicial*”, entre otras causales “2. *En el caso de la servidora o servidor nombrado para un determinado período o plazo, haberse cumplido el mismo, y al tratarse de servidores provisionales al momento en que el titular asuma la unidad*” (El énfasis me pertenece).

Por otra parte, el artículo 94 del COFJ – de manera general – establece que la subrogación procede cuando un servidor de la Función Judicial sustituye temporalmente en sus funciones a un superior jerárquico. Sobre la subrogación al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el artículo 198 *ibídem* establece que “*En caso de impedimento o ausencia temporal, le subrogará la jueza o el juez designado en la misma sesión y del mismo modo; de haber dos o más nominados al mismo tiempo, la designación se desarrollará mediante sorteo realizado de modo transparente. Si la ausencia es definitiva se convocará de inmediato al Pleno para elegir nueva Presidenta o al Presidente, quien únicamente completará el período.*” (el énfasis me pertenece). Respecto de lo antes citado, se precisa que la norma prevé el escenario de subrogación siempre que medie impedimento o ausencia temporal/definitiva; inclusive, al hablar de la ausencia definitiva, esta norma establece que el Pleno elegirá al nuevo Presidente, quien únicamente completará el período del ausente. En virtud de esto, mal podría considerarse esta normativa para el análisis en cuestión.

A continuación, el artículo 121 *ibídem* prevé que: “*La servidora o el servidor de la Función Judicial que hubiese cesado en el puesto desempeñará funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazado*” enfatizando que: “*aunque hubiese cesado en sus funciones, no quedará liberado de sus responsabilidades sino únicamente cuando haya entregado los archivos, documentos, bienes y depósitos que se hallaren en su poder y cuidado en razón del puesto*” (El énfasis me pertenece).

Al respecto, en oficio No. 02817, de 11 de julio de 2023, este organismo se pronunció sobre la aplicación de los artículos 120 numeral 2 y 121 del COFJ, cuyos textos conservan vigencia y regulan los casos en que, por excepción, se prorrogan las funciones de los servidores de la Función Judicial sujetos a período fijo luego de haberse producido la cesación y, en ese contexto, analizó y concluyó:

*“De lo manifestado se desprende que: i) los notarios se encuentran sujetos a un período fijo y no gozan de estabilidad, de acuerdo con el artículo 136 del COFJ, por lo que una vez cumplido dicho período, cesan en funciones, conforme al numeral 2 del artículo 120 *ibídem*; ii) los notarios pueden desempeñar funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazados, según lo dispuesto en el artículo 121 del COFJ y en las citadas resoluciones emitidas por el CJ (...).”*

⁹ COFJ, Título II “CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”, Capítulo VIII “CESACIÓN DE FUNCIONES Y REMOCIÓN”.

De lo expuesto se observa que: *i)* los jueces, conjuces y las personas que prestan sus servicios en la CNJ, son servidores de la Función Judicial; *ii)* los servidores titulares de la Función Judicial, nombrados y posesionados para desempeñar un cargo a periodo fijo, no gozan de estabilidad y cesan en funciones al cumplirse el período para el que fueron designados; y, *iii)* por excepción, en los casos en que haya concluido su período sin haber sido legalmente reemplazados, los servidores cesados de la Función Judicial desempeñarán funciones prorrogadas precisamente hasta que se produzca su reemplazo en la forma que la ley prescribe.

2.3. Pronunciamientos Previos de este Organismo sobre las Excepciones a la Cesación de Funciones de Servidores en Puestos Sujetos a Período, Previstas en el Numeral 4.1. del Artículo 105 del RGLOSEP.-

Conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 229 de la CRE, son servidores públicos *“todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*.

En este contexto, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, señala que dicha ley será de aplicación obligatoria *“en materia de recursos humanos y remuneraciones”*, a toda la administración pública, que incluye, según su numeral 1, a *“Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”*.

Sobre la aplicación de las excepciones a la cesación de funciones de servidores en puestos sujetos a período fijo, reguladas por el numeral 4.1. del artículo 105 del RGLOSEP, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado de manera reiterada en los siguientes términos:

i) Mediante oficio No. 12902, de 9 de noviembre de 2017, este organismo analizó y concluyó:

“(…) el numeral 4.1. del artículo 105 del Reglamento General a la LOSEP, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 190 de 18 de octubre de 2017, publicado en el Segundo suplemento del Registro Oficial No. 109 de 27 de octubre de 2017, que fue analizado al atender su primera consulta establece que por regla general la cesación de funciones de los servidores designados para ejercer un puesto sujeto a periodo, se produce de manera inmediata el día en que concluye el periodo para el cual fue designado; y, prevé dos excepciones a esa regla.

Las excepciones previstas en el numeral 4.1. del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP, cuyo texto se transcribió en los antecedentes, se configura cuando la ley no ha previsto un servidor que lo reemplace o a pesar

de estar previsto, este puesto se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente; y, cuando el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, eventos para los cuales por disposición de la misma norma, no podrán separarse del desempeño de su puesto hasta que concluya el proceso de selección y se posesione el servidor que resultare electo.

(...)

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

ii) Mediante oficio No. 03768, de 14 de mayo de 2019, este organismo concluyó:

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

Finalmente, mediante oficio No. 01446, de 19 de abril de 2011, este organismo se pronunció sobre la aplicación de la letra d) del artículo 83 de la LOSEP¹⁰ y el artículo 42 numeral 1 del COFJ¹¹, cuyos textos conservan vigencia. El referido pronunciamiento analizó y concluyó:

¹⁰ LOSEP, “Art. 83.- *Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a: (...) d) Las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contralora General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarias y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las notarías; (...)*”

¹¹ COFJ, Sección II “CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”, “Art. 42.- *Carreras de la Función Judicial.- Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación: 1. Quienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional; (...)*”.

“El artículo 83 de la LOSEP, cuya parte pertinente se ha transcrito, excluye del ‘sistema de la carrera del servicio público’ que regula esa Ley, a distintas clases de servidores públicos, como aquellos que ocupan cargos de libre remoción, o dignatarios de elección popular, que no están protegidos por ningún sistema de carrera; pero también excluye a servidores sujetos a carreras especiales como los miembros de la Fuerza Pública, del servicio exterior, docentes y los servidores judiciales, entre otros.

(...) los servidores judiciales que no pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional sino a la carrera judicial administrativa, quedan sujetos al Código Orgánico de la Función Judicial y subsidiariamente, esto es en todo lo no previsto en el mismo, a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, actual Ley Orgánica del Servicio Público.

(...)

Los jueces, en las distintas materias y grados, son servidores judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales y por tanto no pertenecen a la carrera judicial administrativa, lo que determina que estén excluidos de la carrera el servicio público de conformidad con la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 42 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (...).”

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 120 numeral 2 y 121 del Código Orgánico de la Función Judicial, por excepción, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, servidor de la Función Judicial sujeto a un período fijo, podrá desempeñar funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazado, a fin de garantizar la representación institucional correspondiente.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 05428

Quito, D.M., 01 de febrero de 2024

Doctor
Iván Patricio Saquicela Rodas
REPRESENTANTE DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
PRESIDENTE CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. 85-P-CNJ-2024, de 29 de enero de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“Para el caso de juezas y jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia que cumplan el período para el cual fueron designados y no sean legalmente reemplazados por nuevos jueces y juezas titulares; con el fin (sic) garantizar la continuidad del servicio de justicia, esta Presidencia, ¿debe disponer su remplazo (sic) en los términos establecidos en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial; o, corresponde la prórroga de sus funciones, conforme lo establece el artículo 133 del Código Orgánico de la Función Judicial por parte de la autoridad competente?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

1.1. El informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “CNJ”), adjunto al oficio No. 206-2024-DAJCHI-CNJ, de 29 de enero de 2024, citó los artículos 182 y 183 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 42, 120 numeral 2, 121, 133, 136, 154 numeral 3, 173, 174, 176, 182, 183 y 201 del Código Orgánico de la Función Judicial² (en adelante, “COFJ”); 18 numerales 1 y 5 del Código Civil³ (en adelante “CC”); y, las Resoluciones No. 047-2020, No. 008-2021, No. 018-2021, No. 075-2023, No. 157-2023, No. 007-2024 y No. 009-2024, de 14 de mayo de 2020, 28 de enero y 2 de marzo de 2021, de 4 de mayo y 19 de septiembre de 2023 y de 12 y 18 de enero de 2024, respectivamente, emitidas por el Consejo de la Judicatura (en adelante, “CJ”); con fundamento en los cuales concluyó:

“4.- CONCLUSIÓN

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

² COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

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

(...) de la revisión del COFJ no se observa norma alguna que prevea como excepción a la prórroga de funciones a los jueces, juezas, conjucees y conjucezas de la Corte Nacional de Justicia que hayan cesado en sus cargos. De hecho, siguiendo la interpretación sistemática, tampoco se observa que exista norma alguna que prevea como competencia de las y los conjucees suplir a las juezas y jueces nacionales que cumplieron su período.

Las y los conjucees únicamente reemplazan a los jueces durante su período, no culminado este, tal y como lo prevé el artículo 173.1 del COFJ.

(...)

Adicionalmente, es importante mencionar que quizás no deberíamos confundir el alcance de los artículos 174 y 201 del COFJ que permite que se sortee un conjuce por 'ausencia' del juez -esto es un tema temporal, y parte de la idea de que existe un juez titular- o 'impedimento' que puede ser excusa, recusación o impedimento legal-. Esto no es asimilable a la cesación de periodo, porque de ser así la ley hubiese dicho en caso de 'cesación' o 'culminación del periodo'. La cesación de un período no es una ausencia temporal ni un impedimento.

(...)

Para concluir, es importante advertir que este problema se produciría debido a que el concurso para seleccionar a los nuevos jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia no se logró realizar con la debida antelación por los problemas que son de público conocimiento. El concurso debía efectuarse de manera previa de tal forma que su conclusión coincidiera con la culminación del periodo de los otros, conforme le artículo 176 del COFJ: (...)"

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Renovación Parcial de la CNJ; ii) Cesación de Funciones de Servidores de la Función Judicial Sujetos a Período Fijo y Prórroga de Funciones; iii) Pronunciamientos Previos de este Organismo sobre las Excepciones a la Cesación de Funciones de Servidores en Puestos Sujetos a Período.*

2.1. Renovación parcial de la CNJ.-

De conformidad con el artículo 177 de la CRE, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos. Al efecto, dicho artículo agrega que: *"La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo*

necesario para la adecuada administración de justicia”. Entre los órganos jurisdiccionales, el numeral 1 del artículo 178 ibídem contempla a la CNJ.

Al respecto, el artículo 182 de la CRE determina que la CNJ *“estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años”* los mismos que no podrán ser reelectos y se renovararán por tercios cada tres años, precisando que: *“Cesarán en sus cargos conforme a la ley”*.

En concordancia, el artículo 170 del COFJ establece a la CNJ como un órgano jurisdiccional que, conforme el artículo 173 ibídem, *“estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas”*.

El artículo 173.1⁴ del COFJ, en cuanto a la renovación parcial de la CNJ, prevé las siguientes reglas:

“1. Las y los jueces que hayan cumplido nueve años cesarán en su cargo de forma inmediata.

2. En caso de cesación de una jueza o juez por las causales previstas en este Código antes de cumplir nueve años en funciones, será reemplazado por la conjuera o el conjuer especializado mejor puntuado en la última evaluación dirigida por el Consejo de la Judicatura, quien cumplirá sus funciones hasta terminar el período correspondiente al de la jueza o juez cesado. En caso de no aceptar la conjuera o el conjuer especializado dicha designación, se nombrará al siguiente mejor puntuado” (El énfasis me pertenecen).

El artículo 174 ibídem establece que el reemplazo temporal se produce *“En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos”*. Al efecto, *“la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjuera o conjuer para que lo reemplace”* (El énfasis me pertenece).

Respecto de la designación de los jueces de la CNJ, el artículo 176 del COFJ señala que el CJ realizará los concursos de oposición y méritos *“con la debida anticipación a la fecha en que deben cesar en sus funciones los respectivos grupos; para que en la fecha que cese cada grupo entren a actuar quienes deban reemplazarlos”*.

De lo manifestado se desprende que: *i) la CNJ es un órgano jurisdiccional de la Función Judicial integrado por 21 jueces organizados en salas especializadas, designados para un período de nueve años; ii) los jueces que hayan cumplido nueve años cesarán en su cargo de forma inmediata; iii) en los casos en que los jueces cesen en funciones, antes de que*

⁴ Artículo agregado por el artículo 40 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345 de 8 de diciembre de 2020.

se cumpla el periodo para el que fueron designados, serán reemplazados por el conjuer especializado mejor puntuado en la última evaluación dirigida por el CJ, hasta terminar el período correspondiente; iv) para los casos de ausencia o impedimento de un juez, que deba actuar en determinados casos, el Presidente de la CNJ llamará, previo el sorteo respectivo a un conjuer para que lo reemplace; y, v) corresponde al CJ realizar los concursos de oposición y méritos *“con la debida anticipación a la fecha en que deben cesar en sus funciones los respectivos grupos; para que en la fecha que cese cada grupo entren a actuar quienes deban reemplazarlos”*.

2.2. Cesación de funciones de servidores de la Función Judicial sujetos a período fijo y prórroga de funciones.-

El artículo 38 del COFJ prevé que: *“Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial”,* entre otros: *“1. Las juezas y jueces; las conjueras y los conjueres, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel”* (El énfasis me pertenece).

Así, el numeral 1 del artículo 40 del COFJ establece dentro de la clasificación de los servidores de la Función Judicial, a los servidores titulares definidos como *“Aquellos que han sido nombrados y posesionados para desempeñar un cargo constante en el distributivo de sueldos de la Función Judicial, con duración indefinida o a periodo fijo”* (El énfasis me pertenece).

En cuanto a la cesación de funciones de los servidores de la Función Judicial⁵, el artículo 120 del COFJ determina que: *“cesa definitivamente en el cargo y deja de pertenecer a la Función Judicial”,* entre otras causales *“2. En el caso de la servidora o servidor nombrado para un determinado período o plazo, haberse cumplido el mismo, y al tratarse de servidores provisionales al momento en que el titular asuma la unidad”* (El énfasis me pertenece).

A continuación, el artículo 121 ibídem prevé que: *“La servidora o el servidor de la Función Judicial que hubiese cesado en el puesto desempeñará funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazado”* enfatizando que: *“aunque hubiese cesado en sus funciones, no quedará liberado de sus responsabilidades sino únicamente cuando haya entregado los archivos, documentos, bienes y depósitos que se hallaren en su poder y cuidado en razón del puesto”* (El énfasis me pertenece).

Al respecto, en oficio No. 02817, de 11 de julio de 2023, este organismo se pronunció sobre la aplicación de los artículos 120 numeral 2 y 121 del COFJ, cuyos textos conservan vigencia y regulan los casos en que, por excepción, se prorrogan las funciones de los

⁵ COFJ, Título II “CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”, Capítulo VIII “CESACIÓN DE FUNCIONES Y REMOCIÓN”.

servidores de la Función Judicial sujetos a período fijo luego de haberse producido la cesación y, en ese contexto, analizó y concluyó:

“De lo manifestado se desprende que: i) los notarios se encuentran sujetos a un período fijo y no gozan de estabilidad, de acuerdo con el artículo 136 del COFJ, por lo que una vez cumplido dicho período, cesan en funciones, conforme al numeral 2 del artículo 120 ibídem; ii) los notarios pueden desempeñar funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazados, según lo dispuesto en el artículo 121 del COFJ y en las citadas resoluciones emitidas por el CJ (...).”

Adicionalmente, el COFJ, en el Título III “**ÓRGANOS JURISDICCIONALES**”, Capítulo I “**REGLAS GENERALES**”, Sección I “**DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A JUEZAS Y JUECES**”, en su artículo 133 contempla que: “Las juezas y jueces y las conjuezas y conjueces, aunque hubiesen cesado en el puesto, continuarán desempeñándolo hasta ser legalmente reemplazados, salvo los casos expresamente señalados por la ley” (El énfasis me pertenece).

En el mismo título y capítulo, la Sección II “**REQUISITOS PARA SER JUEZA O JUEZ**” en su artículo 134, inciso segundo, prevé que para ser juez de la CNJ “*se deberá cumplir además los requisitos puntualizados en el artículo 175 de este Código*” y, en el inciso cuarto, agrega que para ser conjuez “*se deberá reunir los mismos requisitos que para ser jueza o juez del órgano judicial en que desempeñará sus funciones*”. Adicionalmente, el artículo 136 ibídem establece una garantía de estabilidad a los servidores de la Función Judicial, entre ellos los jueces, excluyendo expresamente de esa garantía a “*las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia y más servidoras y servidores judiciales a quienes expresamente se les fije un periodo determinado para el desempeño de su cargo*”.

De lo expuesto se observa que: *i) los jueces, conjueces y las personas que prestan sus servicios en la CNJ, son servidores de la Función Judicial; ii) los servidores titulares de la Función Judicial, nombrados y posesionados para desempeñar un cargo a período fijo, entre ellos jueces y conjueces de la CNJ, no gozan de estabilidad y cesan en funciones al cumplirse el período para el que fueron designados; iii) por excepción, en los casos en que se haya concluido el período sin haber sido legalmente reemplazados, los servidores cesados de la Función Judicial desempeñarán funciones prorrogadas precisamente hasta que se produzca su reemplazo en la forma que la ley prescribe; y, iv) los y jueces y conjueces, aunque hubiesen cesado en el puesto, continuarán desempeñándolo hasta ser legalmente reemplazados, salvo los casos expresamente señalados por la ley.*

2.3. Pronunciamientos Previos de este Organismo sobre las Excepciones a la Cesación de Funciones de Servidores en Puestos Sujetos a Período.-

Conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 229 de la CRE, son servidores públicos *“todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”*.

En este contexto, el artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito, señala que dicha ley será de aplicación obligatoria *“en materia de recursos humanos y remuneraciones”*, a toda la administración pública, que incluye, según su numeral 1, a *“Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”*.

Sobre la aplicación de las excepciones a la cesación de funciones de servidores en puestos sujetos a período fijo, reguladas por el numeral 4.1. del artículo 105 del RGLOSEP, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado de manera reiterada en los siguientes términos:

i) Mediante oficio No. 12902, de 9 de noviembre de 2017, este organismo analizó y concluyó:

“(…) el numeral 4.1. del artículo 105 del Reglamento General a la LOSEP, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 190 de 18 de octubre de 2017, publicado en el Segundo suplemento del Registro Oficial No. 109 de 27 de octubre de 2017, que fue analizado al atender su primera consulta establece que por regla general la cesación de funciones de los servidores designados para ejercer un puesto sujeto a periodo, se produce de manera inmediata el día en que concluye el periodo para el cual fue designado; y, prevé dos excepciones a esa regla.

Las excepciones previstas en el numeral 4.1. del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP, cuyo texto se transcribió en los antecedentes, se configura cuando la ley no ha previsto un servidor que lo reemplace o a pesar de estar previsto, este puesto se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente; y, cuando el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, eventos para los cuales por disposición de la misma norma, no podrán separarse del desempeño de su puesto hasta que concluya el proceso de selección y se poseione el servidor que resultare electo.

(...)

La continuidad en el cargo que por excepción admite el numeral 4.1. del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP para los funcionarios cuyo periodo ha concluido, se motiva en la necesidad de garantizar la no interrupción de las actividades institucionales y da lugar a que los funcionarios del nivel

jerárquico superior no puedan separarse del desempeño del puesto, conserven la calidad que ostentan, y mantengan la representación institucional correspondiente, hasta que se perfeccione su reemplazo conforme el procedimiento legal respectivo” (El énfasis me pertenece).

ii) Mediante oficio No. 03768, de 14 de mayo de 2019, este organismo concluyó:

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

Finalmente, mediante oficio No. 01446, de 19 de abril de 2011, este organismo se pronunció sobre la aplicación de la letra d) del artículo 83 de la LOSEP⁶ y el artículo 42 numeral 1 del COFJ⁷, cuyos textos conservan vigencia. El referido pronunciamiento analizó y concluyó:

“El artículo 83 de la LOSEP, cuya parte pertinente se ha transcrito, excluye del ‘sistema de la carrera del servicio público’ que regula esa Ley, a distintas clases de servidores públicos, como aquellos que ocupan cargos de libre remoción, o dignatarios de elección popular, que no están protegidos por ningún sistema de carrera; pero también excluye a servidores sujetos a carreras especiales como los miembros de la Fuerza Pública, del servicio exterior, docentes y los servidores judiciales, entre otros.

(...) los servidores judiciales que no pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional sino a la carrera judicial administrativa, quedan sujetos al Código Orgánico de la Función Judicial y subsidiariamente, esto es en todo lo no previsto en el mismo, a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, actual Ley Orgánica del Servicio Público.

⁶ LOSEP, “Art. 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a: (...) d) Las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contralora General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarias y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las notarías; (...)”

⁷ COFJ, Sección II “CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”, “Art. 42.- Carreras de la Función Judicial.- Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación: 1. Quienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional; (...)”.

(...)

Los jueces, en las distintas materias y grados, son servidores judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales y por tanto no pertenecen a la carrera judicial administrativa, lo que determina que estén excluidos de la carrera el servicio público de conformidad con la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 42 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (...)”.

3. Pronunciamento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 120 numeral 2, 173.1 numeral 1, 121 y 133 del Código Orgánico de la Función Judicial, por excepción, los jueces de la Corte Nacional de Justicia, servidores de la Función Judicial sujetos a un período fijo, podrán desempeñar funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazados, a fin de garantizar el funcionamiento de ese órgano jurisdiccional.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. **05476**

Quito, D.M., **05 FEB 2024**

Magíster

Teresa Verónica Sánchez Hidalgo

GERENTE GENERAL, SUBROGANTE

**EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE
Y SANEAMIENTO DE QUITO - EPMAPS**

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. EPMAPS-GJC-090-2023-GG-235, de 12 de octubre de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“4.1.- Cuando los actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, en el desarrollo de la fase de ejecución de un contrato sometido al Sistema Nacional de Contratación Pública, son impugnados por las personas interesadas mediante recurso de apelación, ¿Dicho recurso de apelación debe tramitarse conforme las reglas previstas en los artículos 224 y 230 del Código Orgánico Administrativo, o, de acuerdo con las disposiciones del artículo 103 de la LOSNCP, en concordancia con el artículo 231 del COA?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 04098 y No. 04340, de 17 de octubre y 6 de noviembre de 2023, respectivamente, 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; lo que fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, con oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0235-OF, de 28 de diciembre de 2023, ingresado en este organismo el 2 de enero de 2024.
- 1.2. El criterio jurídico de la Gerente Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (en adelante, “EPMAPS”), contenido en memorando No. GJC-232-2023-GJ-351, de 12 de octubre de 2023, citó los artículos 76, 82, 173 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 95 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²

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

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

(en adelante, “LOSNCP”); 8, 294, 295, 336 y 360 del Reglamento General a la LOSNCP³ (en adelante, “RGLOSNCP”); 341 de la Resolución No. R.E-SERCOP-2023-0134⁴ que contiene la “Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-” (en adelante, “Normativa Secundaria del SNCP”); 1, 42, 43, 134, 219, 224, 230, 231 y Disposiciones Derogatorias Primera y Novena del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); 172 al 191 y Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁶ (en adelante, “ERJAFE”); y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 01381, de 18 de mayo de 2018; con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“III.- ANÁLISIS:

Dentro de las características primordiales del régimen democrático es la impugnabilidad de todo acto administrativo o acto de autoridad, conforme lo dispone el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador; es por ello, que en el ordenamiento jurídico, se encuentra reglado al recurso de apelación del artículo 219 del Código Orgánico Administrativo y de la apelación en contratación pública del artículo 231 del mismo Código, este último en relación con el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, “LOSNCP”).

(...)

*Por consiguiente, en materia de contratación pública, **la LOSNCP solo ha previsto un recurso de apelación específico para los actos generados durante la fase precontractual**, por lo que, los actos de ejecución contractual, al no contar con un procedimiento específico, deben regirse por las reglas comunes del recurso de apelación ‘ordinario’ en sede administrativa.*

*Ahora bien, sobre algunos puntos relacionados a este criterio, la Procuraduría General del Estado emitió el **dictamen vinculante No. 01381, de 18 de mayo de 2018**, el cual se derivó de una consulta realizada por la Universidad Nacional de Educación, y tenía como interrogante si (sic) era posible, en la ejecución de un contrato sometido al Sistema Nacional de Contratación Pública, que el contratista interponga un recurso extraordinario de revisión en contra de un acto firme emitido por la máxima autoridad, conforme las reglas del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ‘ERJAFE’).*

Sobre el ERJAFE, inicialmente expedido mediante R.O. No. 411, de 31 de marzo de 1994, y posteriormente reformado y codificado mediante R.O. No. 536, de 18 de marzo de 2002, tenía un rango de reglamento (a criterio de algunos doctrinarios caracterizado como Reglamento Autónomo, y a criterio de otros como un

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

⁴ Normativa Secundaria del SNCP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 367 de 3 de agosto de 2023.

⁵ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

⁶ ERJAFE, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 marzo de 2002.

Reglamento delegado), y, sobre su ámbito de aplicación, regía únicamente sobre la Función Ejecutiva.

No obstante, la Disposición General Tercera de este Reglamento, agregada mediante Decreto Ejecutivo No. 618 (R.O. 475, de 08 de mayo de 2015), preveía la posibilidad de que las demás instituciones 'autónomas' del sector público, que no cuenten con leyes o reglamentos específicos que regulen sus procedimientos administrativos, puedan aplicar de forma supletoria las disposiciones del Libro II del ERJAFE, relativo al procedimiento administrativo común, el cual, en sus artículos 172 a 191, establecía el régimen general de los reclamos y recursos administrativos.

De acuerdo con las Disposiciones Derogatorias Primera y Novena del COA, quedaron derogadas (de forma tácita) todas las disposiciones del ERJAFE, relativas al procedimiento administrativo, a los recursos en sede administrativa, a la caducidad del procedimiento y a la prescripción de las sanciones, en tanto que, continuaron vigentes aquellas normas relacionadas con la estructura u organización de la Función Ejecutiva.

Así las cosas, si bien este dictamen vinculante No. 01381, de 18 de mayo de 2018, versa sobre la aplicación del recurso extraordinario de revisión previsto en el ERJAFE, no debe dejarse de lado que los conceptos utilizados por la Procuraduría General del Estado, en este caso, también pueden ser aplicables a nuestra problemática, incluso con la entrada en vigencia del COA, que ocurrió dos meses posteriores a la emisión del citado dictamen.

En este sentido, el primer tema que aborda el Procurador, para absolver la consulta a la Universidad Nacional de Educación, se relaciona con la aplicación supletoria del ERJAFE, con respecto a las normas de procedimiento administrativo, siempre y cuando no exista regulación específica en las leyes especiales de cada entidad del sector público no perteneciente a la Función Ejecutiva. Así pues, como se señaló líneas arriba, según el artículo 134 del COA, el procedimiento administrativo ordinario (incluido el régimen de recursos), rige para toda controversia o actividad administrativa para la que no se prevea un procedimiento específico. Es decir, también tiene un carácter supletorio.

Paso seguido, la Procuraduría General del Estado, en el precitado dictamen vinculante No. 01381, se propuso analizar la LOSNCP y su Reglamento, a fin de determinar cuáles son las normas específicas en esta materia sobre recursos administrativos, y, por tanto, si cabe la aplicación supletoria del procedimiento administrativo común u ordinario (vigente en ese momento), para la impugnación de actos administrativos expedidos en la fase de ejecución de los contratos.

En este sentido, el Procurador analizó el artículo 103 de la LOSNCP (que se ha mantenido vigente desde el año 2018, e incluso fue replicado en el artículo 231 del COA), y textualmente recoge la postura de la EPMAPS, relativa a que este recurso de apelación: '(...) permite impugnar los actos administrativos expedidos durante

la etapa precontractual, según se infiere del segundo inciso de ese artículo, que prevé la suspensión del procedimiento por el SERCOP’.

Luego, la Procuraduría General del Estado analizó el artículo 95 de la LOSNCP (el cual no ha sufrido ninguna reforma desde el año 2013), y señaló expresamente que ni la Ley de la materia ni su Reglamento prevén los recursos en sede administrativa a los que podrían acudir los contratistas para impugnar actos administrativos emitidos dentro de la fase de ejecución contractual, ni su procedimiento. Concluyendo de forma categórica que:

(...) La LOSNCP y su Reglamento General establecen en forma expresa los recursos de apelación y reposición, respectivamente, para impugnar en vía administrativa, los actos administrativos expedidos por la entidad contratante en la fase precontractual, mientras que el segundo inciso del artículo 95 de esa Ley, si bien alude a recursos de impugnación de actos administrativos expedidos en la fase contractual, no los establece, lo que permite la aplicación supletoria del ERJAFE, según su disposición General Tercera (...)’ (énfasis añadido).

En consecuencia, deviene en evidente que permanecen vigentes los conceptos jurídicos de fondo, analizados en el Dictamen No. 01381, de 18 de mayo de 2018, relativos a que el recurso especial de apelación en materia de contratación pública solo es aplicable para actos administrativos dictados durante la fase precontractual del procedimiento de contratación, a pesar de que las normativas relativas a impugnación en sede administrativa del ERJAFE hayan sido derogadas tácitamente por el COA.

Finalmente, la misma Procuraduría General del Estado, en el **dictamen vinculante No. 01381, de 18 de mayo de 2018**, contempló la evidente situación de derogatoria del ERJAFE y entrada en vigor del COA; previendo en su pronunciamiento, ‘que la impugnación de los actos administrativos en sede administrativa conforme a ese Estatuto, cuyas normas de procedimiento son aplicables a todas las entidades del sector público conforme a la Disposición General Tercera *Ibidem*, en forma supletoria, esto es cuando las leyes que las rigen no contengan normas de procedimiento administrativo, y hasta que empiece a regir el Código Orgánico Administrativo (COA), que regulará esa materia y al que estarán sujetas todas las entidades del sector público, según sus artículos 1, 42 y 43. (...)’.” (El resaltado y subrayado pertenecen al texto original).

- 1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP citó, además de las normas invocadas por la entidad consultante, los artículos 10 de la LOSNCP y 14, 22, 65, 122 y 123 del COA, con base en los cuales analizó lo siguiente:

“I. (sic) **ANÁLISIS JURÍDICO.**

(...)

El órgano estatal a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina principios y normas para regular los diferentes procedimientos de contratación pública para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, contando de esta manera con una ley específica donde se ha plasmado procedimientos y recursos, en caso que un proveedor, oferente o contratista del estado considere que las decisiones de las entidades contratantes contraviene la correcta aplicación de la norma, y considera que esta decisión ha quebrantado o violentando algún principio fundamental.

En este sentido, al ser una Ley específica que regula la contratación pública en el ámbito nacional de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, estipula en su artículo 103 misma que guarda concordancia con el artículo 360 de su Reglamento General, la posibilidad que una persona interesada directamente pueda interponer recurso de apelación contra los actos administrativos dictados dentro de un procedimiento de contratación pública, sin que se distinga o establezca la fase en la cual hayan sido expedidos los referidos actos (Énfasis añadido).

En el mismo orden de ideas, reforzando lo señalado en el acápite anterior, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 231 estipula claramente y determina que el recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente a los actos administrativos expedidos por entidades contratantes, por parte de una persona que tenga interés directo en los procesos de contratación pública, conforme el procedimiento regulado en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 360 de su Reglamento General; eso sí, cumpliendo a cabalidad los tiempos para su respectiva ejecución y resolución. Por tanto, la normativa enunciada en los cuerpos legales mencionados no permite a ninguna de las partes involucradas en los procesos de contratación pública, dejar a su discreción aplicar un recurso de apelación distinto al específico en materia de contratación pública (El subrayado corresponde al texto original).

Por lo expuesto, en aplicación irrestricta de la norma específica el recurso de apelación en materia de contratación pública, deberá ser atendido bajo los preceptos y tiempos legales señalados en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 360 de su Reglamento General, en concordancia con el artículo 231 del Código Orgánico Administrativo, garantizando de esta manera seguridad jurídica para los actores que intervienen dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, respetando el principio de especialidad normativa.

1. (sic) CONCLUSIÓN.

(...) el recurso de apelación en materia de contratación pública deberá ser atendido bajo lo señalado en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 360 de su Reglamento General, en concordancia con el artículo 231 del Código Orgánico Administrativo” (Énfasis añadido).

- 1.4. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio jurídico del SERCOP coinciden en señalar que el recurso de apelación de los actos administrativos expedidos por las entidades contratantes, dentro de los procedimientos de contratación pública, se rigen por lo dispuesto en los artículos 103 de la LOSNCP, 360 de su Reglamento General y 231 del COA; sin embargo, la EPMAPS señala que el recurso de apelación en contratación pública se encuentra previsto únicamente para los actos administrativos generados durante la fase precontractual del procedimiento, conforme el pronunciamiento previo emitido por este organismo, contenido en oficio No. 01381, de 18 de mayo de 2018, en tanto que, el SERCOP considera que dichas normas no distinguen la fase en la cual deben ser expedidos los referidos actos administrativos.

2. Análisis. -

En relación con la impugnación de actos administrativos, la CRE en su artículo 173 establece que: ***“los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*** (Énfasis añadido).

Al respecto, según el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “CNJ”), mediante Resolución No. 05-2023⁷, respecto de la impugnación judicial de los actos administrativos emitidos en la fase de ejecución contractual, al exponer la ***“LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN”*** de los fallos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, consideró tres etapas diferenciadas en materia de contratación pública: ***“a) la etapa contractual, b) la adjudicación del contrato, y c) la etapa de ejecución o fase contractual propiamente dicha”***, y señaló que:

“(…) los actos administrativos emitidos en la fase de ejecución de un contrato público, entre los que se encuentra la declaración de terminación unilateral del contrato, no se pueden sujetar a la acción prevista para los actos administrativos regulares, sino a la acción especialmente considerada por el legislador para temas de contratación pública (...)”.

Con tal fundamento, en la Resolución No. 05-2023, la CNJ declaró como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto de derecho:

“La impugnación por vía jurisdiccional de los actos administrativos derivados de la ejecución contractual es una acción especial en materia de contratación pública, sujeta al plazo de cinco años para su ejercicio, conforme lo dispone el artículo 306 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos; garantizándose de este modo la tutela judicial efectiva y el debido proceso consagrados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República” (El resaltado corresponde al texto original y el subrayado me pertenece).

⁷ Resolución No. 05-2023, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 4 de mayo de 2023.

Por otra parte, sobre la impugnación en la vía administrativa de actos administrativos en materia de contratación pública, el artículo 103 de la LOSNCP, ubicado en el Título V “*DE LAS RECLAMACIONES Y CONTROVERSIAS*”, Capítulo I “*DE LAS RECLAMACIONES*”, trata sobre el recurso de apelación y prevé que se puede interponer “*exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes*”, sin que la normativa distinga la fase del procedimiento de contratación pública⁸ en la que se puede interponer el referido recurso.

En este sentido, la impugnación de actos administrativos derivados de la ejecución contractual, materia de su consulta, fue abordado por esta Procuraduría en el pronunciamiento contenido en oficio No. 01381, de 18 de mayo de 2018, que examinó la aplicación de los artículos 95, 102 y 103 de la LOSNCP; 1, 42 y 43 del COA; y, 69 y la Disposición General Tercera del ERJAFE, analizando y concluyendo lo siguiente:

“El artículo 102 de la LOSNCP, ubicado en el Título V ‘De las Reclamaciones y Controversias’ determina que quienes tengan interés directo o se consideren afectados por actuaciones realizadas por las entidades contratantes, pueden presentar su reclamo ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, respecto del procedimiento precontractual, según se aprecia de los incisos tercero, cuarto y quinto que disponen:

‘El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes (Énfasis añadido).

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo’.

El recurso ante la entidad contratante, al que se refiere el quinto inciso del artículo 102 de la LOSNCP, es el recurso de apelación previsto por el artículo 103 de la misma Ley, que permite impugnar los actos administrativos expedidos durante la etapa precontractual, según se infiere del segundo inciso de ese artículo, que prevé la suspensión de la continuación del procedimiento por el SERCOP: (El resaltado me corresponde)

⁸ RGLOSNC. Artículo 41 “De las fases de la contratación pública. - Los procedimientos de contratación pública se desarrollarán a través de las siguientes fases:

1.- Preparatoria: Desde la elaboración del Plan Anual de Contratación o el levantamiento de la necesidad institucional, hasta la suscripción de la resolución de inicio;
2.- Precontractual: Desde la publicación de la resolución de inicio en el Portal COMPRAS PUBLICAS hasta la adjudicación o declaratoria de desierto o cancelación;
3.- Contractual o de ejecución del contrato: Desde la suscripción del contrato hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva o terminación del contrato; ()”.

'El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo, de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar'.

(...)

Por otra parte, el segundo inciso del artículo 95 de la LOSNCP prevé que '(...) La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos (...)'; sin embargo, esa Ley y su Reglamento no señalan los recursos en sede administrativa a los que podrían acudir los contratistas para impugnar los actos administrativos expedidos por las entidades contratantes, ni su procedimiento (énfasis añadido).

(...)

El artículo 69 del ERJAFE, prevé la impugnación de los actos administrativos en sede administrativa conforme a ese Estatuto, cuyas normas de procedimiento son aplicables a todas las entidades del sector público conforme a la Disposición General Tercera Ibidem, en forma supletoria, esto es cuando las leyes que las rigen no contengan normas de procedimiento administrativo, y hasta que empiece a regir el Código Orgánico Administrativo (COA), que regulará esa materia y al que estarán sujetas todas la entidades del sector público, según sus artículos 1, 42 y 43 (énfasis añadido).

(...)

La LOSNCP y su Reglamento General establecen en forma expresa los recursos de apelación y reposición, respectivamente, para impugnar en vía administrativa, los actos administrativos expedidos por la entidad contratante en la fase precontractual; mientras que el segundo inciso del artículo 95 de esa Ley, si bien alude a recursos de impugnación de actos administrativos expedidos en la fase contractual, no los establece, lo que permite la aplicación supletoria del ERJAFE, según la Disposición General Tercera" (el énfasis me corresponde).

En tal contexto, es pertinente examinar las posteriores reformas introducidas a la legislación competente y especial, que es la LOSNCP y la expedición de su nuevo Reglamento General, considerando que las disposiciones del COA, inclusive aquellas que regulan la impugnación en sede administrativa, son normas generales y, por tanto, de aplicación supletoria.

El artículo 95 de la LOSNCP fue reformado parcialmente por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, "CC"), vía declaratoria de inconstitucionalidad contenida en sentencia No. 87-20-IN/23, de 25 de octubre de 2023, que resolvió:

“(...) 1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad de la frase: ‘Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley’ contenida en el segundo inciso del artículo 95 de la LOSNCP por ser incompatible con el texto del artículo 75 de la CRE. (...)”

Por otra parte, se observa que el COA, que constituye norma general, prevé dos recursos: el de apelación y el extraordinario de revisión; ambos, según su artículo 219, corresponden resolver a la “*máxima autoridad administrativa*”, aclarando el mismo artículo que: “*El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial*”, es decir, que causa estado en los términos de artículo 218 *ibidem*, lo que determina que no cabe el recurso administrativo de apelación respecto de actos administrativos expedidos por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado en la fase de ejecución de los contratos sujetos a la LOSNCP.

Finalmente, se considera que, para la fase de ejecución contractual, por la naturaleza bilateral del contrato celebrado, la competencia de la máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, para expedir actos administrativos se limita a lo expresamente previsto en esa ley (terminación unilateral y declaratoria de recepción presunta a favor de la entidad, según los artículos 64, 81 y 95 de la LOSNCP), así como para la imposición de multas, según el artículo 71 *ibidem*, pues para la resolución de controversias que puedan surgir entre las partes durante tal etapa de ejecución son aplicables los mecanismos previstos en el contrato, según los artículos 104 y 105 de la LOSNCP.

De lo expuesto se observa que: *i)* la LOSNCP no establece de forma expresa recursos en sede administrativa a los que podrían acudir los contratistas para impugnar los actos administrativos emitidos por la máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, en la etapa de ejecución contractual, con la salvedad de la apelación sobre las multas, prevista por el artículo 71 de la LOSNCP y 294 de su Reglamento General, cuando ello hubiere sido resuelto por un órgano distinto de la máxima autoridad, a quien compete resolver la apelación; y, *ii)* de conformidad con el COA, los actos administrativos de la máxima autoridad solo pueden ser impugnados en vía judicial, lo que, en el ámbito de ejecución contractual, determina la improcedencia del recurso administrativo de apelación.

3. Pronunciamiento. -

En relación con su consulta, se concluye que el recurso de apelación en sede administrativa está previsto únicamente para los actos administrativos emitidos en la fase precontractual, según lo establecido en el artículo 103 de la LOSNCP. Además, el artículo 71 de la misma ley señala que la impugnación en sede administrativa se aplica exclusivamente a las multas, sin extender este mecanismo de impugnación a los actos administrativos emitidos durante la ejecución del contrato por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado. Dichos actos, de acuerdo con los artículos 218 y 219 tercer inciso del COA, solo pueden impugnarse en vía judicial.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva

responsabilidad de la entidad consultante su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

Oficio No. **05478**

Quito, D.M., **05 FEB 2024**

Doctor
Erik Pablo Beltrán Ayala
PRESIDENTE
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. CES-CES-2023-0495-CO, de 23 de agosto de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 28 de los mismos mes y año, se formularon las siguientes consultas:

“1. ¿Cuál es el organismo del Sistema de Educación Superior (CES, CACES o SENESCYT) que conforma el Sistema Nacional Integral (sic) Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, teniendo en cuenta que el artículo 22, numeral 3 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres hace alusión en su literalidad a un único ‘Ente rector de educación superior’ como parte del referido Sistema?”

2. ¿Cuál es el organismo del Sistema de Educación Superior (CES, CACES o SENESCYT) que debe ejercer las atribuciones que el artículo 25 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres le reconoce al ‘Ente rector de educación superior’ al ser parte del Sistema Nacional Integral Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, adicionalmente cómo deberían ser ejercidas dichas atribuciones considerando las competencias constitucionales y legales que cada organismo posee?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. –

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 03428, 03429 y 03430, de 30 de agosto de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó los criterios jurídicos institucionales de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante *SENESCYT*); Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos (en adelante *MMDDHH*); y, Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (en adelante *CACES*),

respectivamente. Con oficio No. 03698, de 19 de septiembre de 2023, se insistió en dicho requerimiento al MMDDHH, sin haber recibido respuesta.

1.2. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de la Procuraduría: *i)* por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la SENESCYT mediante oficio No. SENESCYT-CGAJ-2023-0161-CO, de 6 de septiembre de 2023, ingresado el mismo día; y, *ii)* por el Presidente Subrogante del CACES con oficio No. CACES-P-2023-0461-O de 13 de septiembre de 2023, ingresado al siguiente día, al que se acompañó el criterio jurídico de la Procuradora, subrogante, de esa entidad, contenido en el memorando No. CACES-PR-2023-0333-M, de 13 de septiembre de 2023.

1.3. El informe jurídico de la Procuradora del CES, contenido en el documento sin número de 22 de agosto de 2023, citó los artículos 226 y 353 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante *CRE*); 9, 25 y 28 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante *COA*); 1, 13, 22 numeral 3, y 23 al 38 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres³ (en adelante *LOIPEVCM*); y, 15, 123, 166, 169 letra f), 171 y 182 de la Ley Orgánica de Educación Superior⁴ (en adelante *LOES*), con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

Con relación a la primera pregunta:

“En tal virtud, al referir el artículo 22, numeral 3 de la LOIPEVMU al ‘Ente rector de Educación Superior’, se podría determinar que se está haciendo alusión al CES siguiendo la intención del legislador de incluir como parte integrante del Sistema Nacional Integral Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres al organismo encargado de: ‘las mallas y los programas curriculares’.

(...)

Siguiendo la intención del legislador plasmada en el Informe para Segundo Debate elaborado y remitido mediante Oficio Nro. 036-2017-AN-COPREVMU de 23 de noviembre de 2017, de incluir como parte integrante del Sistema Nacional Integral Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres al organismo encargado de: ‘las mallas y los programas curriculares’ y de acuerdo con los artículos 353, numeral 1 de la CRE y 123, 166 y 169, literal f) de la LOES, se podría determinar que al referir el artículo 22, numeral 3 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres al ‘Ente rector de Educación Superior’, dicha norma está haciendo alusión al Consejo de Educación Superior”. (El énfasis me corresponde)

Y, respecto de la segunda consulta:

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

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

³ LOIPEVCM, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 175, de 5 de febrero de 2018.

⁴ LOES, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

“En función de las atribuciones reconocidas constitucional y legalmente al CES, este Organismo como encargado de la planificación, regulación y coordinación del SES y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana; y, como integrante del Sistema Nacional Integral Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, podría ejercer las atribuciones contempladas en los literales b), c), f), g), i), j), l), m), p), r), s) y t) del citado artículo 25.

(...)

Por lo tanto, cuando una atribución de las previstas en el artículo 25 de la LOIPEVMU recaiga sobre las atribuciones y responsabilidades reconocidas a otro organismo del SES diferente al CES, o incluso a las IES, este Consejo, como parte del Sistema Nacional Integral Prevenir y Erradicar la Violencia, debería coordinar con las mismas a fin de que estas sean cumplidas por quien le corresponda. Lo anterior además bajo los principios de coordinación y colaboración entre las administraciones públicas consagrados respectivamente en los artículos 9 y 28 del Código Orgánico Administrativo”. (El énfasis me corresponde).

1.4. Por su parte, el criterio de la SENESCYT, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 226 de la CRE; 183 de la LOES; y, 14 del COA, y concluyó en forma general que:

“En ese sentido, es menester indicar que la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, de conformidad con lo señalado en el artículo 182 de la Ley Orgánica de Educación Superior es el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior. (El énfasis me corresponde).

(...)

Por lo expuesto, y de conformidad con la normativa citada, se puede colegir que el Consejo de Educación Superior, el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior y la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación son organismos de derecho público que forman parte del sistema de educación superior, cuyos fines, objetivos y atribuciones son distintas pero por el principio de coordinación establecido en el Código Orgánico Administrativo, así como los principios que rigen a la administración pública coadyuvan acciones, gestiones, lineamientos, desde el ámbito de sus competencias, con la finalidad de garantizar la operatividad del sistema de educación superior y los derechos de la ciudadanía”.

1.5. Finalmente, el criterio jurídico del CACES, además de las normas referidas por la entidad consultante y la SENESCYT, citó el artículo 351 de la CRE, luego de lo cual, analizó y concluyó:

“Sobre las competencias de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT)

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 182 de la LOES, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) es el Órgano encargado de ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y de coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior (SES).

Sus principales funciones se encuentran establecidas en el Art. 183 de la LOES, las que han sido citadas en el punto 2 del presente criterio jurídico, dentro de las cuales se encuentra el Ejercer la rectoría de las políticas públicas en materia de educación superior.

Sobre el Ente Rector de Educación Superior como integrante del Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y sus atribuciones (sic)

La Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (LOIPEVCM) en su artículo 22 determina a dieciséis (16) entidades nacionales y locales que conforman el Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, entre las cuales se encuentra: '3) Ente Rector de Educación Superior'.

Por su parte el Art. 25 de la LOIPEVCM determina las atribuciones del Ente Rector de Educación Superior, dentro de las cuales se establece el 'Diseñar la política pública de educación superior con enfoque de género, respecto de la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres'.

Conforme lo dispuesto en el Art. 182 de la LOES, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) tiene a su cargo ejercer la rectoría de la política pública de educación superior, cuyas funciones se determinan en el Art. 183 de la referida Ley, entre las que se establece la de 'Ejercer la rectoría de las políticas públicas'.

Bajo esta premisa, se colige que las funciones determinadas (sic) en la LOES a la SENESCYT (Ente Rector de la Política Pública en materia de educación superior) se vinculan fundamentalmente con las atribuciones otorgadas por la LOIPEVCM.

4.CRITERIO JURÍDICO

(...) si bien el CACES forma parte del Sistema de Educación Superior, dentro de sus competencias no se encuentra la formulación de políticas públicas en el ámbito de educación superior con enfoque de género dispuesta en la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres.

Las atribuciones establecidas en el Art. 25 de la LOIPEVCM son concordantes con aquellas atribuidas al Órgano Rector de la Política Pública de Educación Superior en el Art. 183 de la LOES, principalmente al diseño de políticas públicas en materia de educación superior.” (El énfasis corresponden al texto original).

1.6. De lo expuesto se observa que, con relación a las consultas formuladas, el informe jurídico de la entidad consultante difiere de los criterios jurídicos de la SENESCYT y el CACES, pues: *i)* por una parte, el CES considera que, atendiendo a la finalidad de la norma por estar a cargo de “*las mallas y los programas curriculares*”, el numeral 3 del artículo 22 de la LOIPEVCM hace “*alusión*” a ese organismo, que “*podría ejercer las atribuciones contempladas en los literales b), c), f), g), i), j), l), m), p), r), s) y t)*” del artículo 25 de la LOIPEVCM y coordinar aquellas atribuciones que le correspondan a otras entidades; y, *ii)* por otra parte, la SENESCYT y el CACES coinciden en señalar que, conforme lo previsto en los artículos 15, 182 y 183 de la LOES, la SENESCYT es el “*órgano rector de la política pública de educación superior*” y por tanto le corresponden las atribuciones señaladas en los artículos 22 numeral 3 y 25 de la LOIPEVCM.

2.- Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* El Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (en adelante, “*SNIPEVCM*”) y las atribuciones del “*ente rector de educación superior*” como integrante del mismo; y, *ii)* Organismos públicos del Sistema de Educación Superior (en adelante *SES*).

2.1. El SNIPEVCM y las atribuciones del “ente rector de educación superior” como integrante del mismo. -

El numeral 3 del artículo 66 de la CRE reconoce y garantiza a las personas el “*derecho a la integridad personal*” que incluye, entre otros, “*a) La integridad física, psíquica, moral y sexual*” y “*b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado*”, e impone al Estado el deber de adoptar “*las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia (...)*”.

Asimismo, el artículo 341 *ibídem* determina que “*El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución*”, con énfasis en “*la igualdad en la diversidad y la no discriminación*” y priorizando “*aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad*”. Al respecto,

señala que *“La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, de acuerdo con la ley. Los sistemas especializados se guiarán por sus principios específicos y los del sistema nacional de inclusión y equidad social”*.

En este contexto, el objeto normativo de la LOIPEVCM, conforme su artículo 1, es *“prevenir y erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres”,* particularmente, *“cuando se encuentran en múltiples situaciones de vulnerabilidad o de riesgo, mediante políticas y acciones integrales de prevención, atención, protección y reparación de las víctimas”,* con atención prioritaria y especializada a niñas y adolescentes.

La LOIPEVCM, en su Título II *“SISTEMA NACIONAL INTEGRAL PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES”,* en el inciso primero de su artículo 13, define al SNIPEVCM como *“el conjunto organizado y articulado de instituciones, normas, políticas, planes, programas, mecanismos y actividades orientados a prevenir y a erradicar la violencia contra las mujeres”* mediante *“la prevención, atención, protección y reparación integral de los derechos de las víctimas”*. Su objeto, acorde al artículo 14 *ídem*, es prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres a través del *“diseño, formulación, ejecución, supervisión, monitoreo y evaluación de normas, políticas, programas, mecanismos y acciones”* que determina será *“en todas las instancias y en todos los niveles de gobierno, de forma articulada y coordinada.”* (El énfasis me corresponde).

En cuanto a la rectoría del SNIPEVCM, el artículo 20 de la LOIPEVCM la atribuye al *“ente rector de Justicia y Derechos Humanos y Cultos”,* facultado para *“convocar a cualquier otra entidad pública, privada o de la sociedad civil para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Ley”* y cuyas atribuciones se detallan en el artículo 21 *ídem*.

Entre los integrantes del SNIPEVCM, el numeral 3 del artículo 22 de la LOIPEVCM⁵, incluye al *“Ente rector de Educación Superior”* cuyas atribuciones se encuentran previstas en el artículo 25 *ídem*⁶, entre ellas la de *“a) Diseñar la política pública de*

⁵ LOIPEVCM. “Art. 22 - Integrantes del Sistema - Conforman el Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, las siguientes entidades nacionales y locales: (...). Las distintas entidades públicas y niveles de gobierno, tienen la obligación de articular y coordinar entre sí y con los actores vinculados, acciones de prevención, atención, protección y reparación. En toda actividad, se observará el principio de descentralización y desconcentración en la provisión de servicios y en la ejecución de medidas”.

⁶ LOIPEVCM. “Art. 25 - Ente rector de Educación Superior. - Sin perjuicio de las facultades establecidas en la respectiva normativa vigente, tendrá las siguientes atribuciones: a) Diseñar la política pública de educación superior con enfoque de género, respecto de la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres; b) Diseñar e implementar campañas de sensibilización y concienciación dirigidas a la comunidad educativa para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres; c) Garantizar la reinserción universitaria, en cualquier parte del territorio nacional, a través de la reubicación de las mujeres, como mecanismo de protección; d) Crear y actualizar rutas y protocolos especializados para abordar casos de violencia contra las mujeres, acoso y violencia sexual dentro del ámbito de educación superior; y, difundir los mecanismos de prevención y respuesta en la comunidad educativa; e) Implementar en todas las mallas curriculares la enseñanza de los derechos humanos de las mujeres, con eliminación de mitos, hábitos y estereotipos que legitiman la violencia; f) Establecer mecanismos para la detección y derivación a las instituciones que conforman el Sistema, de los casos de violencia contra las mujeres, en el ámbito de sus competencias; g) Desarrollar programas de formación dirigidos a docentes y personal administrativo de las instituciones de educación superior, en derechos humanos de las mujeres, enfoque de género, derechos sexuales y reproductivos, entre otros, que deconstruyan los discursos y conductas que fomentan la subordinación de las mujeres; h) Diseñar e implementar un sistema de recolección de información sobre casos de violencia contra las mujeres, con énfasis en la violencia y el acoso sexual cometidos dentro del sistema de educación superior, que permitan la actualización permanente del Registro Único de Violencia contra las Mujeres; i) Coordinar con las entidades de Justicia procesos

educación superior con enfoque de género, respecto de la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres". (El énfasis me corresponde)

De lo expuesto se desprende que: i) El SNIPEVCM es un sistema especializado de protección integral previsto en la LOIPEVCM cuyo organismo rector es el MMDDHH y se integra, entre otros, por el "ente rector de educación superior"; y, ii) corresponde al "ente rector de educación superior" el ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 25 de la LOIPEVCM, entre ellas el diseño de la "política pública de educación superior".

2.2. Organismos públicos del SES. -

Conforme el artículo 351 de la CRE, el SES se articula al Sistema Nacional de Educación y al Plan Nacional de Desarrollo; sus mecanismos de coordinación con la Función Ejecutiva se establecen legalmente y se rige por los principios de "autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento"; y, el artículo 352 ibídem señala que estará integrado por "universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados".

Agrega el artículo 353 de la CRE que el SES se rige por: "1. Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva" y "2. Un organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de instituciones, carreras y programas, que no podrá conformarse por representantes de las instituciones objeto de regulación".

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la LOES, esa ley regula el SES y a los organismos e instituciones que lo integran; y, conforme el artículo 15 ibídem, los organismos públicos del SES son: "a) El Consejo de Educación Superior"; "b) El Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior"; y, "c) El órgano rector de la política pública de educación superior". (El énfasis me corresponde).

de capacitación permanente, sobre los delitos de violencia contra las mujeres, acoso y violencia sexual dentro del ámbito de educación superior; j) Establecer como un requisito de contratación y permanencia de todo el personal docente, el no contar con antecedentes penales en casos de violencia contra las mujeres y abuso sexual; k) Generar mecanismos como becas, créditos y otras formas de apoyo económico para garantizar el derecho de las mujeres a la educación superior y a la permanencia y culminación de sus estudios; l) Denunciar los delitos de violencia sexual contra las mujeres ante el sistema de administración de justicia; m) Aplicar medidas de protección dentro del ámbito de sus competencias, a favor de las mujeres víctimas de violencia, sin perjuicio de las medidas que se establezcan en el marco del proceso judicial; n) Implementar un sistema de recolección de información sobre casos de violencia contra las mujeres víctimas de violencia, a través de medios tecnológicos que sean compatibles y actualicen el Registro Único de Violencia contra las Mujeres; o) Implementar instrumentos y protocolos de detección y valoración de la situación de vulnerabilidad y riesgo de las mujeres; p) Vigilar y garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, relacionada con el ejercicio de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, dentro del ámbito de sus competencias; q) Desarrollar procesos de investigación y estudio de las problemáticas de violencia de género contra las mujeres; y, r) Promover que las instituciones públicas y particulares de educación superior, incorporen en el ámbito de la investigación, estudios respecto del comportamiento de personas que cuentan con sentencia condenatoria ejecutoriada por femicidio en el Ecuador, para la elaboración de políticas públicas de prevención de violencia contra las mujeres, en coordinación con el ente rector del sistema; y, s) Promover en todas las instituciones educativas, la implementación de campañas de educación y promoción de la igualdad de género y respeto hacia la libertad sexual de la mujer; educación sexual y socio-emotiva con expertos y expertas, educación cívica digital para promover un uso más positivo y consciente de las plataformas digitales; y, t) Las demás que establezca la normativa vigente".

Al respecto, la LOES en su Título IX “*INSTITUCIONES Y ORGANISMOS DEL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR*” regula en sus cuatro capítulos: i) “*DE LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR*”; ii) “*ORGANISMOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR*”; iii) “*COORDINACIÓN DEL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR CON LA FUNCIÓN EJECUTIVA*”; y, iv) “*DE LOS ORGANISMOS DE CONSULTA*”.

En este marco normativo, con relación a los organismos que rigen el SES, el artículo 166 de la LOES señala que el CES es el organismo de derecho público, con personería jurídica, patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene como objetivo “*la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana*”, cuyas atribuciones se desarrollan en el artículo 169 *ibidem*.

En cuanto al CACES, el artículo 171 de la LOES lo define como el organismo público técnico que tiene a su cargo “*la regulación, planificación y coordinación del sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior*” con facultad regulatoria y de gestión cuyas funciones están determinadas en el artículo 174 *ibidem*.

Respecto de la SENEKYT, el artículo 182 de la LOES prevé que es “*el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior*”. (El énfasis me corresponde)

Concordante, la letra b) del artículo 183 de la LOES, entre las funciones de la SENEKYT, prevé que le corresponde: “*b) Ejercer la rectoría de las políticas públicas en el ámbito de su competencia*”.

Finalmente, se considera que entre los métodos de interpretación constitucional y ordinaria que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷ (en adelante *LOGJCC*) constan los de interpretación sistemática y teleológica que, según los numerales 5 y 6 de ese artículo, consisten en que las normas jurídicas deben entenderse “*a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*” y “*a partir de los fines que persigue el texto normativo*”. (El énfasis me corresponde).

De lo expuesto se observa que: i) los mecanismos de coordinación entre el SES y la Función Ejecutiva se encuentran regulados por la LOES, que determina tres organismos públicos que integran el SES: el CES, el CACES y el “*órgano rector de la política pública de educación superior*”; ii) al respecto, la LOES señala al CES y al CACES como organismos encargados de la planificación, regulación y coordinación interna del SES y del sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior, respectivamente; y,

⁷ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52. de 22 de octubre de 2009.

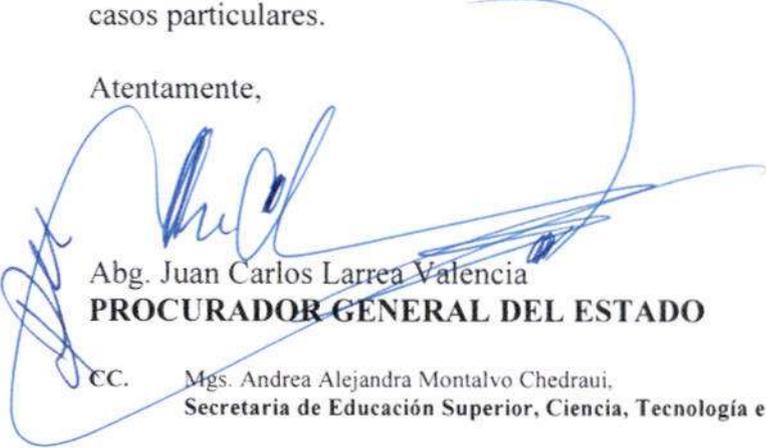
iii) por otra parte, esa ley establece que corresponde a la SENESCYT ejercer la rectoría de la política pública de educación superior.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, según los artículos 1, letra c), 182 y 183, letra b) de la Ley Orgánica de Educación Superior, la SENESCYT es el “*órgano rector de la política pública de educación superior*”, y en tal calidad le corresponde integrar el Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en aplicación de lo previsto en los artículos 15, 182 y 183 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 22 numeral 3 y 25 de Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y ejercer las atribuciones previstas en su artículo 25.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

CC. Mgs. Andrea Alejandra Montalvo Chedraui,
Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación

Dra. Ximena Córdova Vallejo, PhD.
Presidenta del Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior

Lcda. Arianna María Tanca Macchiavello,
Ministra de la Mujer y Derechos Humanos.

Oficio No. **05515**

Quito, D.M., **08 FEB 2024**

Ingeniero
Richard Fabián Tapia Pesántez
GERENTE GENERAL
EMPRESA PÚBLICA HIDROEQUINOCCIO E.P.
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. HEQ-GG-RT-0472-2023, de 2 de octubre de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente la aplicación del segundo inciso del artículo 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica que reza: ‘La póliza de seguros por daños a terceros deberá ser entregada previo al inicio de la construcción del proyecto y deberá mantenerse vigente hasta que hayan sido subsanadas todas las obligaciones que se mantengan pendientes, posterior a la terminación del contrato’, a un proyecto hidroeléctrico que no ha iniciado su construcción en ninguna de sus etapas, que incluso, a la fecha, no cuenta con financiamiento?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Con oficio No. 03393, de 28 de agosto de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Empresa Pública HIDROEQUINOCCIO E.P. (en adelante, “HIDROEQUINOCCIO EP”) que la consulta inicialmente planteada en oficio No. HEQ-GG-RT-0395-2023, de 21 de agosto de 2023, ingresado al día siguiente, sea reformulada de manera que trate sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico del Gerente Jurídico, respecto al objeto de la consulta reformulada.

1.2. Si bien a través de oficio No. HEQ-GG-RT-0427-2023, de 8 de septiembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, la entidad a su cargo dio respuesta al requerimiento de este organismo, de su lectura se observó que la consulta no fue reformulada sobre la aplicación de una norma jurídica, por lo que, mediante oficio No. 03684, de 18 del mismo mes y año, este organismo insistió en su requerimiento, el cual fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.3. Mediante oficios No. 04004 y No. 04278, de 10 y 31 de octubre de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió a HIDROEQUINOCCIO E.P., respectivamente, que amplíe el criterio jurídico remitido, contenido en documento sin número, de 2 de octubre del mismo año, suscrito por el Gerente Jurídico de dicha empresa, a fin de que se incluya un análisis sobre las normas específicas que sustentarían la conclusión de que la presentación de una póliza de seguros para cubrir responsabilidad por daños a terceros sería inaplicable y *“estaría inobservando la disposición constante en el artículo 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, por cuanto no existe construcción alguna”*, además de informar sobre la existencia de procesos judiciales o informes de la Contraloría General del Estado, pendientes o resueltos, relacionados con el objeto de la consulta. El requerimiento efectuado por este organismo fue atendido por el Gerente General de HIDROEQUINOCCIO E.P. mediante oficio No. HEQ-GG-0536-2023, de 6 de noviembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el mismo día, al que se adjuntó el criterio jurídico sin número ni fecha.

1.4. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender la consulta, mediante oficios No. 04452, No. 04453, No. 04454 y No. 04455, de 10 de noviembre de 2023, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, “SCVS”); al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”); al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”); y, a la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios No. 04633 y No. 04634, de 27 de noviembre de 2023, se insistió en dichos requerimientos al MEM y al SERCOP.

1.5. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos, mediante comunicaciones ingresadas al correo institucional único, en su orden por: *i)* el Director Nacional Jurídico, encargado, de la CGE con oficio No. 429-DNJ-2023, de 17 de noviembre de 2023, ingresado el 20 del mismo mes y año; *ii)* la Secretaria General de la SCVS, con oficio No. SCVS-SG-2023-00112245-O de, 24 de noviembre de 2023, ingresado el mismo día, que contiene la transcripción del memorando No. SCVS-INC-DNCDN-2023-0382-M, de 22 de noviembre de 2023, suscrito por la Directora Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo, subrogante; *iii)* el Coordinador General Jurídico del MEM, a través de oficio No. MEM-COGEJ-2023-0334-OF, de 1 de diciembre de 2023, ingresado el mismo día, al que se adjuntó el informe jurídico contenido en el memorando No. MEM-DJEER-2023-0070-ME, de 29 de noviembre de 2023, suscrito por Director Jurídico de Electricidad y Energía Renovable; y, *iv)* la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del SERCOP, mediante oficio No. SERCOP-CGAJ-2023-0216-OF, de 13 de diciembre de 2023, ingresado el 26 del mismo mes y año.

1.6. El informe jurídico inicial del Gerente Jurídico de HIDROEQUINOCCIO E.P., contenido en documento sin número de 2 de octubre de 2023, citó los artículos 226, 227 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 18 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante, “COA”); 762 (sic) del Código Orgánico de

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

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

³ COPLAFIP, publicada en el suplemento del Registro Oficial 2do. No. 306 de 22 de octubre del 2010

⁴ LOSPEE, publicada en el suplemento del Registro Oficial 3er. No. 418 de 16 de enero del 2015

⁵ LOCGE, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio del 2022

⁶ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio del 2005

⁷ CCo, codificación publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 497, de 29 de mayo de 2019.

⁸ RGLOSPEE, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 21 de 20 de agosto del 2019

Planificación y Finanzas Públicas³ (en adelante, “COPLAFIP”); 3, número 16, 27, 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica⁴ (en adelante, “LOSPEE”); 3, 77 literal d) de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante, “LOCGE”); 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica⁶ (en adelante, “RGLOSPEE”); y, 1 de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros⁸ (en adelante “Resolución No. 385-2017-A”); con fundamento en los cuales manifestó y concluyó lo siguiente:

“ANÁLISIS:

El artículo 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, señala que previo al inicio de la construcción del proyecto, se debe contratar un seguro contra todo riesgo durante el levantamiento del mismo, que contemple la cobertura por pérdidas físicas o daños materiales que ocurran durante el periodo de su edificación y que, la póliza de seguros por daños a terceros –recalca–, deberá ser entregada previo al inicio de la construcción del proyecto, es decir, la norma, es insistente, reiterativa y hasta redundante en indicar, el momento en el que será necesaria la presentación de la póliza de seguros por daños a terceros. (...)

CONCLUSIÓN:

De lo expuesto, esta Gerencia Jurídica concluye que, es inaplicable la presentación de una póliza de seguros dentro de proyectos hidroeléctricos que no hayan iniciado su obra, ya que, al hacerlo, estaría inobservando la disposición constante en el artículo 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, por cuanto no existe construcción alguna”.

1.7. El informe jurídico ampliado del Gerente Jurídico de HIDROEQUINOCCIO E.P., además de las normas invocadas en su informe inicial, citó los artículos 1561 y 1562 del Código Civil⁹ (en adelante, “CC”); “1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 letra h) de la Ley de Seguros” (sic)³; luego de lo cual manifestó lo siguiente:

“Lo determinado en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica es inconsecuente al objeto de la relación contractual que determina un seguro al no existir un objeto asegurable, porque como se ha explicado en líneas anteriores es improcedente la exigibilidad de la norma porque, no existe riesgo asegurable y sin ninguna opción la posibilidad de un siniestro.

Además, cabe señalar que erogar fondos públicos para el pago de un bien o servicio inexistente, tiene como consecuencia responsabilidades legales, judiciales e incluso acciones en contra del servidor público (sic) que actúe en condición de ordenador de gasto y pago. (...)

⁷ Resolución No. 24, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 17 de julio del 2019

⁸ Resolución No. 385-2017-A, publicada en el suplemento del Registro Oficial 2do. No. 22 de 26 de junio del 2017

⁹ La Ley General de Seguros se agregó como Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332 de 12 de septiembre de 2014, conforme a su Disposición Transitoria Décimo Octava. No obstante, el articulado citado y transcrito en el informe jurídico de la consultante corresponde a los artículos 690, 691, 692, 693, 695 y 699 del Código de Comercio, cuya codificación está publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.

En relación a la existencia de procesos judiciales esta Gerencia Jurídica desconoce la existencia de procesos, en razón de que, no cabe como principio la posibilidad de demandar la cobertura de una póliza de seguro sin que, exista un objeto asegurable”.

1.8. Por su parte, la CGE, la SCVS y el SERCOP expresaron criterios institucionales abstentivos.

1.9. Finalmente, el criterio jurídico del MEM, además de las normas señaladas por la entidad consultante, citó los artículos 313, 314 y 315 de la CRE; 1, 8, 10, 11 y 28 de la LOSPEE; y, 143, 144 y 148 del RGLOSPEE; en base a los cuales manifestó lo siguiente:

“III. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN (...)

El actual Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, dispone que son derechos del titular de un Título Habilitante, entre otros, el mantener vigentes las garantías establecidas en el contrato de concesión y, de ser el caso, entregar la garantía o póliza original al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y una copia a la ARCERNNR. En este aspecto, en el artículo 135, letra g) del Reglamento a la LOSPEE, relacionado con la caducidad del contrato de concesión, dispone que el incumplimiento por parte del concesionario en la entrega de las garantías requeridas, de conformidad con los términos establecidos en el Título Habilitante y la normativa vigente, podría acarrear la declaratoria de la caducidad del contrato. (...)

(...) al considerar que se encuentra en etapa de construcción, es criterio de esta Coordinación General Jurídica de esta Cartera de Estado, que la Empresa Pública HIDROEQUINOCCIO EP debe presentar una copia de la garantía o póliza conforme lo establecido en el contrato”.

1.10. De los criterios jurídicos previamente citados se aprecia que la entidad consultante y el MEM coinciden en que la obligación del titular del título habilitante de otorgar una póliza de seguros que cubra su responsabilidad frente a terceros, prevista por el artículo 149 del RGLOSPEE, es aplicable en el sector eléctrico a los proyectos cuyas obras estén por iniciar. En tal sentido, HIDROEQUINOCCIO EP considera que tal deber no es aplicable respecto de un proyecto hidroeléctrico que no ha iniciado su obra.

Por su parte, el MEM enfatiza que, según el artículo 135, letra g) del RGLOSPEE, el incumplimiento del titular en la entrega de las garantías, de conformidad con los términos establecidos en el título habilitante y la normativa vigente, podría acarrear la declaratoria de la caducidad del contrato.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Los Títulos Habilitantes en el Sector Eléctrico; y, *ii)* La Póliza de Seguro por Daños a Terceros.

2.1. Los Títulos Habilitantes en el Sector Eléctrico. –

El artículo 313 de la CRE dispone que: **“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios**

de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia”, e incluye entre los sectores estratégicos a “la energía en todas sus formas” (Énfasis añadido).

Respecto de los servicios públicos, el artículo 314 de la CRE prevé que: “El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, **energía eléctrica** (...)”, que se regirán por los principios de “obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad” (Énfasis añadido).

Mediante sentencia No. 001-12-SIC-CC⁴, la Corte Constitucional interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la CRE, y en su análisis consideró que:

“(…) No debe entenderse entonces que las empresas públicas, siendo públicas, son el Estado en sí mismo y no requerirían de autorización alguna -según título habilitante que corresponda-, puesto que no les compete a aquellas, la regulación y control de los sectores estratégicos y servicios públicos (...), puesto que a ellas les corresponde la gestión, cosa distinta a las competencias propias del Estado en general” (Énfasis añadido).

En tal contexto, es oportuno considerar que, de conformidad con el número 9 del artículo 11 de la CRE, “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de **los servicios públicos** (...)” (Énfasis añadido).

De acuerdo con el artículo 1 de la LOSPEE, dicha ley tiene por objeto garantizar que el “servicio público de energía eléctrica” cumpla los principios constitucionales de “obligatoriedad, generalidad, uniformidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, calidad, sostenibilidad ambiental (...)”, así como regular “la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica (...)”.

Según el número 13 del artículo 3 de la LOSPEE, el servicio público de energía eléctrica “Comprende las actividades de: generación, transmisión, distribución y comercialización, alumbrado público general, importación y exportación de energía eléctrica”; y, de acuerdo con los artículos 8 y 11 de la misma ley, la rectoría y planificación del sector eléctrico compete al actual MEM⁵, al que según el artículo 27 de la LOSPEE y 115 de su Reglamento General corresponde tramitar y emitir los respectivos títulos habilitantes, que son “1. Autorización de operación; y, 2. Contrato de concesión”.

Adicionalmente, el artículo 29 de la LOSPEE establece que el contrato de concesión se suscribe a favor de personas jurídicas privadas (gestores privados) y de economía popular y solidaria (también de índole privado), a diferencia de la autorización de operación, prevista en el artículo 28 ibídem, mediante la cual se extiende el permiso para el desarrollo de proyectos ejecutados por empresas públicas o mixtas. El citado artículo 28 agrega que: “Los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de la Autorización de Operación luego de

⁴ Sentencia 001-12-SIC-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No.629 de 30 de enero de 2012.

⁵ Decreto Ejecutivo No. 400 de 14 de abril de 2022, publicado en el Segundo suplemento del Registro Oficial No. 46 del 22 de abril de 2022. Disposición general única “(...) en la normativa vigente, en donde se haga referencia al “Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables” deberá leerse “Ministerio de Energía y Minas”, según corresponda”.

su aprobación, así como los derechos y obligaciones del concedente y concesionarios” serán establecidos en la LOSPEE, el RGLOSPEE y los títulos habilitantes respectivos.

Concordante, el número 16 del artículo 3 de la LOSPEE define al título habilitante como el “Acto administrativo por el cual el Estado, delega o autoriza a una persona jurídica, pública o privada, consorcios o asociaciones, a efectuar actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica”, en armonía con lo señalado en el artículo 3 del RLOSPEE, que define al “titular del título habilitante” como la “Persona jurídica que suscribió una autorización de operación o un contrato de concesión”.

En esta misma línea, el artículo 116 del RGLOSPEE contempla que los “títulos habilitantes serán otorgados por proyecto para el caso de generación y autogeneración”, y reitera que se deberá contar con uno de los siguientes títulos habilitantes “a. Autorización de Operaciones” o “b. Contrato de concesión”. En cuanto a la “a. Autorización de Operaciones”, el mismo artículo 116 prevé que: “Se formaliza a través de la suscripción de un contrato que será elevado a escritura pública” que deberá estipular, dependiendo de la actividad, las siguientes cláusulas: “(...) derechos y obligaciones de las partes, esquema de financiamiento, cronogramas de ejecución y valorado, infracciones y sanciones, causales de terminación (...) solución de controversias, jurisdicción, y legislación aplicable” (Énfasis añadido).

De acuerdo con las letras g) y h) del artículo 129 del RLOSPEE, “Las empresas públicas o mixtas interesadas en obtener un título habilitante deberán presentar su solicitud” al MEM, adjuntando entre otros documentos “g) Esquema y mecanismos de financiamiento del proyecto; y, h) Origen y fuente de los recursos”.

Finalmente, es oportuno considerar que el control de las empresas eléctricas, “en lo referente al cumplimiento de la normativa y de las obligaciones constantes en los títulos habilitantes pertinentes” es atribución de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad (en adelante, “Agencia de Control”), conforme al numeral 3 del artículo 15 de la LOSPEE.

De lo manifestado se desprende que: i) el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, y la provisión de servicios públicos, entre ellos el de energía eléctrica. El Estado, sus delegatarios y concesionarios son responsables por la debida prestación de los servicios públicos; ii) el MEM es el órgano rector y planificador del sector eléctrico, al que corresponde otorgar los respectivos títulos habilitantes para el desarrollo de proyectos en dicho sector; mientras que el control del cumplimiento de la normativa y de las obligaciones contenidas en los títulos habilitantes corresponde a la Agencia de Control; y, iii) las empresas públicas o mixtas y privadas interesadas en obtener un título habilitante, deberán presentar su solicitud al actual MEM, junto con el esquema y mecanismos de financiamiento del proyecto, y el origen y fuente de los recursos, como requisito previo, que se formaliza mediante la suscripción de un contrato sujeto a la normativa del sector.

2.2. La póliza de seguro por daños a terceros. –

La responsabilidad de los titulares, y ex titulares, de títulos habilitantes en el sector eléctrico, según el penúltimo inciso del artículo 34 de la LOSPEE, subsiste incluso después de la terminación de los contratos e “implica además la obligación de restauración de los ecosistemas e indemnización a las personas y comunidades, si hubiere lugar a ello”.

Tal responsabilidad se establece también por el artículo 148 RGLOSPEE que dispone que: *“El titular de un Título Habilitante será el único responsable respecto de cualquier daño o pérdida sufrida por alguna tercera persona y deberá indemnizar a los afectados en los casos que le sean imputable”*.

En concordancia, respecto de la obligación de contratar una póliza de seguro contra riesgos de construcción del proyecto, el artículo 149, reformado, del RGLOSPEE prescribe que:

“Previo al inicio de construcción del proyecto, el concesionario contratará un seguro contra todo riesgo de construcción que contemple la cobertura por pérdidas físicas o daños materiales que ocurran durante el período de construcción del proyecto⁶. Este seguro podrá incluir el de responsabilidad civil. Los términos del seguro serán de responsabilidad del concesionario.

El concesionario entregará al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y a la ARCONEL una copia certificada de la póliza de Responsabilidad Civil que cubra los daños a terceros durante la construcción, operación, mantenimiento y retiro de sus instalaciones. Los montos y coberturas en cada caso, serán de exclusiva responsabilidad del titular del Título Habilitante, conforme al estudio de riesgos elaborado por una empresa con experiencia verificable.

La póliza de seguros por daños a terceros deberá ser entregada previo al inicio de la construcción del proyecto y deberá mantenerse vigente hasta que hayan sido subsanadas todas las obligaciones que se mantengan pendientes, posterior a la terminación del contrato” (Énfasis añadido).

En este sentido, los números 6 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷ (en adelante, “LOGJCC”) incluyen entre los métodos y reglas de interpretación la teleológica que atiende a los fines que persigue el texto normativo, y a la interpretación literal, previendo que: *“Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”*. Idéntica regla consta en el número 1 del artículo 18 del CC, que dispone que: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá de su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*.

Al efecto, del tenor del artículo 149 del RGLOSPEE, antes y después de su reforma, se observa que la póliza de seguros por daños a terceros debe ser entregada *“previo al inicio de la construcción del proyecto”* y que su finalidad es cubrir los daños a terceros durante la construcción, operación, mantenimiento y retiro de las instalaciones.

De lo expuesto se observa que: *i) las entidades y empresas del sector eléctrico, entre ellas, la empresa pública HIDROEQUINOCCIO E.P., se sujetan a la CRE, la LOSPEE, el*

⁶ El texto anterior a la reforma era el siguiente: *“El concesionario entregará al Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y a la ARCONEL una copia certificada de la póliza de Responsabilidad Civil que cubra los daños a terceros durante la construcción, operación, mantenimiento y retiro de sus instalaciones. Los montos y coberturas en cada caso, serán de exclusiva responsabilidad del titular del Título Habilitante, conforme al estudio de riesgos elaborado por una empresa con experiencia verificable.*

La póliza de seguro por daños a terceros deberá ser entregada previo al inicio de la construcción del proyecto y deberá mantenerse vigente hasta que hayan sido subsanadas todas las obligaciones que se mantengan pendientes, posterior a la terminación del contrato”

⁷ LOGJCC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

RGLOSPEE y al respectivo título habilitante otorgado por la autoridad rectora en el sector eléctrico, así como a las estipulaciones específicas que consten en el contrato que instrumenta el título; ii) el titular, y ex titular, de un título habilitante son responsables respecto de cualquier daño o pérdida sufrida por terceros, proveniente del proyecto autorizado, y por ello la póliza de seguros por daños a terceros debe ser entregada "*previo al inicio de la construcción del proyecto*"; y, iii) el control del cumplimiento de la normativa y de las obligaciones contenidas en los títulos habilitantes corresponde a la Agencia de Control.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 3, números 6 y 7 de la LOGJCC y 18, número 1 del Código Civil, y dado el claro tenor del artículo 149 del RGLOSPEE, se debe observar su literalidad y tener en cuenta la finalidad contemplada en su texto. En este sentido, se establece como obligación del titular del título habilitante la entrega de una póliza de seguro por daños a terceros "previo al inicio de la construcción del proyecto".

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Xavier Mauricio Torres Maldonado,
Contralor General del Estado

Ing. Marco López Narváez,
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros

Lic. Andrea Arrobo Peña,
Ministra de Energía y Minas

Ing. Deborah Cristine Jones Faggioni,
Directora General del SERCOP

Oficio N° 05559

Quito, D.M., 15 de febrero de 2024

Magíster
Juan Carlos Vega Malo
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. MEF-MEF-2024-0130-O, de 5 de febrero de 2024, ingresado el mismo día en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado, se formuló la siguiente consulta:

“En el escenario de requerirse financiar gastos permanentes para salud, educación y justicia con ingresos no permanentes en el Presupuesto General del Estado conforme lo previsto en el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y el artículo no numerado del Capítulo II, Sección I del Título IV del mismo cuerpo legal, conforme la excepcionalidad prevista para estos rubros, ¿debe seguirse los requisitos previstos en el referido Capítulo II y el artículo 215 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, o en su defecto deben cumplirse además los requisitos y procedimientos previstos en el artículo no numerado del Capítulo III del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que se refiere a las circunstancias de suspensión de las reglas fiscales en general?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. Adjunto al oficio de consulta se remitió los siguientes documentos: i) el memorando No. MEF-SPF-2024-0033-M, de 2 de febrero de 2024, dirigido a los Viceministros de Finanzas y de Economía del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”), por el que la Subsecretaría de Programación Fiscal de esa cartera de Estado remite el Informe Técnico No. MEF-SPF-SP-SPFSPNF-2024-020 de esa misma fecha, elaborado por las Subsecretarías de Programación Fiscal, Presupuesto y Política Fiscal del Sector Público no Financiero, que contiene “la proyección de la situación fiscal del año 2024, a fin de continuar con el proceso de elaboración de la Proforma del Presupuesto General del Estado”; y, ii) el memorando No. MEF-CGAJ-2024-0075-M de 5 de febrero de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, encargada, del MEF que contiene el informe jurídico institucional.

1.2. El informe jurídico del MEF citó los artículos 286, 298, 348, 366 y las Disposiciones Transitorias Décimo Octava y Vigésimo Segunda de la Constitución de la República del

Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 78, 79, 126, 129 e innumerados ubicados en los Capítulos II, Sección I, y III del Título IV “DE LAS REGLAS FISCALES” del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas² (en adelante, “COPLAFIP”); y, 215, 219 y 230 del Reglamento General del COPLAFIP³ (en adelante, “RGCOPAFIP”).

El mencionado informe jurídico se refirió a la regla fiscal que establecen los artículos 126, último inciso, del COPLAFIP y 215 del RGCOPAFIP según la cual, los egresos permanentes se deben financiar con ingresos permanentes y la excepción prevista en las mismas normas, sobre la que trata el Capítulo II del Título IV del COPLAFIP. El informe jurídico diferenció dicha excepción a la regla fiscal sobre ingresos y egresos permanentes, de los casos de suspensión de las reglas fiscales previstos por el mismo código en el Capítulo III de su Título IV. Así, sobre la base de la normativa invocada, manifestó y concluyó lo siguiente:

“III.- Análisis

3.1 Para entender la importancia de la distinción entre la excepcionalidad legal a la regla fiscal y la suspensión temporal de las reglas fiscales, que se encuentran contenidas en los artículos no numerados de la Sección I del Capítulo II; y del Capítulo III, ambos pertenecientes al Título IV del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, respectivamente, es primordial iniciar indicando el tratamiento que da el COPLAFIP a los gastos de educación, salud y justicia en el artículo 126 en su último inciso:

‘Se prohíbe el endeudamiento para gasto permanente. Con excepción de los que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia; previa calificación de la situación excepcional, realizada por la Presidenta o el Presidente de la República.’ (El énfasis corresponde al texto original).

(...)

Para el caso de ‘situación excepcional’ el artículo 126 del COPLAFIP, no impone requisitos ni limitaciones temporales, salvo la calificación de la situación excepcional por parte del Presidente de la República, precedida de una SOLICITUD que contenga un informe de justificación dirigida desde el Ministerio de Economía y Finanzas al Presidente de la República para que se expida el respectivo Decreto Ejecutivo.

En el COPLAFIP y su reglamento, en lo atinente a reglas fiscales, la única mención a los presupuestos de salud, educación y justicia consta en el artículo no numerado de la Sección I, del Capítulo II del Título IV.

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

²COPLAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.306 de 22 de octubre de 2010.

³RGCOPAFIP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.383 de 26 de noviembre de 2014. Última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial 465, de 27 de diciembre de 2023.

3.2. (...)

De lo antes invocado se desprende que cada regla fiscal tiene un régimen de aplicación propio, ello en virtud de que cada una tiene un contexto de aplicación que debe ser adecuadamente interpretado y técnicamente implementado se debe tener en cuenta que la Sección II y la Sección III del Capítulo II establecen otras reglas fiscales que no tienen el mismo tratamiento legal, que la regla fiscal referente al financiamiento de egresos permanentes con ingresos permanentes y egresos permanentes con ingresos no permanentes, (...).

De esta manera se puede entender que la SUSPENSIÓN DE REGLAS FISCALES previstas en el Capítulo III es aplicable a todas estas otras reglas, mientras que la EXCEPCIONALIDAD es aplicable solamente a los casos de salud, educación y justicia, conforme lo dispone el Capítulo II, que es el motivo de la consulta.

(...)

Por tanto, resulta claro de la simple revisión de los referidos textos legales que ambas figuras tienen naturaleza distinta, tampoco se pueden considerar de carácter complementario ya que las circunstancias que determinan la aplicación del capítulo III (estados de excepción y recesión económica grave) generan afectación generalizada a la economía nacional y de ahí que su aplicación se encuentre reservada a un espacio temporal definido, únicamente por parte del Presidente de la República y en el segundo caso con la aprobación de la Asamblea Nacional y en ambos casos con la determinación de plan de sostenibilidad y fortalecimiento para retornar a una situación regular.

(...)

IV.- Criterio jurídico

En conclusión, el artículo no numerado de la Sección I, del Capítulo II, del Título IV establece que la regla fiscal del financiamiento de los egresos permanentes con ingresos permanentes puede ser excepcionada con el único requisito contenido en el artículo 215 del Reglamento General al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. El artículo no numerado del Capítulo III del Título IV al referirse a la suspensión de las reglas fiscales, situación jurídica distinta a la establecida en el Capítulo II indicado anteriormente, contenido no debe ser aplicado en el objeto de su consulta.”.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos:
i) Base constitucional relacionada con el financiamiento de gastos permanentes para salud, educación y justicia; ii) Reglas fiscales establecidas en el Título IV del COPLAFIP;

iii) Regla fiscal sobre ingresos y egresos permanentes, y su excepción; y, iv) Suspensión de reglas fiscales.

2.1. Base constitucional relacionada con el financiamiento de gastos permanentes para salud, educación y justicia.-

En materia de finanzas públicas y para todos los niveles de gobierno, incluido el gobierno central, el artículo 286 de la CRE dispone que se conduzcan de forma sostenible, responsable y transparente, procurando la estabilidad económica. Al efecto, la misma norma constitucional prevé que: *“Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes”* y su segundo inciso, relacionado con el tema materia de consulta, prescribe que *“Los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes”* (el énfasis me corresponde).

Por su parte, el artículo 298 de la CRE establece preasignaciones presupuestarias destinadas, entre otros sectores, a los de salud y educación, prohibiendo crear otras preasignaciones. Concordantes, los artículos 348 y 366 ibídem, que se refieren a educación y salud respectivamente, contemplan su oportuno financiamiento.

En armonía con lo expuesto, las Disposiciones Transitorias Decimoctava y Vigésimosegunda prevén, en su orden, la asignación progresiva de recursos públicos del Presupuesto General del Estado para la educación y el incremento anual del financiamiento del sistema nacional de salud, en la forma prescrita por esas normas.

De lo expuesto se aprecia que: i) para financiar los egresos permanentes para salud, educación y justicia, el segundo inciso del artículo 286 de la CRE faculta que los egresos permanentes, de manera excepcional, se financien con ingresos no permanentes; y, ii) para los sectores educación y salud, la CRE prevé preasignaciones y el incremento progresivo de recursos para su financiamiento.

2.2. Reglas fiscales establecidas en el Título IV del COPLAFIP.-

El COPLAFIP establece el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, cuya rectoría corresponde al Presidente de la República, que la ejerce a través del MEF y se rige, entre otros principios, por los de legalidad, oportunidad y transparencia.

En tal contexto, los artículos 78 y 79 del COPLAFIP clasifican los ingresos y egresos del Presupuesto General del Estado en permanentes y no permanentes, previendo que:

i) Son **ingresos permanentes** aquellos recursos públicos que el Estado percibe *“de manera continua, periódica y previsible”*;

ii) Son **ingresos no permanentes** aquellos que se *“reciben de manera temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria”* y pueden ocasionar disminución de la riqueza nacional;

iii) Son **egresos permanentes** aquellos de carácter operativo “*que requieren repetición permanente y permiten la provisión continua de bienes y servicios públicos a la sociedad*”; y,

iv) Son **egresos no permanentes** aquellos que el Estado y sus entidades efectúan “*con carácter temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria que no requiere repetición permanente*” y pueden generar acumulación de capital o activos o disminución de pasivos.

Sobre dicha base, el artículo 40 de la Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas⁴ (en adelante, “*LOOFP*”) reformó al COPLAFIP e introdujo en su Libro II “*Finanzas Públicas*”, el Título IV “*De las Reglas Fiscales*”, compuesto por varios capítulos con artículos innumerados agregados a continuación de su artículo 177.

Así, el Capítulo I “*Ámbito de Aplicación*” del mencionado Título IV, en su artículo innumerado único, señala que las entidades del sector público no financiero “*se sujetarán, según corresponda, a las disposiciones del presente Código para cada regla fiscal de acuerdo a lo establecido en este capítulo (...)*” y agrega que, la aplicación de las reglas fiscales respetará en todo momento las competencias definidas por la CRE y la ley, la autonomía de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante, “*GAD*”) y las entidades de la Seguridad Social.

Por su parte, el Capítulo II “*Reglas Fiscales*” se desarrolla en cuatro secciones: Sección I “*Del Ingreso Permanente y el Egreso Permanente*”; Sección II “*De la Regla de Deuda y Otras Obligaciones*”; Sección III “*De las Reglas de Crecimiento de Egresos, Gasto, Resultado Primario Total y Resultado Primario No Petrolero*”; y, Sección IV “*Del Fondo de Estabilización*”.

De lo citado se desprende que: i) la LOOFP reformó al COPLAFIP, introduciendo en su Libro II “*Finanzas Públicas*”, el Título IV “*Reglas Fiscales*”, mediante artículos innumerados agregados a continuación de su artículo 177; y, ii) el COPLAFIP establece varias reglas fiscales aplicables para las instituciones del sector público no financiero, siendo que las regulaciones y procedimientos de cada una de ellas constan en secciones y capítulos distintos.

2.3. Regla fiscal sobre ingresos y egresos permanentes, y su excepción.-

Sobre la base de lo previsto por el artículo 286 de la CRE, la Sección I titulada “*Del ingreso permanente y el egreso permanente*” del referido Capítulo II del Título IV del Libro II del COPLAFIP, en su artículo innumerado único establece la siguiente regla fiscal y su excepción:

⁴ LOOFP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 253 de 24 de julio de 2020.

“Art. (...).- Ingreso permanente y egreso permanente del Sector Público No Financiero y de la Seguridad Social.- Para garantizar la conducción de las finanzas públicas de manera sostenible, responsable, transparente y procurar la estabilidad económica, los egresos permanentes se financiarán única y exclusivamente con ingresos permanentes. No obstante, los ingresos permanentes pueden también financiar egresos no permanentes.

Los egresos permanentes se podrán financiar con ingresos no permanentes en las situaciones excepcionales que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia, previa calificación de la situación excepcional, realizada por la o el Presidente de la República. Y por las máximas autoridades normativas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados o de las entidades de la Seguridad Social; en el ámbito de su competencia. Y por los consejos directivos en el caso de las entidades de la seguridad social. Y por los máximos órganos de gobierno en el caso de las entidades territoriales” (Énfasis me corresponde).

Del tenor de la norma legal citada se aprecia que la regla fiscal según la cual los egresos permanentes se financian con ingresos permanentes, reitera la previsión contenida en el artículo 286 de la CRE, revisada en el primer acápite del presente. Adicionalmente, la misma norma legal prevé en forma expresa una excepción que faculta financiar con ingresos no permanentes los sectores salud, educación y justicia, de conformidad con la CRE.

Finalmente, para la excepción, el segundo inciso del artículo innumerado único de la Sección I del Capítulo II del Libro II del COPLAFIP dispone que se aplique un procedimiento, según el cual, la calificación de la situación excepcional que la motiva se realice: *i)* Por el Presidente de la República; y, *ii)* por las máximas autoridades de los GAD o entidades de la Seguridad Social.

Concordante, el artículo 215 del RGCOPAFIP reitera la mencionada regla fiscal y establece el procedimiento para aplicar la excepción, que permite que los egresos permanentes se puedan financiar con ingresos no permanentes “*en las situaciones excepcionales que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia*”. Así, su segundo inciso dispone que:

“Para aplicar esta excepcionalidad, en el caso del Presupuesto General del Estado el ente rector de las finanzas públicas motivará la solicitud mediante un informe de justificación, que será presentado al Presidente de la República, para su aprobación; el informe contendrá el análisis presupuestario, fiscal y sectorial correspondiente”.

Del análisis efectuado se aprecia que: *i)* la regla fiscal según la cual los egresos permanentes se financian con ingresos permanentes, y su excepción que faculta financiar egresos permanentes con ingresos no permanentes para los sectores salud, educación y justicia, prevista por el artículo 286 de la CRE, se desarrollan por el artículo innumerado único de la Sección I del Capítulo II del Libro II del COPLAFIP; *ii)* la misma norma legal

establece una sola excepción que faculta financiar con ingresos no permanentes los sectores salud, educación y justicia, de conformidad con la CRE; y, *iii*) el procedimiento para aplicar la excepción es el previsto en el segundo inciso de la misma norma legal, según el cual, la calificación de la situación excepcional es de competencia exclusiva del Presidente de la República.

2.4. Suspensión de reglas fiscales.-

Los casos de suspensión de una o más reglas fiscales se regulan por el COPLAFIP en el Capítulo III “*De las causales excepcionales de suspensión*” de la Sección IV del Título IV de su Libro II, cuyo artículo innumerado único faculta la suspensión por un período que no exceda de dos años fiscales, en los casos expresamente establecidos (estados de excepción en el territorio nacional o recesión económica grave). Adicionalmente, la misma norma diferencia el procedimiento aplicable, según la causa que motive la suspensión, conforme se aprecia de su tenor que dispone:

“En los casos previstos en este artículo el ente rector de las finanzas públicas, basado en informe técnico independiente del órgano competente, así como en el informe del Banco Central del Ecuador, respectivamente, deberá elaborar una solicitud para la suspensión de una o más reglas y/o metas fiscales, justificando las razones y las causales para proceder con estas excepciones que activaron las cláusulas de escape. Se deberá describir el impacto del o los eventos que generaron afectación en las finanzas públicas y en la economía. Se presentará un plan de sostenibilidad y fortalecimiento detallando las medidas correctivas que sean aplicables, según lo previsto en este Código.

En el caso previsto en el número 1 de este artículo, la solicitud será aprobada por la o el Presidente de la República.

En el caso previsto en el número 2, la solicitud será conocida por el Presidente de la República y elevada para aprobación de la Asamblea Nacional con la mayoría calificada de los miembros que asistan a la sesión. (...).”

Conforme el tenor de la norma previamente transcrita, en el caso de suspensión de alguna regla fiscal corresponde al MEF, basado en el informe técnico independiente, así como en el informe del Banco Central del Ecuador, “*elaborar una solicitud para la suspensión de una o más reglas y/o metas fiscales, justificando las razones y las causales (...)*” y presentar un plan de sostenibilidad y fortalecimiento detallando las medidas correctivas aplicables. El mismo artículo prevé que, según el caso que motive la suspensión de la regla fiscal, la solicitud deberá ser aprobada por el Presidente de la República, o conocida por dicho dignatario, y elevada para aprobación de la Asamblea Nacional.

De lo manifestado se observa que: *i*) de conformidad con el único artículo innumerado del Capítulo III del Título IV del Libro II del COPLAFIP, la suspensión de una regla fiscal – que no excedan los dos años – procederá toda vez que medie un estado de excepción en el territorio nacional o recesión económica grave; y, *ii*) el ente rector de

finanzas públicas, basado en un informe técnico independiente del órgano competente y un informe del Banco Central del Ecuador, podrá solicitar la suspensión de una o más reglas fiscales. En el caso de que la suspensión verse respecto de un estado de excepción en el territorio nacional, su aprobación corresponderá al Presidente de la República; en el evento de que esta se fundamente en la causal de recesión económica grave, el beneplácito será a cargo de la Asamblea Nacional.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la excepción que permite el financiamiento de gastos permanentes para salud, educación y justicia con ingresos no permanentes en el Presupuesto General del Estado se rige por el procedimiento previsto por los artículos 126 e innumerado único de la Sección I del Capítulo II, del Título IV del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 215 de su Reglamento General, mas no por las reglas contenidas en el artículo innumerado único del Capítulo III del Título IV del Libro II previstas especialmente para los casos de suspensión de reglas fiscales. La determinación de la oportunidad o conveniencia técnica de aplicar dicha excepción es responsabilidad exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. 05580

Quito, DM, 16 de febrero de 2024

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

De mi consideración:

Mediante oficio No. 042-DNJ-2024, de 24 de enero de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al siguiente día, se formularon las siguientes consultas:

“1. De conformidad con lo determinado en los artículos 135 y 136 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, ¿se entendería (sic) derogados los Decretos Presidenciales: Nos. 112 de 14 de marzo de 1980, 935 de 26 de febrero de 1981 y, 101, publicados en el Registro Oficial 37 de 14 de julio de 1981?”

2. Los Ex Presidentes Interinos nombrados por el Congreso Nacional, tienen la calidad de ex Presidente Constitucional de la República elegido por votación popular y en consecuencia tiene (sic) derecho a lo determinado en los artículos 135 y 136 de la actual Ley Orgánica del Servicio Público?”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

- 1.1. Con oficio No. 05278, de 22 de enero de 2024, este organismo solicitó a la Contraloría General del Estado (en adelante, “CGE”) que las consultas inicialmente planteadas en oficio No. 014-DNJ-2024, de 12 de enero de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 16 de los mismos mes y año, sean reformuladas de manera que traten sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico de la Directora Nacional Jurídica de ese órgano de control, respecto del objeto de la consulta reformulada, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.
- 1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 05370, No. 05371 y No. 05372, de 29 de enero de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de

la República (en adelante, “SJP”), Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”) y Ministerio de Trabajo (en adelante, “MDT”), respectivamente, que remitan su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta. Con oficio No. 05490, de 06 de febrero de 2024, se insistió en dicho requerimiento al MEF.

1.3. Los requerimientos realizados por este organismo fueron atendidos, en su orden: i) por el MDT, con oficio No. MDT-MDT-2024-0122-O, de 5 de febrero de 2024, ingresado en este organismo el mismo día; ii) por la Secretaria General Jurídica de la Presidencia, mediante oficio No. PR-SNJRD-2024-0115-OQ de 5 de febrero de 2024, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría al día siguiente, en el cual señala que comparte el criterio jurídico remitido por parte del MDT; y, iii) por el Ministro de Economía y Finanzas, a través del oficio No. MEF-MEF-2024-0142-O, de 8 de febrero de 2024, ingresado en el correo institucional único de este organismo el mismo día, al que se acompañó el memorando No. MEF-CGAJ-2024-0077-M, de 6 de febrero del presente año, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, encargada, que, a su vez, remite el memorando No. MEF-DAJEF-2024-0074-M, de la misma fecha, en el que Director de Asesoría Jurídica Económica y Financiera de esa Cartera de Estado se abstiene de remitir su criterio jurídico por considerar que no corresponde al ámbito de las competencias del MEF.

1.4. El informe jurídico de la Directora Nacional Jurídica de la CGE, contenido en memorando No. 000026-DNJ-2024, de 24 de enero de 2024, citó los artículos 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante, “CRE”); 135, 136, Disposición General Vigésima Primera y las Disposiciones Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público² (en adelante, “LOSEP”); 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³ (en adelante, “LOGJCC”); 6, 7, 37, 38 y 39 del Código Civil⁴ (en adelante, “CC”); 1 del Decreto Ejecutivo No. 112 de 14 de marzo de 1980⁵ (en adelante, “Decreto 112”), reformado por los decretos ejecutivos No. 935 de 26 de febrero de 1981⁶ y No. 526 de 25 de febrero de 1993⁷; y, 1 del Decreto Ejecutivo No. 101 de 8 de julio de 1981⁸ (en adelante, “Decreto 101”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“1. ANÁLISIS JURÍDICO PRIMER CUESTIONAMIENTO:

*(...) al existir un Decreto Ejecutivo en contraposición de una norma con rango de ley orgánica, en estricta aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador y en concordancia con el artículo 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **prevalece lo***

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

² LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010.

³ LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁴ Codificación del CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵ Decreto 112, publicado en el Registro Oficial No. 152 de 21 de marzo de 1980.

⁶ Decreto 935, publicado en el Registro Oficial No. 393 de 9 de marzo de 1981.

⁷ Decreto 526, publicado en el Registro Oficial No. 138 de 2 de marzo de 1993.

⁸ Decreto 101, publicado en el Registro Oficial 37 de 14 de julio de 1981.

dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Público, consecuentemente estarían derogados los Decretos Presidenciales Nos. 112 de 14 de marzo de 1980, 935 de 26 de febrero de 1981 y, 101, publicados en el Registro Oficial 37 de 14 de julio de 1981?. (sic) (El énfasis me corresponde).

(...)

(sic) **ANÁLISIS JURÍDICO PRIMER (sic) CUESTIONAMIENTO:**

(...)

El artículo 135 de la Ley Orgánica de Servicio Público dispone: '...Se fija una pensión vitalicia mensual equivalente al setenta y cinco por ciento de la remuneración vigente, a favor de las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República, que sean elegidos constitucionalmente por votación popular y se hayan posesionado en el cargo...'; en el caso de los ex Presidentes Interinos ostentaban el cargo de interino en el momento de convocar la consulta popular, razón por (sic) cual no se puede considerar que haya sido (sic) elegido en un proceso constitucional de elecciones por votación popular y posterior a ello, se haya posesionado en el cargo, razón por la cual, no se cumple la condición del artículo antes citado. (El resaltado me corresponde).

En este contexto al establecer la propia Ley Orgánica del Servicio Público en el inciso noveno de las Derogatorias que: 'Derogarse expresamente todas las disposiciones legales que establezcan pensiones vitalicias. Regirá únicamente lo establecido en el Título V de esta Ley.', se entiende que los Decreto (sic) Ejecutivo (sic) No. 112 de 14 de marzo 1980, publicado en el Registro Oficial No. 152 de 21 de marzo de 1980 reformado mediante Decretos Ejecutivos Nos. 935 publicado en el Registro Oficial No. 393 de 9 de marzo de 1981 y 526 publicado en el Registro Oficial No. 138 de 2 de marzo de 1993; y, Decreto Ejecutivo No. 101 de 8 de julio de 1981, publicado en el Registro Oficial No. 37 de 14 del mismo mes y año, se encuentran expresamente derogados y por lo tanto lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Servicio Público, no contempla a los ex Presidentes Interinos. (El énfasis me corresponde)

- 1.5. Por su parte, el criterio jurídico del MDT citó, además de las mismas normas señaladas por la entidad consultante, los artículos 1, 11 numeral 5 de la CRE; 126 de la LOSNCP; y, 1, 2, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 146 de 4 de febrero de 1974⁹ (en adelante, "Decreto No. 146"); la Resolución No. 141 expedida por el entonces el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público¹⁰; la Resolución No. SENRES-2004-000081 expedida por la entonces Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público¹¹; así

⁹ Decreto No. 146, publicado en el Registro Oficial 490 de 8 de febrero de 1974.

¹⁰ Resolución No. 141, publicada en el Registro Oficial No. 584 de 28 de mayo de 2002.

¹¹ Resolución No. SENRES-2004-000081, publicada en el Registro Oficial No. 374 de 9 de julio del 2004.

mismo, refirió, las sentencias dictadas por la Corte Constitucional (en adelante, “CC”) No. 042-14-AN/19 en el caso No. 42-14-AN¹², 41-15-AN/21 en el caso No. 41-15-AN¹³, 791-16-EP/21 en el caso No. 791-16-EP¹⁴, 1583-15-EP/21 en el caso No. 1583-15-EP¹⁵, 071-16-SEP-CC en el caso No. 1933-15-EP¹⁶ y 039-11-SEP-CC en el caso No. 0671-10-EP¹⁷ y la sentencia de fondo dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “**ABRILL ALOSILLA Y OTROS VS. PERÚ**”¹⁸, con base en los que analizó lo siguiente:

“En la primera consulta el Contralor se ciñe a preguntar si desde la vigencia de los artículos 135 y 136 de la LOSEP, los decretos estarían derogados. Para responder a esta interrogante, es preciso considerar otras disposiciones de la propia LOSEP, es el caso el inciso noveno de las Disposiciones Derogatorias, y en especial el contenido constante en la Disposición General Vigésimo Primera. (...) una lectura adecuada, proporcional con los derechos salvaguardados por la Disposición General Vigésimo Primera, no solo que debería ratificar que los pagos percibidos por concepto de pensiones vitalicias se configuraron a partir de normas expresas, sino que, conforme a la misma Disposición, los beneficiarios de las mismas deben seguir percibiéndolas en el futuro. (El resaltado me corresponde).

(...)

*Con respecto a la naturaleza jurídica de los Decretos Ejecutivos aludidos en la consulta, es importante evidenciar que hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público en el año 2010, no existió una ‘ley’ que regule la materia, es decir, el pago de pensiones vitalicias y derechos adquiridos a percibir estas pensiones por parte de ex mandatarios. **La regulación se plasmó en Decretos y resoluciones, mismos que, a falta de ley, se constituyeron, constituyen y deben constituir en el futuro (en respeto a derechos adquiridos) en las normas con fuerza de ley que justificaron, justifican y justificaran el pago de pensiones vitalicias a quienes son identificados como beneficiarios en las mismas. Asumir una posición contraria, sustentada en que los decretos no pueden ser considerados como ‘norma legal’, equivaldría a sostener que la Disposición General Vigésimo Primera de la LOSEP carece de efecto jurídico, con las graves implicaciones que aquello tendría en los derechos antes mencionados. (...) En otras palabras, la derogatoria constante en la LOSEP no podría operar respecto a la Disposición General Vigésimo Primera contenida en la misma ley. Esto en estricto respeto a la seguridad jurídica y a los derechos adquiridos de los beneficiarios de dichas pensiones. Esto implica que, si las normas se leen de***

¹² Sentencia No. 042-14-AN/19, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 29 de 8 de Enero 2020.

¹³ Sentencia No. 41-15-AN/21, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 137 de 23 de febrero de 2021.

¹⁴ Sentencia No. 791-16-EP/21, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 257 de 27 de diciembre de 2021.

¹⁵ Sentencia No. 1583-15-EP/21, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 256 de 27 de diciembre de 2021.

¹⁶ Sentencia No. 071-16-SEP-CC, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 767 de 02 de junio de 2016.

¹⁷ Sentencia No. 039-11-SEP-CC, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 743 de 11 de julio de 2012.

¹⁸ Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso **ABRILL ALOSILLA Y OTROS VS. PERÚ** CIDH, publicada en la página web: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/i-court-h-r-883974781>

manera sistémica o integral no existe contradicción alguna entre el inciso noveno de la Disposición Derogatoria y la Disposición General Vigésimo Primera de la misma LOSEP. Resulta claro que el efecto de la disposición derogatoria en mención rige para casos futuros y no para el caso de expresidentes, vicepresidentes u otros beneficiarios de dichas pensiones, que ya tenían este derecho adquirido al amparo de Decretos Ejecutivos y/o resoluciones pertinentes. (El resaltado me corresponde).

(...)

Precisamente en virtud de este análisis, que resulta repetuoso (sic) y conforme a la Constitución, estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ley Orgánica del Servicio Público, entendiéndose por esta última a -todas- las normas concernientes a la materia (Arts. 135, 135, Disposición General Vigésimo Primera e inciso noveno de las Disposiciones Derogatorias) y el contenido previsto en los Decretos Ejecutivos aludidos por el señor Contralor en su consulta (que junto con otros adicionales, incluyendo resoluciones, que no se refieren en la consulta, fueron y son las normas que justificaron y justifican el pago de pensiones vitalicias), se ha procedido y se continúa procediendo con el pago de pensiones vitalicias a los ex mandatarios y demás beneficiarios de las mismas. (El resaltado me corresponde).

(...)

Con respecto a la segunda consulta que formula el señor Contralor al Procurador General de (sic) Estado, advertimos que contiene dos escenarios. El primero de ellos pretende que el señor Procurador determine si los ex Presidentes Constitucionales. El segundo, por su parte, pretende que el Procurador determine si al haber sido nombrados por el Congreso Nacional, cumplirían con uno de los presupuestos contemplados en los artículos 135 y 136 de la LOSEP, esto es, que haya existido de por medio una 'votación popular'.

(...) no es procedente la emisión de un criterio jurídico por parte del señor Procurador General del Estado respecto a este primer escenario. (El resaltado me corresponde).

Ahora bien, con respecto al segundo escenario, (...) considero que la respuesta sería que no, pues en los casos descritos no existió un mecanismo de democracia directa, de sufragio universal a través del cual el pueblo haya expresado su voluntad, en definitiva, que haya legitimado sus mandatos. (El resaltado me corresponde).

Esto implicaría, en consecuencia, que los ex Presidentes que fueron nombrados por el Congreso Nacional y cuyos mandatos fueron legitimados popularmente por medio de un mecanismo de democracia directa, a través del sufragio universal, con la participación y voto de los ciudadanos en las urnas, cumplen

*con el presupuesto contemplado en los artículos 135 y 136 de la LOSEP y, en consecuencia, **deberían ser beneficiarios de las pensiones vitalicias allí establecidas.***” (El resaltado me corresponde).

1.6. De lo expuesto se observa que, con relación a las consultas formuladas, el informe jurídico de la entidad consultante difiere del criterio jurídico del MDT, pues: *i)* por una parte, la CGE considera que, desde la vigencia de la LOSEP y de conformidad con el inciso noveno de su disposición derogatoria, se encuentran derogados los Decretos No. 112 y sus reformas y No. 101; además, concluye que los expresidentes “*interinos*” no han sido elegidos en un proceso constitucional de elecciones por votación popular, por tanto no cumplirían lo dispuesto en el artículo 135 de la LOSEP; *ii)* por otra parte el MDT, señala que, lo previsto en la Disposición General Vigésima Primera de la LOSEP tutela materialmente el derecho a la seguridad jurídica y derechos adquiridos de los beneficiarios de pensiones vitalicias, y en relación a la segunda consulta plantea que los expresidentes interinos que tengan legitimación directa por sufragio universal cumplen con lo previsto en los artículos 135 y 136 de la LOSEP.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Vigencia de la LOSEP; y, *ii)* Pensiones Vitalicias de Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República del Ecuador previstas en la LOSEP.

2.1. Vigencia de la LOSEP.-

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

La LOSEP, en su artículo 3, señala que su ámbito de aplicación corresponde de forma “*obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública*”, que señala comprende, en su número 1, entre otros, “*Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva (...)*”.

El segundo artículo innumerado agregado luego del artículo 4 de la LOSEP¹⁹ establece que “*En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones de esta Ley, las y los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a las y los servidores públicos*”.

¹⁹ Agregado por el Art. 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que Rigen el Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 19 de mayo de 2017.

La Disposición Final Primera de la LOSEP dispone que lo previsto en esa ley orgánica “*entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial*”, esto es, el 6 de octubre de 2010.

Por su parte, en las Disposiciones Derogatorias de la LOSEP, sus incisos primero y noveno, refieren:

“En cumplimiento de lo que dispone el Art. 39 del Código Civil, derógase en forma expresa toda disposición legal que se oponga a lo establecido por la presente Ley.

(...)

Derogarse expresamente todas las disposiciones legales que establezcan pensiones vitalicias. Regirá únicamente lo establecido en el Título V de esta Ley”.

Con relación al momento en que empieza a regir una ley, y para efectos de la aplicación de las normas de la LOSEP, cabe considerar que el artículo 6 del CC dispone que ‘*entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces*’, sin perjuicio de que la misma ley prevea ‘*un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación*’. Adicionalmente, el inciso primero del artículo 7 *ibídem* determina que ‘*La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo*’.

2.2. Pensiones Vitalicias de Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República del Ecuador previstas en la LOSEP.

Como antecedente, en el marco del contexto constitucional vigente a esa fecha²⁰, mediante Decreto Legislativo No. 7868, de 7 de noviembre de 1954²¹, el entonces Congreso de la República del Ecuador decretó en su artículo 1 “*De acuerdo con el numeral 5º del Artículo 54 de la Constitución Política de la República, créase una pensión jubilar vitalicia en favor de los ex-Presidentes Constitucionales del Ecuador, que hayan sido designados por elección popular*”²².

Con relación a esa norma, en Decreto Supremo No. 146, de 4 de febrero de 1974²³, el entonces Presidente de la República consideró y decretó:

“Que en diversos Decretos que se han expedido en cumplimiento de la indicada disposición legal y habiendo opinado el Congreso Nacional, en su tiempo, de que ésta favorece también a los ciudadanos que se hubieren encargado del Poder Ejecutivo, en virtud de normas constitucionales, se ha reconocido a los ex –

²⁰ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946.

²¹ Decreto Legislativo No. 7868, publicado en el Registro Oficial No. 956 de 27 de octubre de 1955.

²² Constitución de 1946, “Art. 54.- Es prohibido a la Legislatura: (...) 5. Decretar nuevas pensiones vitalicias y aumentar las existentes, a excepción de las que podrán acordarse a favor de los ex Presidentes Constitucionales de la República; (...)” (El resaltado me corresponde).

²³ Decreto Supremo No. 146 de 4 de febrero de 1974, publicado en el Registro Oficial No. 490 de 8 de febrero de 1974.

Presidentes Constitucionales y ex – Encargados del Poder Ejecutivo, la pensión vitalicia de Cinco mil sucres mensuales;

(...)

Art. 1º- Con efecto a partir del 1º de enero de 1974, la pensión vitalicia que vienen percibiendo los ex – Presidentes Constitucionales y ex – Encargados del Poder Ejecutivo, (...) será la de Quince mil sucres mensuales (...)”.

Posterior a la expedición a los referidos decretos legislativo y ejecutivo, respectivamente, se emitieron varios instrumentos que regularon este beneficio, entre ellos los Decretos No. 112, 935 y 101, de los que tratan sus consultas, todos ellos expedidos previo a la vigencia de la LOSEP.

La LOSEP, en su Título XII “*DE LAS PENSIONES VITALICIAS DE PRESIDENTES Y VICEPRESIDENTES CONSTITUCIONALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*” establece en sus artículos 135²⁴ y 136, objeto de sus consultas, que son beneficiarios de “*una pensión vitalicia mensual equivalente al setenta y cinco por ciento de la remuneración vigente*”, por una parte, “*las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República, que sean elegidos constitucionalmente por votación popular y se hayan posesionado en el cargo*”, con las excepciones previstas en esas mismas normas y, por otra parte, el “*cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocido de los beneficiarios señalados en el artículo anterior, en caso de fallecimiento*” y a su falta “*los hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidades severas, calificadas por la entidad correspondiente*”.

Con oficio No. 01507 de 31 de mayo de 2018, este organismo analizó la aplicación del artículo 135 de la LOSEP y concluyó:

“La pensión vitalicia mensual establecida en beneficio de los ex Presidentes y Vicepresidentes de la República, constituye un reconocimiento a los servicios prestados por esos dignatarios, elegidos mediante votación popular, cuando han concluido su mandato constitucional; y que, conforme se aprecia de la parte final del artículo 135 de la LOSEP, el beneficio no se aplica respecto de mandatarios cuyo mandato se hubiere revocado.

Adicionalmente, es oportuno observar que, el segundo inciso del artículo 135 de la LOSEP, se aplica al caso de un Vicepresidente que haya asumido las funciones de Presidente de la República, para concluir el periodo en el que dicho binomio fue elegido mediante el voto popular, evento en el que tendrá derecho a la pensión vitalicia en calidad de Presidente de la República.

²⁴ Reformado por la Disp. Reformatoria Cuarta de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, 22-VI-2020.

Por otra parte, la vigente Disposición General Vigésima Primera de la LOSEP establece: **“Las personas que por norma legal vigente a la fecha de su establecimiento han sido beneficiarios de pensiones vitalicias, las seguirán percibiendo en el valor nominal del último mes anterior a la vigencia de esta Ley”** (el énfasis me pertenece).

Al respecto, es necesario señalar que la CC en el Dictamen No. 3-21-CP/21²⁵, al analizar la constitucionalidad de una propuesta de consulta popular, específicamente en su pregunta 3 relacionada con “consultar a la ciudadanía sobre la eliminación de las pensiones vitalicias para todas las y los ex presidentes y vicepresidentes constitucionales de la República del Ecuador” y que, “Para este efecto, se propone modificar los artículos 135 y 136 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)”, concluyó sobre este beneficio:

*“35. La Corte también estima que, en caso de ser aprobada en consulta popular, la aplicación de la misma no incurre en prohibiciones constitucionales, no limita derechos y garantías y mucho menos reforma el texto de la Constitución. Ello, esencialmente, porque la pensión vitalicia constituye un beneficio legal que de ninguna manera puede ser confundido con un derecho constitucional. También vale señalar que, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, **una eventual aplicación de la reforma legal propuesta no puede tener efectos retroactivos, sino solo hacia futuro a partir de su publicación en el Registro Oficial.**”* (El énfasis me corresponde).

Finalmente, el inciso noveno de las Disposiciones Derogatorias de la LOSEP deroga “*expresamente todas las disposiciones legales que establezcan pensiones vitalicias. Regirá únicamente lo establecido en el Título V de esta Ley*”.

De lo expuesto se observa que: *i)* según lo establecido por la Corte Constitucional en el Dictamen No. 3-21-CP/21, la pensión vitalicia a favor de expresidentes y exvicepresidentes “*constituye un beneficio legal que de ninguna manera puede ser confundido con un derecho constitucional*”, y cualquier reforma posterior sobre este beneficio observara que su propuesta “**no puede tener efectos retroactivos, sino solo hacia futuro a partir de su publicación en el Registro Oficial**” (el énfasis me pertenece); *ii)* la vigente Disposición General Vigésima Primera de la LOSEP establece que las personas que han recibido pensiones vitalicias por una norma legal – previa a la ley antes mencionada – seguirán percibiéndola, y los artículos 135 y 136 de la norma ibidem regulan las pensiones vitalicias a favor de expresidentes y exvicepresidentes constitucionalmente elegidos o ratificados por votación popular y se hayan posesionado en el cargo desde la entrada en vigencia de la LOSEP; y, *iii)* el inciso noveno de las Disposiciones Derogatorias de la LOSEP derogó las disposiciones legales que establecieron pensiones vitalicias antes de la entrada en vigencia de la LOSEP, sin embargo, aquellas deben continuar aplicándose en los casos en que ya hubiera iniciado su aplicación de conformidad con lo dispuesto en la Disposición General Vigésima Primera de la misma ley.

²⁵ Dictamen No. 3-21-CP/21, publicado en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 218 de 27 de septiembre de 2021.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la primera consulta se concluye que los Decretos Ejecutivos Nros. 112, de 14 de marzo de 1980, 101, de 8 de julio de 1981 y 935, de 26 de febrero de 1981, si bien se encuentran derogados, contienen disposiciones relativas al pago de pensiones vitalicias que, a la fecha de su expedición regulaban tal materia y que deben continuar aplicándose, de conformidad con lo previsto en la Disposición General Vigésima Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público (que se encuentra, a su vez, en plena vigencia). Por lo antes indicado, se debe continuar cumpliendo con la pensión vitalicia a aquellos que empezaron a percibirla por ministerio de una norma distinta y previa a la LOSEP, lo que incluye a los indicados decretos y demás resoluciones.

Respecto de la segunda consulta planteada, únicamente los expresidentes y exvicepresidentes Constitucionales de la República, que hayan sido elegidos o que hubieran sido ratificados por votación popular y que, en cualquiera de esos casos, se hayan posesionado en el cargo, tienen derecho a lo previsto en los artículos 135 y 136 de la LOSEP.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Mgs. Ivonne Elizabeth Núñez Figueroa
MINISTRA DEL TRABAJO

Mgs. Juan Carlos Vega Malo
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Abg. Mishel Andrea Mancheno Dávila
SECRETARIA GENERAL JURÍDICA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Oficio N° **05677**

Quito, D.M., **22 FEB 2024**

Magíster
Romina Alejandra Muñoz Prócel
MINISTRA DE CULTURA Y PATRIMONIO
Presente.

De mi consideración:

Mediante oficio No. MCYP-MCYP-2024-0003-O, de 4 de enero de 2024, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, se formuló la siguiente consulta:

“¿Qué normativa legal prevalece al establecer correctamente el periodo y los requisitos para designar al Director/a Ejecutivo/a del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Cultura y artículo 43 de su Reglamento General, o lo establecido por el artículo 25 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 05161, de 9 de enero de 2024, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante, “SENESCYT”), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, requerimiento que fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de dicha secretaría, mediante oficio No. SENESCYT-CGAJ-2024-0014-CO de 22 de enero de 2024, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente.

1.2. El informe jurídico No. MCYP-CGAJ-2024-001-I, de 4 de enero de 2024, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura y Patrimonio (en adelante, “MCP”), citó los artículos 237, 377, 378 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹(en adelante, “CRE”); 1, 23, 24, 42, 43, 44, 45 y 46 de la Ley Orgánica de Cultura² (en adelante “LOC”); 42 y 43 del Reglamento General a la LOC³ (en adelante, “RGLOC”); 1, 24 y 25 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación⁴ (en adelante, “Código Ingenios”); 53 y 55 del Código Orgánico Administrativo⁵ (en adelante, “COA”); y, 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales

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

² LOC, publicada en el Sexto Suplemento del Registro Oficial No.913, de 30 de diciembre de 2016.

³ RGLOC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 8, de 6 de junio de 2017.

⁴ Código Ingenios, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 899, de 9 de diciembre de 2016.

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

y Control Constitucional⁶ (en adelante, “LOGJCC”); con fundamento en los cuales analizó y concluyó que:

“3.- DE (sic) CONSULTA A LA PROCURADURIA (sic) GENERAL DEL ESTADO.-

Del análisis de la normativa en cuestión, existe contraposición entre dos normas de igual jerarquía, esto es el artículo 46 de la Ley Orgánica de Cultura y artículo 43 de su Reglamento General, con lo establecido por el artículo 25 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en relación al periodo y los requisitos para designar al Director/a Ejecutivo/a del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (...)

5.- POSICION (sic) INSTITUCIONAL Y CRITERIO DE LA ENTIDAD CONSULTANTE.-

(...), se debe considerar lo siguiente:

- ✓ *Que, el INPC, es una entidad pública adscrita al Ministerio de Cultura y Patrimonio, y forma parte del Sistema Nacional de Cultura, y que sus deberes y atribuciones están determinadas por el artículo 44 de la Ley Orgánica de Cultura;*
- ✓ *Que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley Orgánica de Cultura, la finalidad del INPC, es el desarrollo de la investigación y el ejercicio del control técnico del patrimonio cultural, regulada y contralada por la Ley Orgánica de Cultura y su Reglamento General, y que atiende y coordina la política pública emitida por el ente rector de la Cultura y el Patrimonio;*
- ✓ *Y, que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, tiene por objeto normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, previsto en la Constitución y su articulación con el Sistema Nacional de Cultura (Énfasis corresponde al texto original).*

Por lo que, se concluye que el artículo 46 de la Ley Orgánica de Cultura y artículo 43 de su Reglamento General, tienen preeminencia sobre el artículo 25 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, por predominio del principio de especialidad normativa, que prevalece frente al cronológico e incluso cede ante el jerárquico, esto, en apego al numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, consecuentemente lo correcto es aplicar el período y los requisitos mínimos establecidos en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Cultura y artículo 43 de su Reglamento General.” (Énfasis corresponde al texto original).

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

1.3. Por su parte, el informe jurídico de la SENESCYT, además de las normas referidas por la consultante, citó, en lo principal, los artículos 82, 83, 226, 385 y 386 de la CRE; 2 del Código Ingenios; 11 y 12 del Reglamento General al Código Ingenios⁷ (en adelante, “RG Código Ingenios”); 41 del RGLOC; y, 14 del COA; sobre cuya base analizó y concluyó lo siguiente:

“3. ANÁLISIS JURÍDICO:

(...) al existir una contradicción entre la Ley Orgánica de Cultura, su Reglamento General y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación se debe analizar la normativa competente y jerárquicamente superior.

Al respecto, es imperante acotar que en la Constitución de la República del Ecuador (normativa jerárquicamente superior), se determina que el sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales comprende, entre otros, a los institutos de investigación públicos, particular que conforme lo determinado en la Ley Orgánica de Cultura, su Reglamento General y el Reglamento del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación corresponde al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural – INPC; por lo tanto, el mismo forma parte de este sistema y se debe regir a las disposiciones emitidas para el aludido sistema.

Por su parte, es menester indicar que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación tiene por objeto normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la Constitución de la República del Ecuador y su ámbito de aplicación es para todas las formas de asociación públicas y/o privadas, así como para personas naturales que desarrollen actividades de investigación, creatividad, conocimientos, saberes ancestrales e innovación.

(...)

4. CRITERIO JURIDICO (sic):

En atención al análisis realizado y a la normativa vigente aplicable, es criterio de esta Secretaría de Estado, que la normativa aplicable para regular a los institutos públicos de investigación, es el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, ya que contiene disposiciones que regulan el funcionamiento, desarrollo y composición del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, el mismo que, por mandato constitucional está conformado por los referidos institutos de investigación, en tal virtud, se puede deducir que es la normativa competente para regular la estructura y actividad de los actores de investigación”.

1.4. De los criterios jurídicos previamente citados se aprecia que el MCP y la SENESCYT coinciden en que existe una antinomia entre la LOC y el Código Ingenios, pero difieren en la forma de resolverla.

⁷ RG Código Ingenios, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 9 de 7 de junio de 2017.

Así, el MCP considera aplicable la LOC y su reglamento, para efectos de determinar el periodo y requisitos que debe cumplir el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (en adelante, “INPC”), como entidad adscrita a esa secretaría de Estado.

Por su parte, el análisis y conclusiones de la SENESCYT se refieren en forma general a los institutos de investigación que forman parte del sistema nacional sujeto a la rectoría de esa Secretaría y, sobre dicha base, concluye que el Código Ingenios prevalece respecto de la LOC.

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* Sistemas Nacionales de Cultura y de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales; *ii)* Objeto y ámbito de aplicación de la LOC; *iii)* Objeto y ámbito de aplicación del Código Ingenios; y, *iv)* Examen de la existencia de antinomia.

2.1. Sistemas Nacionales de Cultura y de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales.-

De acuerdo con el artículo 21 de la CRE, las personas tienen el derecho a “*conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural*”; adicionalmente, es deber de las personas “*Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos*”, según el numeral 13 del artículo 83 ibídem.

En tal contexto, el numeral 7 del artículo 3 de la CRE establece la obligación del Estado de “*Proteger el patrimonio natural y cultural del país*”, y el Título VII establece el “*RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR*”, el cual contiene dos capítulos. En el primero de ellos, titulado “*Inclusión y Equidad*”, el artículo 340 crea el “*Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social*”, que según el inciso final de esa norma constitucional se compone de “*los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte*”.

Cada uno de los ámbitos que componen el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social son desarrollados por la CRE en doce secciones, las cuales establecen varios sistemas nacionales, entre ellos el “*Sistema Nacional de Cultura*” (en adelante, “*SNC*”), que se regula por la Sección V; y, el “*Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales*” (en adelante, “*SNCTISA*”), ubicado en la Sección VIII del mencionado Título VII.

Según el artículo 377 de la CRE, el SNC garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales y tiene como finalidades fortalecer la identidad nacional, así como “*salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural*”. Respecto de la forma en que se integra el SNC, el artículo 378 ibídem dispone:

***“El sistema nacional de cultura estará integrado por todas las instituciones del ámbito cultural que reciban fondos públicos y por los colectivos y personas que voluntariamente se vinculen al sistema.*”**

Las entidades culturales que reciban fondos públicos estarán sujetas a control y rendición de cuentas.

*El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través del órgano competente, con respeto a la libertad de creación y expresión, a la interculturalidad y a la diversidad; **será responsable de la gestión y promoción de la cultura**, así como de la formulación e implementación de la política nacional en este campo” (énfasis me corresponde).*

De otra parte, el artículo 385 de la CRE incluye entre las finalidades del SNCTISA: “1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos. 2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. 3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir”; y, con relación a la forma en que se integra dicho sistema, el artículo 386 ibídem señala:

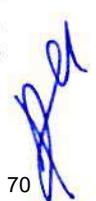
*“El sistema comprenderá programas, políticas, recursos, acciones, e incorporará a instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, **institutos de investigación públicos** y particulares, empresas públicas y privadas, organismos no gubernamentales y personas naturales o jurídicas, **en tanto realizan actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales.***

El Estado, a través del organismo competente, coordinará el sistema, establecerá los objetivos y políticas, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, con la participación de los actores que lo conforman” (Énfasis me corresponde).

De las normas citadas se aprecia que: i) al desarrollar el régimen del buen vivir, la CRE establece varios sistemas nacionales que se regulan en capítulos y secciones diferentes, pues cada uno de dichos sistemas tiene sus propias finalidades; ii) el SNC tiene por finalidad, entre otras, la de salvaguardar el patrimonio cultural, siendo responsable de la gestión y promoción de la cultura; y, se integra por todas las instituciones del ámbito cultural que reciben fondos públicos y estén sujetas al MCP; iii) al SNCTISA le corresponde generar y difundir conocimientos, recuperar saberes ancestrales, entre otras finalidades, y se integra por las instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, así como institutos de investigación públicos y particulares, que realicen “*actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales*”, que están sujetos a un organismo que “*coordinará el sistema*”; y, iv) el SNC y el SNCTISA componen a su vez el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social que establece y desarrolla la CRE.

2.2. Objeto y ámbito de aplicación de la LOC.-

El objeto de la LOC, según su artículo 1, es determinar las competencias, atribuciones y obligaciones del Estado y su política pública orientada a garantizar el ejercicio de los derechos culturales y la interculturalidad, e incluye además “*la institucionalidad encargada del ámbito de la cultura y el patrimonio a través de la integración y funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura*”.



Al efecto, el artículo 23 de la LOC define al SNC como un conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, instituciones, entidades, organizaciones, que deben actuar en forma coordinada para garantizar el ejercicio pleno de los derechos culturales; y el artículo 25 ibídem confiere al MCP la rectoría de dicho sistema.

Según el artículo 24 de la LOC, el SNC se integra por todas las instituciones del ámbito cultural que reciban fondos públicos, los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de Régimen Especial, la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, y los colectivos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, entidades, actores y gestores de la cultura que se vinculen voluntariamente al sistema. Adicionalmente, de acuerdo con la misma norma, el SNC se conforma por dos subsistemas: 1) el de la Memoria Social y el Patrimonio Cultural, del que forma parte el INPC, entre otras entidades; y, 2) el de las Artes e Innovación.

Según el mencionado artículo 25 de la LOC, la rectoría del SNC, que corresponde ejercer al MCP, comprende la formulación de políticas, su ejecución, monitoreo y evaluación, los planes, programas y proyectos, y la elaboración y ejecución presupuestaria, debiéndose aplicar criterios de descentralización y desconcentración, acción afirmativa y los demás *“preceptos establecidos en la Constitución de la República, en esta Ley y en otras normas relacionadas”*. Adicionalmente, el tercer inciso del mismo artículo confiere al ministerio rector atribución para regular a las entidades, organismos e instituciones que integran el SNC *“en el ámbito de sus competencias”*.

En cuanto se refiere al INPC, el artículo 42 de la LOC lo define como *“una entidad pública de investigación y control técnico del patrimonio cultural, con personería jurídica propia y competencia nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio, con capacidad de gestión financiera y administrativa”*; cuya finalidad, según el artículo 43 de la misma ley, es *“el desarrollo de la investigación y el ejercicio del control técnico del patrimonio cultural”*, previéndose al efecto que atienda a la política pública emitida por el ente rector.

El desarrollo de investigaciones sobre patrimonio cultural consta también como atribución del INPC, conforme a la letra a) del artículo 44 de la LOC, que al efecto prevé se coordinen acciones con las universidades e instituciones dedicadas al estudio del patrimonio cultural a nivel nacional e internacional. En el mismo sentido, la letra l) de esa norma dispone que el INPC coordine con el Régimen Integral de Educación y Formación en Artes, Cultura y Patrimonio *“la implementación de los programas de capacitación continua en patrimonio”*.

Finalmente, respecto del Director Ejecutivo del INPC, el artículo 46 del LOC prevé que *“será designado para un período de cuatro años por el Directorio, de entre los aspirantes mejor puntuados de la convocatoria pública, de conformidad con el Reglamento respectivo”*. El inciso final de la misma norma agrega que la designación se realizará mediante concurso. Concordante, el artículo 43 del RLOC establece los requisitos mínimos para la designación del Director Ejecutivo del INPC, e incluye entre ellos el siguiente: *“a) Título de tercer nivel en áreas vinculadas a la investigación especializada o a la gestión del patrimonio cultural”*; además de una *“Experiencia mínima de 7 años en el ámbito de la gestión y/o la investigación del patrimonio cultural”*.

De lo expuesto se desprende que: i) el SNC se compone por un conjunto de competencias, atribuciones y obligaciones del Estado, así como por la institucionalidad encargada del

ámbito de la cultura y el patrimonio, cuya rectoría compete al MCP; *ii*) el SNC se conforma por dos subsistemas, entre ellos el de la Memoria Social y el Patrimonio Cultural, del que forma parte el INPC, creado por la LOC como entidad pública de investigación y control técnico del patrimonio cultural, con personería jurídica propia y competencia nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio; *iii*) la investigación del patrimonio cultural es finalidad y atribución del INPC, debiendo coordinar acciones con las universidades e instituciones dedicadas al estudio del patrimonio cultural a nivel nacional e internacional; y, *iv*) el Director Ejecutivo del INPC debe ser designado por el directorio de ese instituto para un período de cuatro años, mediante concurso, y entre los requisitos mínimos se le exige que tenga título de tercer nivel en áreas vinculadas a la investigación especializada o a la gestión del patrimonio cultural.

2.3. Objeto y ámbito de aplicación del Código Ingenios.-

Según el artículo 1 del Código Ingenios, el objeto de ese cuerpo normativo es normar el SNCTISA y su articulación con otros sistemas nacionales, como el de educación, de educación superior y el SNC, con la finalidad de establecer un marco legal en el que se estructure la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación.

La rectoría del SNCTISA corresponde a la SENESCYT, según el artículo 7 del Código Ingenios, a la que compete la coordinación entre los sectores público, privado, popular y solidario, las instituciones del Sistema de Educación Superior “y los demás sistemas, organismos y entidades que integran la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación”.

El SNCTISA, conforme a los artículos 5 y 6 del Código Ingenios, “*comprende el conjunto coordinado y correlacionado de normas, políticas, instrumentos, procesos, instituciones, entidades e individuos que participan en la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación, para generar ciencia, tecnología, innovación (...)*”, y se conforma por un conjunto de actores, que son: 1) Organismos rectores y de definición, control y evaluación de políticas, entre ellos la SENESCYT como rectora del sistema; 2) la Autoridad Nacional competente en materia de derechos intelectuales; 3) Organismos Consultivos para la planificación de la política pública; 4) Actores Generadores y Gestores del Conocimiento, entre los que se incluye a las instituciones de educación superior y a las entidades de investigación científica; y, 5) Organismos Aseguradores de la Ética en la Investigación Científica.

Al efecto, el artículo 2 del Código Ingenios incluye en su ámbito de aplicación a todas las personas naturales, jurídicas y demás formas asociativas “*que desarrollen actividades relacionadas a la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación*”, es decir actividades enfocadas a la creación de valor a partir del uso del conocimiento como bien de interés público, por lo que el artículo 4 de ese código establece sus principios de aplicación, entre ellos, que el acceso al conocimiento sea libre y se desarrolle de manera colaborativa y corresponsable y se oriente al buen vivir, según los numerales 1, 4 y 5.

Finalmente, el Código Ingenios contiene disposiciones generales sobre los “*institutos públicos de investigación*” que, según su artículo 24, son entidades con autonomía administrativa y financiera, cuyo objeto es “*planificar, promover, coordinar, ejecutar e*

impulsar procesos de investigación científica, la generación, innovación, validación, difusión y transferencia de tecnologías”, garantizando, también en forma general, el funcionamiento de aquellos relacionados con las materias descritas en esa norma, que incluye el “patrimonio cultural y los demás que el Presidente de la República considere necesarios” (el énfasis me corresponde).

En tal contexto, el artículo 25 del Código Ingenios, respecto a la máxima autoridad de los institutos públicos de investigación, prevé que será un Director Ejecutivo y con relación a su periodo y requisitos para la designación dispone lo siguiente:

“Máxima autoridad de los institutos públicos de investigación.- Cada instituto público de investigación estará dirigido por un Director Ejecutivo, que será designado por periodos de cinco años y podrá ser reelegido. Deberá poseer el grado académico de PhD; estar acreditado por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación; tener experiencia en participación en procesos de investigación y desarrollo; haber dirigido y gestionado proyectos de investigación; y, contar con publicaciones indexadas o patentes. El reglamento general definirá las particularidades de estos requisitos considerando la naturaleza de cada institución”.

Por su parte, el artículo 12 del RG Código Ingenios incluye al INPC entre los institutos públicos de investigación, sin contener previsiones específicas sobre su organización y funcionamiento.

De lo manifestado se aprecia lo siguiente: *i)* el Código Ingenios establece y regula el SNCTISA, cuya rectoría compete a la SENESCYT. El SNCTISA se conforma por un conjunto de actores e instituciones, entre ellos los generadores y gestores de conocimiento, por lo que se debe articular con otros sistemas nacionales, tal como el SNC; *ii)* el ámbito de aplicación del Código Ingenios está referido al desarrollo de actividades enfocadas a la creación de valor a partir del uso del conocimiento como bien de interés público; *iii)* el Código Ingenios y su reglamento no contienen disposiciones específicas sobre el INPC, sino disposiciones generales sobre los “institutos públicos de investigación”, cuyo objeto sea “planificar, promover, coordinar, ejecutar e impulsar procesos de investigación científica” en las materias descritas en ese código, y su máxima autoridad será un Director Ejecutivo, quien tendrá un periodo de 5 años y debe contar con el grado académico de PhD; y, *iv)* si bien el Código Ingenios prevé que el reglamento defina las particularidades de estos requisitos considerando la naturaleza de cada institución, el RG Código Ingenios no contiene disposición alguna específica sobre el INPC.

2.4. Examen de la existencia de antinomia.-

De las normas citadas en los acápite precedentes se observa que el Código Ingenios y la LOC desarrollan las regulaciones sobre el SNCTISA y el SNC establecidos por la CRE, y que ambos componen a su vez el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social, por lo que las entidades públicas que forman parte de dichos sistemas sujetos a una adecuada articulación, están especialmente llamadas a observar los principios de legalidad y coordinación establecidos tanto por el artículo 226 de la CRE como por los artículos 9 y 14 del COA, que imponen a las administraciones públicas el deber de desarrollar sus competencias de forma racional y ordenada, y evitar las duplicidades.

Con relación al INPC, se aprecia que su creación consta prevista en forma expresa por el artículo 42 de la LOC, y que dicha ley regula además sus fines y atribuciones, que son la investigación y el control técnico del patrimonio cultural. Esa ley regula además la integración del Directorio del INPC, y adicionalmente establece de forma específica el periodo y requisitos que debe cumplir el Director Ejecutivo del INPC, que según los artículos 46 de la LOC y 43 de su reglamento son 4 años de periodo y cumplir con el requisito de poseer título de tercer nivel.

Por su parte, el Código Ingenios contiene disposiciones generales relacionadas a los institutos públicos de investigación, cuyo objeto sea planificar, promover, coordinar, ejecutar e impulsar procesos de investigación científica. En igual forma, las previsiones del Código Ingenios y su reglamento sobre el periodo y requisitos del Director Ejecutivo de los mencionados institutos son generales (5 años de periodo y poseer título de PhD).

El numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC establece las reglas de solución de antinomias y prevé que *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*.

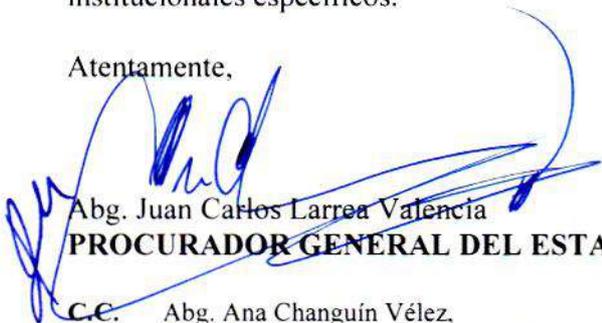
En el caso, tanto el Código Ingenios como la LOC son leyes orgánicas que desarrollan sistemas nacionales establecidos por la CRE; sistemas con finalidades diferentes y obligados a articularse, por lo que el criterio jerárquico no resuelve la antinomia. Adicionalmente, se observa que las regulaciones específicas sobre el INPC constan en la LOC, mientras que el Código Ingenios contiene normas generales. Finalmente, es oportuno considerar que la LOC se promulgó con posterioridad al Código Ingenios.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta y de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, se concluye que el periodo y los requisitos para la designación del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural son los previstos en forma específica para esa entidad por los artículos 46 de la Ley Orgánica de Cultura y 43 de su Reglamento General, que por especialidad y posterioridad prevalecen respecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Abg. Ana Changuín Vélez,
Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación

Oficio No. 05683

Quito, D.M., 22 de febrero de 2024

Señor

Roberto Kury Pesantez

GERENTE GENERAL

CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP

Presente. -

De mi consideración:

Mediante oficio Nro. CNTEP-GGE-2024-0025-O, de 31 de enero de 2024, ingresado en la Procuraduría General del Estado el mismo día, se formuló la siguiente consulta:

“Es aplicable lo establecido en el Art. 56 a) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, que en lo pertinente señala: ‘Se tendrá como inexistente y no surtirá ningún efecto legal el contrato colectivo de trabajo o el acta que se celebre sin el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, sí como el artículo 74, numeral 17 del Código Orgánico de Planificación y de las Finanzas Públicas, que establece la necesidad del referido dictamen por parte del Ministerio de Finanzas, considerando que en la reclamación colectiva antes referida, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje emitió un fallo, sin que existiera un acuerdo entre las partes?’”

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes.-

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1. El Informe Jurídico contenido en el memorando Nro. CNTEP-GNJUR-2024-0113-M, de 31 de enero de 2024, suscrito por la Gerente Nacional Jurídica de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP (en adelante “CNT EP”), refirió, respecto de CNT EP, el Decreto Ejecutivo Nro. 218, de 14 de enero de 2010, artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, adicionalmente, citó los artículos 82, 226, 227 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “CRE”); 70, 74 numeral 17, 77 y 114 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante “COPYFP”); 56 letra a de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (en adelante “LRFP”); 231 y 232 del Código de Trabajo (en adelante “CT”); 17 y 18 del Instructivo para la Presentación, Negociación y Suscripción de Contratos Colectivos de Trabajo y Actas Transaccionales en el Sector Privado y en el Sector Público (en adelante “Instructivo de Contratos Colectivos”), con fundamento en los cuales analizó y concluyó que:

“3. ANÁLISIS Y CRITERIO

El Tribunal de Conciliación y Arbitraje por mayoría, mediante el referido fallo del 10 de noviembre de 2023, dentro del literal d) del número 5 (excepciones presentadas), en relación al requisito establecido en el Art. 74, numeral 17 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, textualmente ha manifestado:

(...) La mencionada exigencia no conlleva la responsabilidad del órgano jurisdiccional especial de Trabajo de tomar esta decisión o de buscar el dictamen en cuestión, ya que nos encontramos ante una reclamación colectiva y no ante un acuerdo entre las partes. (...)

Al respecto, el Director Regional de Trabajo y Servicio Público de Quito, Esp. Paúl Gabriel Muñoz Mera, mediante oficio Nro. DT-DRTSPQ-2023-1845-O del 14 de diciembre de 2023, manifestó que la resolución emitida por el referido tribunal de Conciliación y Arbitraje, tiene los mismos efectos obligatorios del contrato colectivo de trabajo y entra en vigencia inmediata posterior a la ejecutoria del fallo, sin que exista normativa legal que requiere de registro alguno para este fin, sin embargo, con fecha 19 de enero de 2024, el Ing. Jorge Antonio Villaroel Chalán, Subsecretario de Relacionamiento Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas, a través de Oficio Nro. MEF-SRF-2024-0065-O, hace referencia al requisito del dictamen del ente rector del SINIFIP, establecido en el artículo 74, numeral 17 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas así como del Art. 56, literal a) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, el mismo que en lo pertinente señala:

(...) Se tendrá como inexistente y no surtirá ningún efecto legal el contrato colectivo de trabajo o el acta transaccional que se celebre sin el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público. Adicionalmente hace énfasis en que el Ministerio de Economía y Finanzas NO se ha pronunciado conforme lo establecido, en ninguna instancia respecto al Proyecto del Tercer Contrato Colectivo de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, por lo que deslinda a dicha cartera del Estado de cualquier responsabilidad al respecto.

La autoridad competente en materia laboral mediante Oficio Nro. MDT-DRTSPQ-2024-2575-O, de 29 de enero de 2024, suscrito por la Directora Regional de Trabajo y Servicio Público de Quito (e), respondió a la consulta realizada por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP a través de Oficio Nro. CNTEP-GNDEO-2024-0017-O, y manifestó que la resolución de mayoría emitida por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje dentro de la Reclamación Colectiva Nro. 320471, tiene los mismos efectos obligatorios del contrato colectivo de trabajo y entra en vigencia inmediata posterior a la ejecutoria del fallo en calidad de vinculante, por lo que, se colige que dicho pronunciamiento emitido por la autoridad laboral, es de mandatoria aplicación en relación al fallo.

No obstante del fallo y del pronunciamiento de la autoridad laboral, se ha presentado el pronunciamiento emitido por el Ministerio de Finanzas, el mismo que genera una duda razonable en la aplicación del literal a) del Art. 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, misma que claramente establece que se tendrá como inexistente y no surtirá ningún efecto legal el contrato colectivo de trabajo o el acta transaccional que se celebre sin el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, por lo que, es importante considerar también lo dispuesto en el Art. 115 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone que las entidades, incluido a las empresas públicas, previo a contraer compromisos y obligaciones, de manera obligatoria deberán contar con la respectiva certificación presupuestaria, lo cual es concordante con lo dispuesto en el Art. 56, literal a) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

4. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De lo expuesto, se concluye que el pronunciamiento emitido por el Ministerio del Trabajo es mandatorio y vinculante para la aplicación del fallo emitido por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, en mayoría, sin embargo, por lo dispuesto en la normativa del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, así como de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas; y, el pronunciamiento del Ministerio de Finanzas genera una duda razonable en la aplicación de la normativa señalada.(...).”

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i) Naturaleza Jurídica y Procedimiento para Contratos Colectivos; ii) Controversias Relativas a Contratos Colectivos Conocidas por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje; iii) Dictamen Obligatorio y Vinculante respecto de la Disponibilidad de Recursos Financieros Suficientes para Cubrir los Incrementos Salariales y los Demás Beneficios Económicos y Sociales que Signifiquen Egresos que se Pacten en los Contratos Colectivos de Trabajo.*

2.1. Naturaleza Jurídica y Procedimiento para Celebración de Contratos Colectivos.–

De acuerdo con el numeral 13 del artículo 326 de la CRE, el derecho al trabajo garantiza “*la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras*”; adicionalmente, el 327 *ibídem* prohíbe cualquier forma de precarización que afecte los derechos de los trabajadores de forma individual o colectiva.

En este contexto, el artículo 220 del CT define al contrato colectivo como “**(...) el convenio celebrado** entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto” (el énfasis me corresponde).

En este sentido, es necesario señalar lo que indica el Código Civil respecto de lo que es un contrato. El artículo 1454 de la norma antes mencionada establece que *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*.

Sobre los contratos colectivos celebrados con instituciones del Estado, el artículo 221 del CT prevé que *“las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado con finalidad social o pública, el contrato colectivo se suscribirá con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores. En todo caso sus representantes no podrán exceder de quince principales y sus respectivos suplentes, quienes acreditarán la voluntad mayoritaria referida, con la presentación del documento en el que constarán los nombres y apellidos completos de los trabajadores, sus firmas o huellas digitales, número de cédula de ciudadanía o identidad y lugar de trabajo.”*

Según el artículo 247 del CT y el artículo innumerado agregado a continuación, los contratos colectivos en el sector público no amparan a los representantes y a funcionarios del nivel directivo o administrativo, sino a quienes con anterioridad a las enmiendas constitucionales de 2015 tenían la calidad de trabajadores del sector público, siempre y cuando no hubiere cambiado con posterioridad su régimen.

Al efecto, el Decreto Ejecutivo Nro. 1701, de 30 de abril de 2009, establece las limitaciones a la contratación colectiva en el sector público, y el inciso tercero del numeral 1.1 de su artículo 1, así como la Disposición Transitoria Primera, incluida mediante reforma introducida por el Decreto Ejecutivo Nro. 255, de 18 de enero del 2010, confieren al Ministerio del Trabajo competencia para realizar la clasificación del personal de las instituciones del sector público en servidores y obreros.

Respecto del procedimiento para la celebración de contratos colectivos, el artículo 223 del CT dispone que las asociaciones de trabajadores facultadas por la ley *“presentarán ante el inspector del trabajo respectivo, el proyecto de contrato colectivo de trabajo, quien dispondrá se notifique con el mismo al empleador o a su representante, en el término de cuarenta y ocho horas”*.

El inciso primero del artículo 224 del CT contempla que, transcurrido el plazo de quince días a partir de la respectiva notificación efectuada por el inspector de trabajo, *“las partes deberán iniciar la negociación que concluirá en el plazo máximo de treinta días, salvo que éstas de común acuerdo comuniquen al inspector del trabajo la necesidad de un plazo determinado adicional para concluir la negociación”*.

De lo anterior se desprende que: *i)* el contrato colectivo es un convenio que se celebra entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas; *ii)* en el sector público el contrato colectivo se suscribe con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores; y, *iii)* para celebrar un contrato colectivo se debe presentar ante el inspector del trabajo el proyecto de contrato colectivo de trabajo, quien a su vez notificará el mismo al empleador.

2.2. Controversias Relativas a Contratos Colectivos Conocidas por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. -

De acuerdo con el artículo 224 del CT (referido en el acápite anterior), si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la totalidad del contrato colectivo en el plazo previsto “*el asunto será sometido obligatoriamente a conocimiento y resolución de un Tribunal de Conciliación y Arbitraje*”, debiendo resolver este exclusivamente sobre los puntos en desacuerdo, conforme lo indicado en el artículo 225 ibídem. Este Tribunal expide fallos que, una vez ejecutoriados, tienen efecto obligatorio, según el artículo 489 ibídem.

El artículo 227 del CT establece que el Director Regional del Trabajo, dentro de las 24 horas siguientes desde que se conoció la reclamación – en la cual se precisa los puntos en que las partes no han llegado a un acuerdo respecto del contrato colectivo –, notificará a la contraparte para que este se pronuncie dentro del término de 3 días. Si la contestación es favorable de forma total, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje convocará a las partes a la suscripción del contrato.

Por otra parte, en caso de que la contestación no fuese favorable totalmente, el Presidente del Tribunal de Conciliación y Arbitraje convocará a audiencia de conciliación. Si la conciliación no se produjere, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje concederá un término de seis días para indagaciones, dentro del cual las partes presentarán sus propuestas sobre los puntos en desacuerdo, con las justificaciones documentadas. Concluido este tiempo, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje emitirá una resolución respecto del asunto materia de la controversia, en el término de tres días (de conformidad con el artículo 231 del CT).

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 231 del CT, la resolución causará ejecutoria, pudiendo únicamente pedirse aclaración o ampliación. De igual manera, la resolución referida tiene los mismos efectos obligatorios del contrato colectivo de trabajo, de acuerdo con el artículo 232 del CT. Pero que tales resoluciones generen los **mismos efectos** imperativos de los contratos colectivos surgidos de la simple voluntad de las partes no altera su **naturaleza jurídica** que, como se analizará más adelante, es esencialmente jurisdiccional. Por ello, el hecho que las indicadas resoluciones produzcan los mismos efectos que los contratos no debe necesariamente conducir a la conclusión de que debe contarse, para su plena validez y eficacia, con los mismos requisitos, condiciones o formalidades exigibles a los pactos laborales colectivos, tanto más cuanto que, precisamente, se activa el indicado mecanismo jurisdiccional de solución de controversias cuando no ha podido prosperar la vía convencional. Para ello (esto es, para exigir que en las resoluciones -de naturaleza jurisdiccional- que dictan los indicados Tribunales se deba cumplir con todos los requisitos, condiciones y formalidades previstos en los casos de contratos colectivos y actas transaccionales -entre los cuales se incluye la necesidad del dictamen previo del Ministerio de Economía y Finanzas-) se requeriría de una disposición legal expresa.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución Nro. 10-2017, declaró como jurisprudencia vinculante que “*Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tiene el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo*”.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que, si bien los Tribunales de Conciliación y Arbitraje no pertenecen a la Función Judicial del Estado, administran justicia en esa materia, de tal manera que sus resoluciones tienen carácter jurisdiccional. Así lo ha expresado en la sentencia nro. 86-11-IS/19, de 16 de julio de 2019, en la que indicó:

“18. No obstante, la propia Constitución prevé en el artículo 326 una excepción al principio de unidad jurisdiccional, prescribiendo de manera imperativa que los conflictos colectivos del trabajo deben someterse a Tribunales de Conciliación y Arbitraje. Siendo así, estos tribunales en primer lugar, gozan de creación constitucional expresa, tienen una conformación especial y tripartita tanto en primera como en segunda instancia y sus decisiones son de naturaleza jurisdiccional. (énfasis añadido)

19. De esta manera se colige que los Tribunales de Conciliación y Arbitraje que conocen los conflictos colectivos de trabajo, en virtud del artículo 326 de la Constitución de la República y que funcionan y sustancian sus causas de conformidad con lo previsto en el artículo 468 del Código de Trabajo, constituyen órganos colegiados, que aún sin ser autoridades públicas en estricto sentido, tienen facultades jurisdiccionales para expedir fallos y resoluciones que resuelven los conflictos colectivos generados entre empleadores y organizaciones de trabajadores reconocidas en la ley; y si bien, no pertenecen a la Función Judicial del Estado, administran justicia en esa materia. (énfasis añadido)”

De lo expuesto se desprende que: *i*) el Tribunal de Conciliación y Arbitraje expide resoluciones de carácter imperativo que, una vez ejecutoriadas, tienen los mismos efectos obligatorios del contrato colectivo; *ii*) el Tribunal de Conciliación y Arbitraje emite la resolución cuando no existe un concurso de voluntades entre las partes para ponerse de acuerdo respecto de los términos del contrato colectivo; *iii*) lo resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje tiene el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo; y, *iv*) el Tribunal de Conciliación y Arbitraje administra justicia en el ámbito de las controversias sobre contratos colectivos y en los conflictos colectivos del trabajo y sus decisiones son de carácter jurisdiccional.

2.3. Dictamen Obligatorio y Vinculante respecto de la Disponibilidad de Recursos Financieros Suficientes para Cubrir los Incrementos Salariales y los Demás Beneficios Económicos y Sociales que Signifiquen Egresos que se Pacten en los Contratos Colectivos de Trabajo.-

El numeral 17 del artículo 74 del COPYFP incluye, entre las atribuciones y deberes del ente rector del SINIFIP, que serán cumplidos por el Ministro a cargo de las finanzas públicas, la siguiente:

“17. Dictaminar obligatoriamente y de manera vinculante sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás

beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos colectivos de trabajo y actas transaccionales” (el énfasis me pertenece).

De acuerdo con lo indicado en el artículo 115 del COPYFP, ninguna entidad u organismo público podrá “*contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria*”

En concordancia con lo anterior, la letra a del artículo 56 de la LRFPP prevé que, **para la celebración de contratos colectivos o actas transaccionales**, “*los directivos de las instituciones contratantes, los organismos de control y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público*” cumplirán obligatoriamente las siguientes reglas:

“a) El Ministro de Finanzas y Crédito Público, en un plazo no mayor de treinta (30) días, dictaminará obligatoriamente sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos colectivos de trabajo y actas transaccionales. La institución del Estado deberá demostrar documentadamente el origen de los fondos con los cuales financiará los incrementos salariales a convenirse con la organización laboral. Se prohíbe que el financiamiento se haga con ingresos temporales. Se tendrá como inexistente y no surtirá ningún efecto legal el contrato colectivo de trabajo o el acta transaccional que se celebre sin el dictamen favorable del Ministro de Finanzas y Crédito Público”

De lo manifestado se aprecia lo siguiente: *i)* es deber del Ministerio de Economía y Finanzas emitir dictámenes sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y otros beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, siempre y cuando sean pactados en contratos colectivos de trabajo o en actas transaccionales; *ii)* para que una entidad u organismo del sector público pueda contraer compromisos, celebrar contratos, o autorizar o contraer obligaciones, requiere la emisión de la respectiva certificación presupuestaria; *iii)* para la celebración de contratos colectivos o actas transaccionales (actuaciones que, por su propia naturaleza, descansan, fundamentalmente, en la voluntad de las partes), las entidades contratantes deben contar con el dictamen del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la disponibilidad de recursos para cubrir los incrementos salariales y demás beneficios económicos; adicionalmente, la entidad contratante del Estado debe demostrar el origen de los fondos con los cuales financiará los incrementos salariales convenidos; *iv)* no existe una base legal expresa que exija que, en los casos en que los tribunales de Conciliación y Arbitraje resuelvan la aprobación de un contrato colectivo en que intervenga una institución del Estado, deba contarse con el dictamen previo favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 220, 231 y 232 del CT, las resoluciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de contratación colectiva del sector público causan ejecutoria y, por lo tanto, son de irrestricto cumplimiento, por lo que mal podría considerarse que dichas resoluciones

constituyen pactos, acuerdos o convenios donde fundamentalmente se materializa la voluntad de las partes; tanto más cuanto que la actuación de los indicados Tribunales, de naturaleza jurisdiccional, se ha producido precisamente porque no ha podido alcanzarse un acuerdo que derive fundamentalmente de la voluntad de las partes. Adicionalmente, no sería procedente que una decisión de naturaleza jurisdiccional esté de alguna forma supeditada a un dictamen administrativo si se considera: (a) que el requerimiento de contar con un dictamen previo de disponibilidad de recursos financieros solo se ha previsto en las normas legales antes citadas, en los escenarios de contratos o de conciliaciones directas entre las partes y que descansan, precisamente por ello, fundamentalmente en su voluntad; y, (b) que, en forma concomitante, no existe una base legal expresa que exija contar con tal dictamen en los escenarios de resoluciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, decisiones que si bien producen idénticos efectos que los contratos colectivos y actas transaccionales, tienen un procedimiento propio y responden a una diferente naturaleza, de tipo jurisdiccional. Por lo antes expuesto, en los supuestos de resoluciones de aprobación de contratos colectivos en que intervengan instituciones del Estado, dictadas por Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no es obligatorio contar con el dictamen favorable previo del Ministerio de Economía y Finanzas; es decir, no es aplicable a dichas resoluciones lo establecido en el artículo 74 numeral 17 del Código Orgánico de Planificación de las Finanzas Públicas y el artículo 56 literal a) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

En virtud de lo anterior, se deja sin efecto el oficio nro. 12570, de 17 de febrero de 2021.

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

Atentamente,

Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio No. **05797**

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

Ingeniero
Edison Johnny Quevedo Zambrano
GERENTE GENERAL
EMPRESA PÚBLICA DE LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA
AGROPECUARIA DE MANABÍ MANUEL FÉLIX LÓPEZ, ESPAM MFL-EP
Presente. -

De mi consideración:

Con relación a su oficio No. ESPAM MFL-EP-2023-346-OF, de 29 de noviembre de 2023, ingresado en el correo institucional único de esta Procuraduría el 31 del mismo mes y año, se formuló la siguiente consulta:

“De acuerdo a lo establecido en el Art. 199 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ¿Las Empresas Públicas creadas mediante resolución por el máximo organismo de las universidades públicas, PUEDEN PARTICIPAR EN EL RÉGIMEN ESPECIAL NORMADO EN EL ART. 199?”.

Frente a lo cual, se manifiesta lo siguiente:

1. Antecedentes. -

Del oficio remitido y documentos adjuntos se desprende que:

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios No. 04801 y No. 05087, de 11 de diciembre de 2023 y 4 de enero de 2024, este organismo solicitó e insistió al Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, “SERCOP”), respectivamente, que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta, lo cual fue atendido por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de dicha entidad, mediante oficios No. SERCOP-CGAJ-2023-0236-OF y No. SERCOP-CGAJ-2024-0006-OF, de 28 de diciembre de 2023 y 8 de enero de 2024, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado los días 4 y 9 de enero del presente año.

1.2. El informe jurídico del Departamento Legal de la Empresa Pública de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí Manuel Félix López (en adelante, “ESPAM MFL-EP”), contenido en anexo al oficio No. ESPAM MFL-EP-2023-346-OF, de 29 de noviembre de 2023, citó como fundamentos jurídicos los artículos 199 y 200 del

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹ (en adelante, "RGLOSNCP"); con base en los cuales analizó y concluyó:

"ANÁLISIS JURÍDICO:"

Con respecto a lo establecido en el Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 199, mismo que menciona: (...) No será aplicable este procedimiento de contratación interadministrativa, cuando la entidad o empresa pública participe en cualquier forma asociativa como consorcio o asociación, con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras privadas. Asimismo, a excepción de las empresas públicas creadas mediante resolución por el máximo organismo de las universidades públicas, de conformidad con la legislación de la materia (...) se puede observar que existe una ambigüedad en el artículo mismo que no permite dar una clara interpretación al mandato o prohibición, es por esta razón que se hará la respectiva consulta a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncie; sin embargo, el artículo establece que el procedimiento no es aplicable cuando la entidad o empresa pública PARTICIPE en cualquier forma asociativa, mismo que no aplica a la Empresa Pública de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí Manuel Félix López ESPAM MFL-EP debido a que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas indica que las mismas gozan de patrimonio propio, son dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión (Énfasis corresponde al texto original).

*En concordancia con lo manifestado en el párrafo anterior, el artículo 200 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, subsana la aplicabilidad al procedimiento de contratación al mencionar que: 'Se sujetarán a este procedimiento las contrataciones que celebren: a) Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público; numeral 2: 'El Estado o las entidades del sector público con: b) Las empresas **subsidiarias** de aquellas señaladas en la letra a) o las subsidiarias de éstas (Énfasis corresponde al texto original).*

Bajo lo establecido en el Artículo 200 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la Empresa Pública de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí Manuel Félix López ESPAM MFL-EP, está en plena capacidad legal de participar en el proceso de contratación debido a que el capital suscrito son fondos públicos y la misma está aplicando al procedimiento de contratación de manera autónoma sin asociación".

¹ RLOSNCP, publicado en el Segundo Suplemento No. 87 del 20 de junio de 2022.

1.3. Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP, además de las normas referidas por la consultante, citó los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador² (en adelante, "CRE"); 14, 22 y 65 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante, "COA"); 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴ (en adelante, "LOSNCP"); y, 4, 5 inciso 4 y 34 numeral 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵ (en adelante, "LOEP"); con fundamento en los cuales concluyó en forma general lo siguiente:

"5. Conclusión. -

Luego del análisis efectuado, en atención a su consulta, este Servicio Nacional considera que conforme lo establece el artículo 199 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde prevé la posibilidad que las empresas públicas creadas mediante resolución por el máximo organismo de las universidades y escuelas politécnicas públicas, puedan acogerse al régimen especial con la posibilidad que estas empresas podrían constituirse en asociaciones o consorcios con personas jurídicas privadas y seguir aplicando el tipo de procedimiento de régimen especial.

Además, podría considerar lo dispuesto el artículo 34, número 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas misma que señala, que el convenio asociativo o contrato será el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable; y, en caso de que no lo establezca, se aplicará las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y demás normativa conexa".

1.4. Del informe y criterio jurídico, previamente citados, se aprecia que la consultante considera aplicable el régimen especial previsto por el artículo 199 del RGLOSNCP para los contratos que celebren entidades públicas entre sí, incluidas las empresas públicas que participen por sí mismas, sin recurrir a mecanismos de asociación.

Por su parte, el SERCOP enfatiza que el régimen especial al que se refiere dicha norma reglamentaria está previsto por el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP y, en tal contexto, manifiesta que las empresas públicas pueden acogerse a él existiendo la posibilidad de que participen en asociaciones o consorcios.

2. Análisis. -

Para atender la consulta, el análisis considerará los siguientes puntos: i) Regímenes de contratación de las empresas públicas; y, ii) Régimen especial de contratación previsto por la LOSNCP y su reglamento.

² CRE, publicada en el Registro Oficial No 449 de 20 oct 2008; última reforma publicada el 25 de enero de 2021

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

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

⁵ LOEP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009

2.1. Regímenes de contratación de las empresas públicas. -

Según el artículo 315 de la CRE, el Estado constituirá empresas públicas para *“la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”*, las que estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, 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 LOEP.

El artículo 5 de la LOEP, que establece la forma de creación de las empresas públicas, faculta a las universidades públicas a constituir empresas públicas o mixtas, que se someterán al régimen establecido en la LOEP o al régimen societario, respectivamente; y agrega que: *“en la resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario competente se determinarán los aspectos relacionados con su administración y funcionamiento”*, así como el giro específico del negocio.

En este contexto, el Consejo Politécnico de la Escuela Superior Politécnica de Manabí Manuel Félix López, mediante Resolución No. 010e-2016, de 7 de noviembre de 2016, creó la ESPAM MFL-EP, cuyo objeto social que determina su giro específico de negocio, según el artículo 4, es el siguiente:

“(…) identificación, gestión, logística, implementación, desarrollo, ejecución, operación y administración de proyectos, obras, bienes y servicios; producción agropecuaria, agroindustrial y tecnológica; adquisiciones; ventas; promoción de la investigación; capacitación especializada, presencial y virtual en las distintas áreas del conocimiento y saber humano; prestación de servicios; consultorías y especializada; por delegación del estado central podrá gestionar las actividades de los sectores estratégicos y de los servicios públicos”.

De acuerdo con el artículo 34 de la LOEP, las empresas públicas disponen de dos regímenes de contratación, uno común y otro especial. Respecto del régimen común, el número 2 de esa norma prevé que las contrataciones *“de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas”*, se sujetan a la LOSNCP y su reglamento, lo que guarda armonía con el objeto y ámbito de aplicación de la LOSNCP, establecido por su artículo 1⁶.

⁶ LOSNCP. Art. 1 reformado por el numeral 31 de la Disposición Derogatoria Tercera del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. Creatividad e Innovación, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 899, de 9 de diciembre de 2016. “Art. 1.- Objeto y ámbito.- Esta 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: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado. (...) 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado (...) 8. Las compañías mercantiles

Por su parte, el número 3 del artículo 34 de la LOEP regula el régimen especial de contratación en las empresas públicas aplicable para los casos en que éstas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: *"alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar"*, esto es, aquellos que instrumentan la capacidad asociativa de las empresas públicas a los que se refiere el artículo 35 *ibidem*⁷, previendo que: *"será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable"*, agregando que: *"En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública"*. Lo mencionado es concordante con la excepción prevista en el artículo 199 del RGLOSNC, como se tratará más adelante.

De las normas citadas se observa que: *i)* conforme a la LOEP, las contrataciones que efectúen las empresas públicas se sujetan a dos regímenes jurídicos: el común y el especial; *ii)* el régimen común de contratación de las empresas públicas se rige por la LOSNCP, para las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría según su ámbito de aplicación. La LOSNCP establece un régimen especial de contrataciones interadministrativas, que se examinará en el siguiente acápite; *iii)* el régimen especial de contratación en las empresas públicas, en los términos de la LOEP, se aplica para los casos en que estas, en ejercicio de su capacidad asociativa, hubieren suscrito alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios u otros de naturaleza similar, que se rigen por el convenio asociativo o contrato, en el que se establecerá los procedimientos de contratación, siendo aplicable la LOSNCP únicamente en lo no previsto en aquellos; y, *iv)* para contratar, las empresas públicas se sujetan al régimen especial, según la LOEP, cuando suscriben contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcio u otros similares, de conformidad con el artículo 35.

2.2. Régimen especial de contratación previsto por la LOSNCP y su reglamento. -

El número 6 del artículo 6 de la LOSNCP contiene, entre otras, la siguiente definición:

cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma ()"

⁷ LOEP, Art. 35 - Capacidad asociativa. - Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República. (...)"

“6. Contratista: Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”.

Para la celebración de los contratos sujetos a su ámbito (ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría) el artículo 2 de la LOSNCP prevé la aplicación de un régimen especial sujeto a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el RGLOSNC, bajo criterios de selectividad, entre ellos, según su número 8, para los contratos que celebren las entidades públicas entre sí, con empresas públicas, éstas entre sí o con **“empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias”** (Énfasis añadido). Adicionalmente, los incisos tercero y cuarto del mismo número establecen que:

“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 Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública”.

Por su parte, los artículos 199 y 200 del RGLOSNC desarrollan el régimen especial previsto en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, que la norma reglamentaria denomina **“contratación interadministrativa”** por estar referida a contratos celebrados por entidades del Estado entre sí, es decir, instituciones del sector público, empresas públicas y sus subsidiarias, o de propiedad del Estado en al menos el 50%.

Al respecto, el artículo 199 del RGLOSNC, dispone que se sujetarán al procedimiento establecido en la Sección X **“Contratos entre Entidades Públicas o sus Subsidiarias”**, exclusivamente las contrataciones que se celebren entre **“entidades o empresas públicas ecuatorianas”** sujetas al ámbito de aplicación de la LOSNCP **“con capacidad técnica y jurídica para ejecutar el objeto materia de la contratación”** (énfasis añadido). Adicionalmente, señala que dicho proceso no se aplicará **“cuando la entidad o empresa pública participe en cualquier forma asociativa como consorcio o asociación, con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras privadas”** (énfasis añadido).

En este contexto, el artículo 200 del RGLOSNC reitera que se sujetarán al procedimiento de régimen especial las contrataciones que celebren:

- “1. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;*
- 2. El Estado o las entidades del sector público con:*

- a) Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público;
- b) Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en la letra a) o las subsidiarias de éstas;
- c) Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción de por lo menos el cincuenta por ciento (50%); y,
3. Entre empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción de por lo menos el cincuenta por ciento (50%)”.

Por otra parte, el artículo 5 numeral 3 de la LOEP faculta a las universidades públicas a “constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en esta Ley para las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o al régimen societario, respectivamente”.

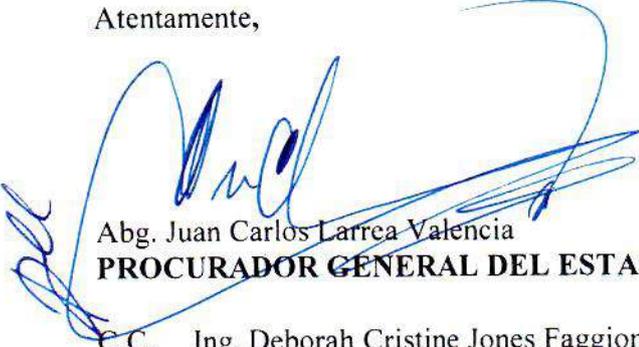
De lo señalado se desprende que: i) las universidades pueden constituir empresas públicas sometidas al régimen de la LOEP; ii) las contrataciones de régimen común de las empresas públicas, según la propia LOEP, se sujetan a la LOSNCP, y en ese contexto les es aplicable el régimen especial establecido por el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP, que desarrollan los artículos 199 y 200 de su reglamento general, para las contrataciones interadministrativas, es decir, aquellas que se celebran por entidades o empresas del sector público entre sí o de propiedad del Estado en al menos el 50%; y, iii) el procedimiento de régimen especial establecido por la LOSNCP, no se aplica cuando la empresa pública participe en cualquier forma asociativa con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras privadas.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, las empresas públicas pueden acogerse al régimen especial de contratación al que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, y los artículos 199 y 200 de su reglamento general, cuando celebren los contratos sujetos al ámbito de esa ley con otras empresas públicas o entidades del sector público, o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias. Según el tenor del artículo 199 del citado reglamento, dicho régimen especial no se aplica “cuando la entidad o empresa pública participe en cualquier forma asociativa como consorcio o asociación, con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras privadas” (Énfasis añadido).

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

Atentamente,



Abg. Juan Carlos Larrea Valencia
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

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

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec