



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Octubre 2022

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

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

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

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

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

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de octubre de 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	19-oct-22	UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO EDUCACIÓN SUPERIOR E INTERCULTURAL - PRESCRIPCIÓN EN PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS DE LAS IES	4
2	17-oct-22	IESS CONTRATACIÓN PÚBLICA - AUTORIZACIÓN PARA TRANSIGIR	8
3	17-oct-22	CONAGOPARE PASTAZA ADMINISTRATIVAS - PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS CONSTITUYE INSTRUMENTO PÚBLICO	17
4	14-oct-22	MUNICIPIO DE SUSCAL TRIBUTARIO - CONDONACIÓN DE TRIBUTOS POR CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS	22
5	14-oct-22	SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - SERCOP CONTRATACIÓN PÚBLICA - REGISTRO DE CONTRATISTA INCUMPLIDO O ADJUDICATARIO FALLIDO DE UNA ENTIDAD PÚBLICA	26
6	12-oct-22	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES - TRANSFERENCIA DE DERECHOS CONTRATOS	31
7	6-oct-22	SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR ARANCELES - APLICACIÓN ART. 67 LRSE (DEROGADA) SOBRE EXENCIÓN DE ARANCELES Y DEMÁS TRIBUTOS AL COMERCIO EXTERIOR	42
8	3-oct-22	MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA ASUNTOS INTERNACIONALES - PROHIBICIÓN DE EXPORTACIÓN DE LECHE EN POLVO	49

Oficio N° 20742

Quito, D.M., 19 de octubre de 2022

Señor doctor
Gonzalo Nicolay Samaniego Erazo, PhD.,
RECTOR,
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO (UNACH).
Riobamba. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 0936-UNACH-R-2022 de 16 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“1.- ¿El Art. 245 del Código Orgánico Administrativo es aplicable para la contabilización de plazos de prescripción en los procedimientos disciplinarios de las Instituciones de Educación Superior?”

En caso de la negativa de la anterior pregunta:

2.- ¿cuál es la norma aplicable para determinar la figura de prescripción en dicho procedimiento?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios No. 19889 y 19897 de 19 de agosto de 2022, este organismo solicitó al Consejo de Educación Superior (en adelante CES) y a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante SENESCYT), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficio No. 20148 de 7 de septiembre de 2022 se insistió en dicho requerimiento a la SENESCYT, sin que se haya atendido el mismo hasta la presente fecha.

1.2. El requerimiento de esta procuraduría fue atendido por el Presidente del CES con oficio No. CES-CES-2022-0550-CO de 31 de agosto de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo el 6 de septiembre de 2022, al cual se adjuntó el oficio No. CES-CES-2022-0467-CO de 15 de julio del presente año, con el que el CES *“dio contestación al Señor Doctor Gonzalo Nicolay Samaniego Erazo, PhD, Rector de la Universidad Nacional de Chimborazo, relacionado al tema de consulta de dicha Casa de Estudios”*.

1.3. El informe jurídico del Procurador General de la Universidad Nacional de Chimborazo (en adelante UNACH), contenido en oficio No. 0604-P-UNACH-2022 de 16 de agosto de 2022, citó los artículos 76, 82 y 226 de la Constitución de la República de Ecuador¹ (en adelante CRE); 1 y 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior² (en adelante LOES); y, 42 y 245 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante COA); con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“> BASE LEGAL Y CRITERIO JURÍDICO

(...) el Art. 207 establece las faltas y sanciones que se deben imponer a los docentes y estudiantes, como también otorga a la (sic) Instituciones de Educación Superior facultad reglamentaria para que regulen sus procesos de régimen disciplinario en su normativa interna; además establece los plazos en los que las instituciones deben dictar sus resoluciones una vez que se haya (sic) instaurado los procedimientos disciplinarios, como lo es de 60 días contados a partir de la Instauración del Proceso, tiempo en el cual la institución debe emitir la resolución correspondiente, so pena de que opere la caducidad. Sin embargo, en dicha disposición existe una anomia legal respecto de la figura de prescripción de las faltas disciplinarias.

(...) el Art. 42 del mismo Código Orgánico Administrativo establece el ámbito material de aplicación del código en alusión, (...) la mencionada disposición faculta a las instituciones públicas que tengan regulados sus procesos disciplinarios en su normativa interna y que a falta de norma se puede aplicar subsidiariamente lo establecido en el Código Orgánico Administrativo.

Por lo que es criterio de esta dependencia institucional que al no estar establecidos los plazos de prescripción en el Art. 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, ni en la normativa interna de la institución, se puede acoger los plazos de prescripción determinados en el Art. 245 del Código Orgánico Administrativo, de conformidad con el Art. 42 ibídem que permite su aplicación subsidiaria” (el resaltado me corresponde).

1.4. Por su parte, en el oficio No. CES-CES-2022-0467-CO de 15 de julio de 2022, dirigido al Rector de la UNACH, el Presidente del CES consideró que: “emitir un pronunciamiento en los términos solicitados (...) supera el ámbito de las atribuciones del CES”, sin perjuicio de lo cual manifestó que:

“(...) la potestad sancionatoria que ejercen las Instituciones de Educación Superior nace de la Ley, en consecuencia, en todo lo relacionado a los procesos disciplinarios instaurados por las IES corresponde aplicar lo que se encuentra determinado en la LOES” (el resaltado me corresponde).

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

² LOES, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

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

1.5. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y el criterio del CES coinciden en que la potestad sancionatoria que ejercen las instituciones de educación superior (en adelante IES) se encuentra determinada en la LOES.

Agrega la UNACH que el artículo 207 de la LOES otorga a las IES facultad reglamentaria para que regulen sus procesos de régimen disciplinario y que, a falta de norma respecto a plazos de prescripción, se puede aplicar subsidiariamente lo establecido en el COA, de conformidad con su artículo 42.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* la autonomía de las IES y el procedimiento disciplinario previsto en el artículo 207 de la LOES; y, *ii)* la aplicación subsidiaria del COA a los procedimientos disciplinarios especiales previstos en la LOES, respecto a la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora.

2.1. La autonomía de las IES y el procedimiento disciplinario previsto en el artículo 207 de la LOES. -

El primer inciso del artículo 355 de la CRE reconoce a las IES *“autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución”* (el resaltado me corresponde). Dicha autonomía garantiza, entre otros aspectos, *“el gobierno y gestión de sí mismas, en consonancia con los principios de alternancia, transparencia y los derechos políticos; y la producción de ciencia, tecnología, cultura y arte”* (el resaltado me corresponde). Al respecto, la Corte Constitucional (en adelante CC) señaló⁴:

“90. La autonomía universitaria implica no solamente la protección a la libertad académica, sino también la protección al autogobierno y la autonomía administrativa, y por tanto, constituye un elemento necesario para garantizar el derecho a la educación superior conforme lo reconoce la Constitución y los instrumentos internacionales” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 1 de la LOES al referirse a su ámbito prevé que dicha ley regula el sistema de educación superior (en adelante SES), a los organismos e instituciones que lo integran; *“determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y establece las respectivas sanciones por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y la presente Ley”* (el resaltado me corresponde).

⁴ CC, Sentencia No. 9-20-IA/20 de 31 de agosto de 2020,

El inciso primero del artículo 17 de la LOES reitera la “*autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica*” de las IES, en tanto que las letras b) y e) del artículo 18 *ibídem* incluyen dentro del ejercicio de la autonomía responsable de aquellas a la “*La libertad de expedir sus estatutos en el marco de las disposiciones de la presente Ley*”; y, a “*La libertad para gestionar sus procesos internos*” (el resaltado me corresponde).

Respecto a los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines del personal de las IES públicas, el segundo inciso del artículo 70 de la LOES dispone que son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, “*que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación*”.

El artículo 207 de la LOES, ubicado en el Título XI “*DE LAS FALTAS Y SANCIONES*”, establece que las instituciones del SES, así como también los organismos que lo rigen, “*estarán en la obligación de aplicar las sanciones para las y los estudiantes, profesores e investigadores, dependiendo del caso*”, según la gravedad de las faltas cometidas, que según esa norma pueden ser leves, graves o muy graves (el resaltado me corresponde). Al efecto, el citado artículo agrega que los procesos disciplinarios se instauran, de oficio o a petición de parte, a aquellos “*estudiantes, profesores e investigadores que hayan incurrido en las faltas tipificadas por la presente Ley y los Estatutos de la Institución*”, para lo cual, “*La normativa interna institucional establecerá el procedimiento y los órganos competentes*”, así como una instancia que vele por el debido proceso y el derecho a la defensa (el resaltado me corresponde).

Finalmente, la norma referida señala que, el órgano definido en los estatutos de la institución, “*en un plazo no mayor a los sesenta días de instaurado el proceso disciplinario, deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores e investigadores*” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i)* la CRE y la LOES reconocen a las IES autonomía, que incluye la libertad de expedir sus estatutos y gestionar sus procesos internos; *ii)* la LOES establece las sanciones por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en dicha ley, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves; *iii)* los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines de las IES públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio; *iv)* corresponde a las IES aplicar las sanciones para los estudiantes, profesores e investigadores, según la gravedad de las faltas tipificadas por la LOES y los Estatutos de la Institución; y, *v)* la normativa interna institucional debe contemplar el procedimiento disciplinario respectivo, considerando que, de conformidad

con la LOES, en un plazo no mayor a sesenta días de instaurado el proceso disciplinario debe emitirse la correspondiente resolución.

2.2. La aplicación subsidiaria del COA a los procedimientos disciplinarios especiales previstos en la LOES, respecto a la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. -

El artículo 1 del COA prescribe que su objeto es regular *“el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”* y respecto a su ámbito material de aplicación, los numerales 7 y 8 de su artículo 42 incluyen: *“Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora”* y la *“La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código”* (el resaltado me corresponde).

Con relación a los procedimientos disciplinarios regulados en normas específicas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00216 de 21 de agosto de 2018, la Procuraduría General del Estado concluyó que *“(…) los procedimientos disciplinarios de los servidores públicos se rigen por su propia normativa y por lo tanto el Código Orgánico Administrativo es aplicable solo en forma subsidiaria según el tenor del numeral 8 de su artículo 42”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 245 del COA, materia de su primera consulta, establece que el ejercicio de la potestad sancionadora prescribe en los siguientes plazos:

- “1. Al año para las infracciones leves y las sanciones que por ellas se impongan.
2. A los tres años para las infracciones graves y las sanciones que por ellas se impongan.
3. A los cinco años para las infracciones muy graves y las sanciones que por ellas se impongan”.

Respecto a la aplicación del citado artículo 245 del COA, en pronunciamiento contenido en oficio No. 19114 de 15 de junio de 2022, este organismo concluyó que: *“(…) las sanciones administrativas que tienen como fuente una resolución o acto administrativo, prescriben en los plazos de uno, tres o cinco años, de acuerdo con el tipo de infracción que se trate, sea esta leve, grave o muy grave”*.

De lo manifestado se desprende que, al no haberse establecido expresamente en la LOES un plazo específico para la prescripción de los procedimientos disciplinarios de las IES y en caso de que aquello no se encuentre regulado en la respectiva normativa interna institucional, corresponde la aplicación subsidiaria del COA.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, para la contabilización de los plazos de prescripción en los procedimientos disciplinarios previstos en el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las Instituciones de Educación Superior pueden aplicar, subsidiariamente, las reglas establecidas en el artículo 245 del referido código, siempre que aquello no se encuentre expresamente regulado en la respectiva normativa interna.

En tal razón, por lo expuesto, no es necesario atender su segunda consulta.

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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR

CRESPO
Fecha: 2022.10.19
07:16:03 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Eco. Erik Pablo Beltrán Ayala, PhD,
Presidente del Consejo de Educación Superior (CES)

Mag. Andrea Alejandra Montalvo Chedraui,
Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT)

Oficio N° 20719

Quito, D.M., 17 de octubre de 2022

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

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. IESS-DG-2022-0747-OF de 29 de agosto de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“Primera Pregunta

¿El Consejo Directivo conforme a lo dispuesto en el artículo 302 de la Ley de Seguridad (sic) respecto a la facultad de transigir, debe autorizar sea al Director General o Director Provincial según el caso, desde el inicio del proceso de mediación o dicha autorización debe darle al momento de transigir?

Segunda Pregunta

¿En cumplimiento con lo determinado en el artículo 13 (sic) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Instituto de Seguridad Social deberá contar con la autorización previa del Procurador General del Estado en los procesos de mediación que versen en el cumplimiento de obligaciones de pago en los que intervenga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América?”.

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico de la Procuradora General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), contenido en memorando No. IESS-PG-2022-1722-M de 22 de agosto de 2022, citó los artículos 76, 190, 226, 227, 370 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 26, 30, 32 y 302 de la Ley de Seguridad Social² (en adelante LSS); 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación³ (en adelante LAM); y, 3 letra f), 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁴ (en adelante LOPGE); luego de lo cual concluyó lo siguiente:

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

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

³ LAM, publicada en el Registro Oficial No. 417 el 14 de diciembre de 2006.

⁴ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

“III. Criterio

3.1. En virtud de la normativa legal citada y del análisis realizado, se colige que el artículo 302 de la Ley de Seguridad Social respecto a la facultad de Transigir se refiera que el **Consejo Directivo** del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social **autorizará dicha facultad al Director General o Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, según el caso al momento de transigir, más no al inicio de la mediación** (el resaltado me corresponde).

3.2. En referencia al artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se considera que **todo acuerdo** entre las partes **dentro de procesos de mediación que intervenga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminado o superior a veinte mil dólares** de los Estados Unidos de América **deberá contar con la autorización previa del Procurador General del Estado**” (el resaltado corresponde al texto original).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) facultades otorgadas por la LSS al Director General y Directores Provinciales del IESS para transigir; *ii*) la transacción; y, *iii*) la autorización del Procurador General del Estado en los casos en los que exista transacción.

2.1. Facultades otorgadas por la LSS al Director General y Directores Provinciales del IESS en los procesos de mediación. -

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 370 de la CRE, el IESS es una **“entidad autónoma regulada por la ley”**, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados (el resaltado me corresponde). En este contexto, el inciso primero del artículo 16 de la LSS señala que el IESS es una entidad pública descentralizada, creada por la CRE, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, **“con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional”** (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 18 de la LSS determina que el IESS estará sujeto a las normas del derecho público, y regirá su organización y funcionamiento por los principios de **“autonomía, división de negocios, desconcentración geográfica, descentralización operativa, control interno descentralizado y jerárquico”**, rendición de cuentas por los actos y hechos de sus autoridades, y garantía de buen gobierno, de conformidad con esa ley y su Reglamento General (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 20 de la LSS prevé que constituyen órganos de gobierno y dirección superior del IESS, responsables de la aplicación del Seguro General Obligatorio en el territorio nacional: *“a. El Consejo Directivo; b. La Dirección General; y, c. La Dirección Provincial”*.

Al respecto, el artículo 26 de la LSS contempla que: *“El Consejo Directivo es el órgano máximo de gobierno del IESS, responsable de las políticas para la aplicación del Seguro General Obligatorio”* (el resaltado me corresponde). De su lado, conforme el artículo 30 de la LSS, en concordancia con lo indicado en la letra a) del artículo 32 ibídem, *“El Director General ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial”*, y la titularidad para el ejercicio de la jurisdicción coactiva del IESS, en todo el territorio nacional, *“directamente o por delegación al Director Provincial competente”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, respecto a las atribuciones y deberes de los Directores Provinciales, la letra a) del artículo 38 de la LSS incluye el *“Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial, y la titularidad de la jurisdicción coactiva del Instituto, sin perjuicio de las facultades del Director General”* (el resaltado me corresponde).

En cuanto a la facultad para transigir, el artículo 302 de la LSS dispone que: *“Con autorización del Consejo Directivo, el Director General o el Director Provincial, según el caso, podrán transigir y someter a juicio de árbitros las cuestiones en que esté interesado el IESS, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación”* (el resaltado me corresponde).

En este contexto se desprende que: *i)* el IESS es una entidad pública autónoma y descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio; y, *ii)* el Consejo Directivo es el órgano máximo de gobierno del IESS, al cual le corresponde autorizar al Director General o al Director Provincial a efectos de que la institución pueda transigir, de conformidad con la LAM.

2.2. La mediación y la transacción. -

De acuerdo con el primer inciso del artículo 190 de la CRE se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, los mismos que se aplicarán con sujeción a la ley, *“en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*.

En este sentido, el artículo 43 de la LAM reitera que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual *“las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia*

transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (el resaltado me corresponde).

El inciso final del artículo 44 de la LAM, concordante con el artículo 11⁵ de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶, dispone que el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, previendo la posibilidad de delegar dicha atribución.

El artículo 47 de la LAM señala que el procedimiento de mediación concluye *“con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo”*; agrega en su cuarto inciso que *“El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia”*, y aclara que el juez no aceptará excepción alguna, *“salvo las que se hayan originado con posterioridad a la suscripción del acta”* (el resaltado me corresponde). En armonía con lo expuesto, el numeral 3 del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos⁷ (en adelante COGEP) reconoce al acta de mediación como un título de ejecución.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 1583 del Código Civil⁸ (en adelante CC) incluye a la transacción entre los modos de extinguir las obligaciones, en todo o en parte; y, el artículo 2348 ibídem la define como un contrato en el que *“las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*; en esesentido, el segundo inciso del mismo artículo establece que: *“No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*. Así, sobre la capacidad de transigir, el artículo 2349 de referido código ordena que *“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”*.

Por su parte, el artículo 235 del COGEP prevé que la transacción válidamente celebrada *“termina el proceso”*, y los numerales 6 y 7 del artículo 363 ibídem contemplan a la transacción, judicial o extrajudicial, como un título de ejecución

Respecto al tema, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 17560 de 3 de febrero de 2022, este organismo analizó lo siguiente:

⁵ LOPGE, Art. II.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio (...).

⁶ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁷ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁸ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

“(…) la transacción, al ser un contrato bilateral, conlleva, necesariamente, que exista una controversia o relación dudosa entre las partes y que respecto de las mismas se hagan ‘concesiones recíprocas’ debidamente identificadas. La transacción es judicial, cuando pone fin a un proceso judicial en curso, y extrajudicial, cuando tiene como finalidad solucionar una controversia y prevenir que derive en un conflicto judicial, es un modo de extinguir obligaciones y válidamente celebrada constituye un título de ejecución, que permite a su titular impulsar directamente su ejecución ante un juez, sin necesidad de un juicio previo y de sentencia” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* la mediación es un procedimiento alternativo para la solución de conflictos en el que las partes procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible; *ii)* la transacción, al ser un contrato bilateral, implica que exista una controversia o relación dudosa entre las partes y que, para prevenir un litigio o ponerle fin ellas se hagan “concesiones recíprocas” debidamente identificadas; y, *iii)* la aplicación de la ley o el cumplimiento de obligaciones, en cuanto no implique una concesión recíproca no constituye transacción.

2.3. La autorización del Procurador General del Estado en los casos en los que exista transacción. -

El capítulo II de la LOPGE, que trata sobre el patrocinio del Estado, en su artículo 5, letra f) confiere al Procurador General del Estado atribución para autorizar a las máximas autoridades de los organismos del sector público para “desistir o transigir del pleito”, cuando la cuantía sea indeterminada o mayor a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Por su parte, el artículo 12 *ibídem*, ubicado en el mismo capítulo de la LOPGE, trata simultáneamente sobre la transacción y el desistimiento, pese a ser dos figuras distintas, y establece:

“Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado⁹ (en adelante ROFPGE) incluye entre las funciones de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica:

⁹ ROFPGE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 36 de 13 de julio de 2017.

“4. Procesar las solicitudes de autorización para transigir judicial o extrajudicialmente o desistir del pleito; y de ser el caso, requerir la documentación e información necesarias;

5. Redactar, para la firma del Procurador General del Estado, proyectos de autorización a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público para transigir judicial o extrajudicialmente o desistir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 20.000,00), en los términos dispuestos en el artículo 12 de la LOPGE” (el resaltado me corresponde).

Sobre el tema, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 19668 de 2 de agosto de 2022, esta procuraduría analizó y concluyó lo siguiente:

“(…) de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado corresponde a este organismo autorizar transacciones, esto es acuerdos en los que existan concesiones recíprocas entre las partes. En tal virtud, los acuerdos que surjan en los procesos de mediación (...) que impliquen acuerdos sobre la forma de cumplir obligaciones o la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa, sin que exista de por medio concesiones recíprocas, no constituye transacción y por lo tanto no requieren la autorización previa del Procurador General del Estado (...)” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se desprende que: *i*) el Procurador General del Estado tiene atribución para autorizar a transigir a las máximas autoridades de los organismos del sector público, con personería jurídica, cuando la cuantía sea indeterminada o mayor a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América; y, *ii*) la autorización del Procurador General del Estado se refiere tanto a las transacciones judiciales como extrajudiciales, sin distinción de materia y siempre que existan concesiones recíprocas entre las partes y no se refieran únicamente a la forma de cumplir obligaciones o la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa.

3. Pronunciamiento. -

Respecto de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 302 de la Ley de Seguridad Social, en los procesos sujetos a mediación el Consejo Directivo del IESS debe autorizar al Director General o al Director Provincial, según el caso, cuando se configure una transacción, esto es cuando se verifique que en el acuerdo que surja del proceso existen concesiones recíprocas entre las partes.

En atención a los términos de su segunda consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el pronunciamiento vinculante contenido en oficio No. 19668 de 2 de agosto de 2022, la autorización del Procurador General se reserva a las transacciones, esto es a

los acuerdos en los que existan concesiones recíprocas entre las partes, cuya cuantía sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.17
22:12:30 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 20720

Quito, D.M., 17 de octubre de 2022

Señor tecnólogo

Ramiro Guadalupe Loaiza,

PRESIDENTE,

**CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL
ECUADOR - PASTAZA (CONAGOPARE PASTAZA)**

Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 076-CONAGOPARE-2022 de 22 de julio de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 25 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿ES UN INSTRUMENTO PUBLICO (sic) VALIDO (sic) LA PROTOCOLIZACIÓN EN UNA NOTARÍA PUBLICA (sic) DE DOCUMENTOS PRIVADOS COMO EL ACTA DE LA SESIÓN, RESOLUCIÓN, NOMBRAMIENTO Y DOCUMENTOS PERSONALES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE UNA COMUNA, PUEBLOS O NACIONALIDADES QUE AUTORIZAN LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y USUFRUCTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRA PUBLICA (sic) EN TIERRAS COMUNITARIAS?”.

1. Antecedentes.-

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 19610 y 19611 de 28 de julio de 2022, este organismo solicitó al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (en adelante MIDUVI) y al Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante MAG), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 19848 y 19849 de 16 de agosto de 2022 se insistió en dichos requerimientos al MAG y al MIDUVI, sin haber recibido respuesta.

1.2. El informe jurídico del Asesor Jurídico del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador - Pastaza (en adelante CONAGOPARE Pastaza), contenido en oficio No. 100-INF-AJ-CONAGOPARE-2022 de 12 de julio de 2022, citó los artículos 11, 57, 82, 225, 226, 227 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización² (en adelante COOTAD); 205 y 215 del Código Orgánico General de Procesos³ (en adelante

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

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

³ COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

COGEP); 778, 779 y 781 del Código Civil⁴ (en adelante CC); 3 y 81 letra f) de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales⁵ (en adelante LOTRTA); 18 y 26 de la Ley Notarial⁶ (en adelante LN); y, 4 de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas⁷ (en adelante LORC), con base en los cuales concluyó:

“1.- La propiedad comunitaria implica una garantía de propiedad en favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, por el uso y posesión de sus tierras ancestrales. Aquella garantía significa la negativa legal de que (sic) Estado pueda apropiarse de sus territorios, y de que, para entrar en sus tierras para la construcción de infraestructura previstas (sic) en las políticas públicas de vivienda rural, servicios de salud y educación, y otros proyectos de infraestructura y servicios públicos, lo deberán hacer a través de un instrumentos (sic) público denominada (sic) escritura pública de cesión de derechos otorgada por un notario públicos (sic), en favor del Estado.

2. Que, de conformidad a lo establecido en las normativas legales antes (sic) se evidencia claramente que **tanto los actos, contratos y protocolización de documentos privados o públicos están considerados como instrumentos públicos, por lo tanto cualquiera de estos dos procedimientos son válidas (sic) para justificar la cesión de derechos de uso y usufructo** concedidas por los representantes legales de la (sic) Comunidades, pueblos y nacionalidades **para que se ejecute obra pública.** (el resaltado me corresponde)

(...) **para** la (sic) realizar y **legalizar la CESIÓN DE DERECHOS Y USUFRUCTO de tierras comunitarias otorgadas por los representantes legales** a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, **es procedente hacerlos (sic) mediante el instrumento público de protocolización de documentos o mediante contrato de cesión de derechos de uso y usufructo legalizados ante una Notaría Pública.**” (el resaltado me corresponde)

2. Análisis.-

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) la cesión del derecho de uso y usufructo al Estado para construir infraestructura y servicios en tierras comunitarias; y, *ii*) el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles y su instrumentalización.

2.1. La cesión del derecho de uso y usufructo al Estado para construir infraestructura y servicios públicos en tierras comunitarias.-

De conformidad con el numeral 4 del artículo 57 de la CRE se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho de **“Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles”** y además **“estarán exentas del pago de tasas e impuestos.”** (el resaltado me corresponde)

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

⁵ LOTRTA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 711 de 14 de marzo de 2016.

⁶ LN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.

⁷ LORC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 315 de 17 de marzo de 2004.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1 de la LOTRTA, al referirse a su ámbito, prevé que dicha ley es de orden público y de jurisdicción nacional y sus disposiciones regulan *“las relaciones del Estado con las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, en materia de tierras rurales; y de comunas y comunidades, pueblos y nacionalidades”* en cuanto al reconocimiento y adjudicación a título gratuito de territorios que se encuentran en posesión ancestral; y a la protección y seguridad jurídica de tierras y territorios de su propiedad.

En este contexto, el inciso primero del artículo 3 de la LOTRTA establece que, para efectos de esa ley, se entiende como tierra y territorio en posesión y propiedad ancestral, *“el espacio físico sobre el cual una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad de origen ancestral, ha generado históricamente una identidad a partir de la construcción social, cultural y espiritual”*, desarrollando actividades económicas y sus propias formas de producción. El inciso segundo del citado artículo precisa que la propiedad de esas tierras y territorios es *“imprescriptible, inalienable, inembargable e indivisible”*.

El inciso primero del artículo 23 de la LOTRTA reitera que se reconocerá y garantizará a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, *“el derecho a conservar la propiedad comunitaria y a mantener la posesión de sus tierras y territorios ancestrales y comunales que les sean adjudicados a perpetuidad gratuitamente”*, de conformidad con la CRE, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos colectivos.

Adicionalmente, el tercer inciso del citado artículo 23 de la LOTRTA determina que la propiedad comunitaria de la tierra consiste en el derecho colectivo *“a usar, gozar y disponer de ella, a través de la entidad colectiva que representa a los miembros de la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad y de las decisiones del órgano o instancia de dirección de la misma”*, de conformidad con las normas consuetudinarias, las leyes y las disposiciones constitucionales. En este contexto, el inciso final del mismo artículo determina que el Estado garantiza la seguridad jurídica de las tierras y territorios ancestrales y comunales adjudicados a perpetuidad gratuitamente, en los cuales *“establecerá políticas públicas para el fortalecimiento y desarrollo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a través de inversiones prioritarias.”* (el resaltado me corresponde)

Finalmente, entre las reglas generales aplicables a los territorios ancestrales, la letra f) del artículo 81 de la LOTRTA incluye la relacionada con la cesión de los derechos de uso y usufructo de superficies en beneficio del Estado para la construcción de infraestructura y servicios públicos, materia a la que se refiere su consulta. Dicha norma dispone:

“Para la construcción de infraestructura prevista en las políticas públicas de vivienda rural, servicios de salud y educación; **y otros proyectos de infraestructura y servicios públicos, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades deberán ceder al Estado, el derecho de uso y usufructo de superficies determinadas de tierra** en que se construirá la infraestructura correspondiente. Sin embargo, estas tierras se mantendrán en propiedad comunitaria. **Esta cesión será suficiente para que el Estado realice las inversiones necesarias.”** (el resaltado me corresponde)

De lo expuesto se observa que: *i)* las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias que les sean adjudicadas a perpetuidad y gratuitamente; *ii)* en los territorios de propiedad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en los que se requiera la construcción de infraestructura y servicios públicos, las comunas deben ceder al Estado el derecho de uso y usufructo de las respectivas superficies; y, *iii)* la LOTRTA no precisa la forma en que se debe instrumentar la cesión, lo que exige atender a la naturaleza inmueble de los bienes sobre los cuales recaen los derechos, lo que se examinará en el siguiente acápite.

2.2. El derecho de usufructo sobre bienes inmuebles y su instrumentalización.-

De acuerdo con lo establecido en el artículo 778 del CC, el usufructo es un derecho real que consiste en la “*facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible*”; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

Al efecto, el artículo 781 del CC determina que: “*El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito*”. Por otra parte, el artículo 826 *ibídem* agrega que: “*Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo.*” (el resaltado me corresponde)

Entre las atribuciones de los notarios, el numeral 2 del artículo 18 de la LN incluye el “*Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal*” (el resaltado me corresponde). Según el artículo 26 *ibídem*, la escritura pública es: “*el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.*” (el resaltado me corresponde)

De otro lado, el artículo 205 COGEP define al documento público como “*el autorizado con las solemnidades legales*” y agrega que: “*Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública*” (el resaltado me corresponde). En ese contexto, Alessandri⁸ señala que: “*Las solemnidades son las formalidades prescritas por la ley para la existencia de ciertos actos o contratos.*”

Adicionalmente, para diferenciar a un instrumento privado protocolizado y un instrumento público, el artículo 218 del COGEP dispone que: “*El reconocimiento de firma, certificación o protocolización de un instrumento privado no lo convierte en instrumento público.*” (el resaltado me corresponde)

De lo manifestado se desprende que: *i)* según la letra f) del artículo 81 de la LOTRTA, la cesión de los derechos de uso y usufructo de tierras comunitarias para que en ellas el Estado pueda realizar obras de infraestructura y servicios públicos se debe realizar atendiendo a la naturaleza del bien sobre el cual recaen los derechos; *ii)* el uso y el usufructo son derechos reales; *ii)* si los derechos de uso y usufructo recaen sobre bienes inmuebles, su cesión se debe

⁸ Alessandri, Arturo, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, tomo primero* Fundación de Derecho Administrativo.

otorgar a través de instrumento público, según el artículo 781 del CC; y, *iii*) la protocolización de un instrumento privado no lo convierte en instrumento público, de acuerdo con el artículo 218 del COGEP.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que la protocolización en una Notaría Pública de documentos privados no constituye instrumento público, de conformidad con el artículo 218 del Código Orgánico General de Procesos. En tal virtud, la cesión de los derechos de uso y usufructo para la construcción de infraestructura o servicios públicos en superficies ubicadas en tierras comunitarias que las comunas, pueblos o nacionalidades indígenas efectúen a favor del Estado, de acuerdo con la letra f) del artículo 81 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, requiere ser otorgada mediante instrumento público inscrito, de conformidad con el artículo 781 del Código Civil.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.17
21:59:56 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

CC: Arq. María Gabriela Aguilera Jaramillo,
Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda

Ing. Bernardo Manzano Díaz,
Ministro de Agricultura y Ganadería

Oficio N° 20700

Quito, D.M., 14 de octubre de 2022

Señor
Manuel Pomaquiza Pomaquiza,
ALCALDE,
GADM SUSCAL.
Suscal. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. 00289-GADIPCS-ALC.1 de 26 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual solicita la reconsideración del oficio No. 20088 de 05 de septiembre de 2022, por el cual se remitió un pronunciamiento previamente emitido por este organismo sobre la aplicación de las normas que facultan a los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante los GAD) para condonar obligaciones tributarias por concepto de contribuciones especiales de mejoras, sus intereses, multas y recargos.

1. Antecedentes. -

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

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

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

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

² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, “Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado. - Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones (...) f) (Reenlistado por la Disp. Ref. Primera de la Ley sn, R.O .452-55, 14-V-2021) Absolver, consultar y asesorar a los organismos y entidades del sector público, (...) sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico (...)”.

“Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis (...)”.

³ Corte Constitucional, sentencia No. 002-09-SAN -CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009, pág. 23.

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



La Resolución No. 24, que contiene el procedimiento para la atención de consultas por este organismo⁵, dispone que: “En caso de que una consulta se refiera a normas vigentes respecto de cuya aplicación ya existiere pronunciamiento del Procurador General del Estado, no será necesario nuevo pronunciamiento”.

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

2. Análisis. -

2.1. La consulta del GAD de Suscal. -

Su consulta inicial, contenida en oficio No. 00194-GADIPCS-ALC.1 de 26 de julio de 2022, ingresado en la Dirección Regional del Azuay y de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca al día siguiente y remitido a este despacho por la mencionada dirección regional, con oficio No. PGE-DRAZ-2022-01031 de 16 de agosto de 2022, recibido el 19 de los mismos mes y año, se planteó con el siguiente tenor:

“¿Puede el GAD Municipal del Cantón Suscal en aplicación del Art. 54 del Código Tributario (norma general tributaria) generar una ordenanza para condonar tributos por concepto de contribución especial de mejoras, teniendo en consideración que la norma especial tributaria que rige a los GADS Municipales es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, el cual dispone únicamente en Art. 55 literal e) que, como competencia exclusiva en materia tributaria es: Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanza, tasas, tarifas y contribución especial de mejoras?”.

El informe jurídico No. 0017-GADIPCS-PS-2022 de 26 de julio de 2022, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Suscal (en adelante GADM Suscal), citó, entre otras normas, los artículos 55 letra e), 57 letra c) y 186 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁷ (en adelante COOTAD); y, 54 del Código de Tributario⁸ (en adelante CT), con fundamento en los cuales concluyó:

“4.1.- Luego del análisis y enfoque jurídico correspondiente, el GADIPCS, mediante la PROCURADURÍA SÍNDICA EMITE SU POSICIÓN INSTITUCIONAL, considerando que: EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO INTERCULTURAL PARTICIPATIVO DEL CANTÓN SUSCAL, EN BASE A LO QUE MANDA LA LETRA ‘E’ DEL ART. 55 DEL COOTAD, ASÍ COMO LA LETRA ‘C’ DEL ART. 57 DEL MISMO CUERPO LEGAL, UTILIZANDO EL ART. 54 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, MEDIANTE UNA ORDENANZA, PUEDE REMITIR

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

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

⁷ COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010

⁸ CT codificado, Codificación No. 2005-09 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio 2005.



OBLIGACIONES TRIBUTARIAS POR CONCEPTO DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS, SUS INTERESES, MULTAS Y RECARGOS (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

2.2. El pedido de reconsideración. -

A su pedido de reconsideración no se ha acompañado el informe jurídico en texto independiente del Procurador Síndico del GADM Suscal, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 de la LOPGE⁹ y 10 de la Resolución No. 24.

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

Mediante oficio No. 20088 de 5 de septiembre de 2022, la Procuraduría General del Estado atendió su consulta remitiéndole el pronunciamiento de este organismo, contenido en oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, relacionado con la aplicación de los artículos 55 letra e), 57 letra c), 169, 186, 569 y 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹⁰ (en adelante COPLAFIP), cuyos textos conservan vigencia y regulan la facultad de los GAD para condonar intereses, multas y recargos derivados de obligaciones tributarias de su competencia.

De acuerdo con el artículo 9 de la mencionada Resolución No. 24, al conservar vigencia las normas que fueron materia de pronunciamiento del Procurador General, no hace falta emitir uno nuevo.

El oficio No. 20088 de 5 de septiembre de 2022, cuya reconsideración solicita, remitió el pronunciamiento vinculante contenido en el oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, que consideró, en lo principal, lo siguiente:

a) El artículo 301 de la Constitución de la República del Ecuador¹¹ (en adelante CRE) dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones; agregando que las **“tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”** (el resaltado me corresponde).

b) El numeral 5 del artículo 264 de la CRE establece que los GAD tienen competencias exclusivas para crear, modificar o suprimir, mediante ordenanza, tasas y contribuciones especiales de mejoras, en razón de los servicios que presten y las obras que ejecuten.

c) De conformidad con los artículos 55 letra e), 57 letra c), 186, 569 y 591 del COOTAD, los GAD municipales están facultados para, mediante ordenanza, disminuir, exonerar o extinguir contribuciones especiales por las obras que ejecuten, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes o por razones de orden público, bajo su exclusiva responsabilidad.

d) De acuerdo con el artículo 575 del COOTAD son sujetos pasivos de la contribución especial los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública, pudiendo las municipalidades y distritos metropolitanos, mediante ordenanza, **“absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por**

⁹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

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

¹¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.



razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza” (el resaltado me corresponde).

e) El artículo 94 del COPLAFIP incluye en el concepto de gasto público a *“los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente”* (el resaltado me corresponde). Añade que, con respecto al gasto tributario de los GAD, *“la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente”*.

f) La ordenanza que reconozca las exenciones a contribuciones especiales de mejoras contará con el informe previsto en el artículo 169 del COOTAD, que considerará el impacto presupuestario y permitirá al GAD determinar su alcance temporal.

4. Ratificación del Pronunciamiento. -

Del análisis efectuado se aprecia que las normas de los artículos 55 letra e), 57 letra c), 169, 186, 569 y 591 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, conservan vigencia, por lo que no han variado los fundamentos jurídicos que motivaron el pronunciamiento de este organismo, contenido en el oficio No. 11489 de 9 de diciembre de 2020, que fue remitido al GADM Suscal mediante oficio No. 20088 de 5 de septiembre de 2022.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.14
12:25:03 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 20699

Quito, D.M. 14 de octubre de 2022

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

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. SERCOP-SERCOP-2022-0762-OF de 27 de septiembre de 2022, ingresado en la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual usted formuló consulta sobre:

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

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP), contenido en memorando No. SERCOP-CGAJ-2022-0138-M de 26 de septiembre de 2022, citó los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 2 numeral 8, 10 numeral 4, 19 numeral 1, 73 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública² (en adelante LOSNCP); 98, 101 y 164 del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante COA); 43.1 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP⁴ (en adelante Codificación de Resoluciones del SERCOP); 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵ (en adelante LOCGE); y, 6 del Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante RRCGE), con fundamento en los cuales concluyó:

“El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el registro de incumplimientos sin efectuar una diferenciación entre instituciones públicas o privadas, sin embargo, al no ser exigible la presentación de garantías en los

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

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

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

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

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

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



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

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

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su solicitud, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* exigibilidad de garantías en los contratos celebrados entre instituciones públicas; y, *ii)* propósito del registro de un contratista incumplido o adjudicatario fallido.

2.1. Exigibilidad de garantías en los contratos celebrados entre instituciones públicas.-

De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 1 de la LOSNCP, dicha ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y *“determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría”*, que realicen, entre otros, los organismos, dependencias y entidades del sector público.

En este contexto, el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, al referirse al Régimen Especial de contratación, establece que: *“Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad”*, los procedimientos precontractuales de las contrataciones que celebren *“el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”*.

Al respecto, el artículo 73 de la LOSNCP, ubicado en el Capítulo III *“DE LAS GARANTÍAS”* del Título *“IV DE LOS CONTRATOS”*, establece las garantías que los contratistas pueden rendir a favor de las entidades contratante en los contratos a los que se refiere dicha ley y especifica en su antepenúltimo inciso que: *“No se exigirán las garantías*

establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley” (el resaltado me corresponde). Los artículos 74 y 75 del referido Capítulo desarrollan las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo.

En concordancia con lo señalado, la letra b) del artículo 261 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁷ (en adelante RGLOSNCPP) dispone que: *“En las contrataciones derivadas del régimen especial entre instituciones públicas no se exigirá garantía de fiel cumplimiento”*.

Respecto a la finalidad de las garantías en las contrataciones, el inciso segundo del artículo 262 del RGLOSNCPP prevé que ellas *“asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación”*.

De lo expuesto se desprende que: *i)* las garantías tienen por propósito asegurar el total cumplimiento de las obligaciones contractuales; y *ii)* en los procedimientos precontractuales de las contrataciones que celebren entidades del sector público entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, la LOSNCP y su reglamento establecen que no son exigibles las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo.

2.2. Propósito del registro de un contratista incumplido o adjudicatario fallido.-

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 19 de la LOSNCP, entre las causales de suspensión temporal del proveedor en el RUP consta el *“Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente”*, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido.

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 62 ibídem, la suspensión en el RUP configura inhabilidad general que impide celebrar los contratos previstos en esa ley.

Al efecto, el primer inciso del artículo 98 de la LOSNCP establece que las entidades remitirán obligatoriamente al SERCOP *“la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados”*, acompañando los documentos probatorios correspondientes, *“a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años, respectivamente”* y prevé que la actualización del registro será responsabilidad del SERCOP (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, los artículos 330 y 331 del RGLOSNCPP, así como los artículos 43, 43.1 y 43.2 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, detallan la información que debe

⁷ RGLOSNCPP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 20 de junio de 2022



proporcionar la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado al SERCOP, así como el procedimiento a seguir para la inclusión del proveedor en el registro de adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos.

En este contexto, el numeral 1 del artículo 49 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP señala que: *“El proveedor que haya sido declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido por una entidad contratante”* será suspendido del Registro Único de Proveedores –RUP, de conformidad con lo dispuesto en la LOSNCP, en cuyo caso, según el artículo 50 ibídem *“no tendrá derecho a recibir invitaciones ni a participar en los procedimientos a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”* (el resaltado me corresponde).

Los efectos de la suspensión del proveedor en el RUP no afectan a los contratos en ejecución que mantenga el contratista, y son independientes de las responsabilidades que, de ser el caso, corresponde determinar a la Contraloría General del Estado en ejercicio de su potestad exclusiva, según el artículo 39 de su ley institucional.

Por otra parte, tratándose de contratos celebrados entre entidades públicas es especialmente importante considerar el deber de coordinar acciones que permitan el cumplimiento de obligaciones, así como la posibilidad de revocar los actos desfavorables, como aquellos que motivan la suspensión del contratista en el RUP, de conformidad con los artículos 103 numeral 2 y 118 del Código Orgánico Administrativo en el evento en que se subsanen los incumplimientos.

De lo manifestado se observa que: *i)* el proveedor declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido debe ser suspendido temporalmente del RUP y durante tal suspensión queda inhabilitado para celebrar nuevos contratos, sin que las normas establezcan excepción alguna respecto de las entidades públicas que actúen como proveedoras o contratistas; y, *ii)* en los contratos celebrados entre entidades públicas es imperativo que se adopten oportunamente las coordinaciones necesarias que permitan cumplir las obligaciones contractuales o subsanar los incumplimientos.

3. Pronunciamiento.-

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo previsto en los artículos 19 numeral 1, 62 numeral 4 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la suspensión en el Registro Único de Proveedores y los efectos derivados de aquella son aplicables a las entidades públicas que en calidad de proveedores incumplieren sus obligaciones contractuales o se negaren a suscribir los contratos que les han sido adjudicados. La suspensión y demás efectos son independientes de las responsabilidades que pudiera determinar la Contraloría General del Estado. Esta inhabilitación no afecta a otros contratos en ejecución. Adicionalmente, en caso de subsanarse el incumplimiento que dio lugar a la suspensión, la entidad contratante podrá revocar el acto



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP)
13440-2022
Página. 5

administrativo que motivó la inhabilidad de otra entidad pública, de conformidad con los artículos 103 numeral 2 y 118 del Código Orgánico Administrativo.

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

Atentamente,

IÑIGO
FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO
FRANCISCO ALBERTO
SALVADOR CRESPO
Fecha: 2022.10.14
13:04:04 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 20679

Quito, D.M., 12 de octubre de 2022

Señor doctor
Xavier Fernando Vera Grunauer,
MINISTRO,
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. MEM-MEM-2022-0870-OF y MEM-MEM-2022-0916-OF de 23 y 29 de septiembre de 2022, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 27 y 30 de los mismos meses y año, respectivamente, mediante los cuales usted formuló las siguientes consultas:

“1. ¿Tiene el Ministerio de Energía y Minas competencia administrativa en virtud del artículo 7 del Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos de los Contratos de Hidrocarburos para autorizar ‘(...) transferencias o en cesión, a cualquier título, de acciones y participaciones, siempre que ello implique un cambio actual o posterior de (la) operación del contrato, o que cambie su denominación o razón social (...)’ , toda vez que de la lectura del artículo en comentario no tiene dicho verbo rector en forma expresa?

2. En caso de ser afirmativa su respuesta, agradeceré se indique la norma jurídica que establece dicha competencia administrativa.

3. ¿Para la aplicación de los casos previstos en el segundo inciso del artículo 7 del Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos de los Contratos de Hidrocarburos, esto es, ‘(...) transferencias o en cesión, a cualquier título, de acciones y participaciones, siempre que ello implique un cambio actual o posterior de la operación del contrato, o que cambie su denominación o razón social (...)’ , puede emitirse cualquier clase o tipo de acto administrativo, toda vez que no establece en forma expresa la obligación de que se lo haga a través de un acuerdo ministerial para que surtan plenos efectos jurídicos?”

“4. ¿El Ministerio de Energía y Minas para autorizar las transferencias o cesiones, a cualquier título de acciones y participaciones, siempre que ello no implique un cambio actual o posterior de la operación del contrato, o que cambie su denominación o razón social de empresas o consorcios que mantienen suscritos contratos de hidrocarburos, NO requiere contar con informes relacionados con el deterioro de la solvencia financiera y capacidad operativa de la contratista, ni informes relacionados con la posible afectación negativa del cronograma de trabajos e inversiones contemplados en el contrato original, o la participación económica del

Estado, previstos en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo número 1363, toda vez que tales condiciones son exigibles única y exclusivamente para el caso de autorizaciones por la transferencia o cesión total o parcial de los derechos y obligaciones derivadas de un contrato?”

1. Antecedentes. -

1.1. Los informes jurídicos del Coordinador General Jurídico del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), contenidos en memorandos Nos. MEM-COGEJ-2022-0757-ME y MEM-COGEJ-2022-0763-ME de 22 y 28 de septiembre de 2022, respectivamente, citaron, en lo principal, los artículos 226 de la Constitución de la República de Ecuador¹ (en adelante CRE); y, 1, 3, 5 y 7 del Decreto Ejecutivo No. 1363 que contiene el Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos² (en adelante Decreto Ejecutivo No. 1363), actualmente derogado por la Disposición Derogatoria Tercera del Reglamento de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos³ (en adelante RALH). El memorando No. MEM-COGEJ-2022-0757-ME analizó y concluyó lo siguiente:

“(…) es criterio de esta Coordinación General Jurídica, respecto de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 5 y 7 del Decreto Ejecutivo número 1363, publicado en el Registro Oficial número 293 del 27 de marzo de 2001, lo siguiente:

1. Las hipótesis previstas en ambos artículos, así como los requisitos y consecuencias jurídicas en el caso de verificarse tales hechos en el mundo fáctico, **son distintos**

2. El artículo (sic) 5 reconoce la obligación de contar con una autorización expresa y formal a través de un acuerdo (sic) ministerial por parte del Ministerio de Energía y Minas, **respecto a ‘(...) la transferencia o cesión de los derechos y obligaciones así como la suscripción de la correspondiente escritura pública entre las empresas que realizan la transferencia o cesión (...)’**. Al leerse **‘derechos y obligaciones’ debe concordarse esta frase con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del mismo cuerpo normativo, en referencia, a que se trata a la cesión de ‘derechos y obligaciones derivadas de un contrato’**, es decir, **la cesión que hacen las partes suscriptoras del contrato**.

3. El artículo (sic) 7 únicamente reconoce la obligación de pago de primas y mejoramiento de condiciones económicas de los contratos en los siguientes casos: 1) *Toda transferencia o cesión de derechos, parcial o total, a terceros o entre miembros de un consorcio o asociación, o entre empresas matrices, filiales o subsidiarias o a cualquier persona vinculada o no con el contrato principal (primer inciso); 2) Las empresas o consorcios involucrados en transferencias o en cesión, a cualquier título, de acciones y participaciones, siempre que ello implique un cambio actual o posterior de la operación*

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

² Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 1363 de 16 de marzo del 2001, publicado en el Registro Oficial No. 293 de 27 de marzo de 2001; derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Tercera del Reglamento de Aplicación de la Ley de Hidrocarburos, publicado en Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 4 de 16 de febrero de 2022.

³ RALH, publicado en Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 4 de 16 de febrero de 2022.

del contrato (segundo inciso); y, 3) *Cambie su denominación o razón social* (segundo inciso). **Es decir, cuando la transferencia se trate de los accionistas o dueños de las empresas que suscribieron un contrato en la República del Ecuador, o cuando dicha empresa suscriptora cambie de nombre o denominación”.**

4. **Para los casos previstos en el segundo inciso del artículo 7 del Decreto Ejecutivo número 1363**, publicado en el Registro Oficial número 293 del 27 de marzo de 2001, **no se ha determinado expresamente que exista una facultad o atribución del Ministerio de Energía y Minas de emitir un acuerdo ministerial para autorizar tales presupuestos jurídicos, por lo que el Ministerio de Energía y Minas tiene plena competencia para** en casos de transferencias o cesiones, a cualquier título, de acciones o participaciones, siempre que ello no implique un cambio actual o posterior de la operación del contrato, o que cambio su denominación o razón social, disponer lo que corresponda en cada caso, a través de cualquier instrumento jurídico o acto administrativo, indistintamente se trate o no de un acuerdo ministerial” (el resaltado me corresponde y el subrayado pertenece al texto original).

Por su parte, el segundo informe jurídico contenido en memorando No. MEM-COGEJ-2022-0763-ME, en relación a la cuarta consulta señala que, de la revisión del informe jurídico inicial se ha identificado que *“por un lapsus cálame se ha omitido el numeral 5 en la página cuatro”*, y concluye lo siguiente:

“(…) 5. Para los casos previstos en el segundo inciso del artículo 7 del Decreto Ejecutivo número 1363, publicado en el Registro Oficial número 293 del 27 de marzo de 2001, **no se ha determinado expresamente que para autorizar tales presupuestos jurídicos se requiera contar informes relacionados con el deterioro de la solvencia financiera y capacidad operativa de la contratista, ni informes relacionados con la posible afectación negativa del cronograma de trabajos e inversiones contemplados en el contrato original, o la participación económica del Estado**, por lo que **para su autorización bastará que se lo realice a través el acto administrativo respectivo sea o no un acuerdo ministerial**, en vista de que la misma persona jurídica mantiene la relación contractual con el Estado indistintamente de los accionistas que la conforman o que cambien en virtud de las transferencias o cesiones de sus acciones. **Los informes ante señalados son requisitos exigidos únicamente para la autorización cuando se trate de transferencia o cesión, total o parcial, de los derechos y obligaciones derivados de un contrato y no en caso de la transferencia o cesión de acciones señalados en el segundo inciso del artículo 7 del Decreto Ejecutivo número 1363 (…)**” (el resaltado me corresponde).

1.2. Con oficio No. MEM-MEM-2022-0946-OF de 3 de octubre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, el Ministro del MEM remite adjunto el memorando No. MEM-COGEJ-2022-0769-ME de 2 de octubre del presente año, por el cual, el Coordinador General Jurídico de dicha cartera de Estado realiza un alcance a los memorandos Nos. MEM-COGEJ-2022-0757-ME y MEM-COGEJ-2022-0763-ME manifestando que si bien el Decreto Ejecutivo No.

1363 se encuentra actualmente derogado, *“existe en los despachos de las unidades administrativas del Ministerio pendientes de atención solicitudes presentadas que guardan relación con la aplicación de tal disposición reglamentaria”*. Agrega que:

“(…) el Decreto Ejecutivo número 1363 cuya consulta ha sido planteada al Procurador General del Estado, corresponde al desarrollo normativo del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, que se relaciona exclusivamente respecto a ‘La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato’, que como se ha indicado son supuestos distintos a los previstos en el segundo inciso del artículo 7 del Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos de los Contratos de Hidrocarburos, (...) que se refiere a la transferencia o cesión, a cualquier título de acciones y participaciones o el cambio de denominación o razón social de una persona jurídica que haya suscrito un contrato de hidrocarburos” (el resaltado me corresponde).

1.3. De lo expuesto se observa que sus consultas versan sobre la aplicación de las normas que desarrollan la previsión legal relacionada con la autorización del MEM para la transferencia o cesión de derechos y obligaciones de los contratos de hidrocarburos, contemplada en el reformado artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos⁴ (en adelante LH) que, antes de la expedición del RALH se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo No. 1363, actualmente derogado, sobre cuya aplicación tratan sus consultas.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia objeto de sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) transferencia de un contrato de hidrocarburos o la cesión de derechos provenientes del mismo y la autorización del MEM prevista en la LH y el Decreto Ejecutivo No. 1363; *ii*) el pago de prima y mejoramiento de las condiciones económicas del contrato en beneficio del Estado ecuatoriano, en casos de transferencias o cesiones de derechos; y, *iii*) presentación de informes relacionados con el deterioro de la solvencia financiera y capacidad operativa de la contratista o relacionados con la posible afectación negativa del cronograma de trabajos e inversiones.

2.1. Transferencia de un contrato de hidrocarburos o la cesión de derechos provenientes del mismo y la autorización del MEM prevista en la LH y el Decreto Ejecutivo No. 1363.-

El numeral 11 del artículo 261 de la CRE establece que el Estado Central tiene competencias exclusivas sobre *“Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales”*. El inciso primero del artículo 313 *ibídem* determina que el Estado se reserva el derecho de *“administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad*

⁴ LH, codificación publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.

ambiental, precaución, prevención y eficiencia”. El inciso tercero del citado artículo incluye entre los sectores estratégicos a los recursos naturales no renovables y al transporte y la refinación de hidrocarburos.

El numeral 11 del artículo 74 de la LH, ubicado en el CAPÍTULO IX “*Caducidad de los contratos de exploración y explotación*”, contempla la facultad del MEM para declarar la caducidad de los contratos en caso de que el contratista “*Traspasare derechos o celebrar contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio*” (el resaltado me corresponde).

En concordancia, el artículo 79, sustituido de la LH dispone:

“La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede la autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley. El Estado recibirá una prima por la transferencia o cesión de derechos, conforme se determine en el Reglamento.

Las operaciones que se desarrollen en una bolsa de valores así como las operaciones de reorganización del mismo grupo empresarial estarán exentas de la autorización previa del Ministerio del Ramo.

No constituye transferencia a terceros la que ocurre entre empresas matrices, filiales o subsidiarias. En estos casos, deberá informarse al Ministerio sobre los cambios realizados, pero ello no dará lugar al cobro de primas”.

Al respecto, es necesario precisar que el referido artículo 79 de la LH, desde su expedición fue objeto de una reforma⁵ (2010) y una sustitución⁶ (2021), y que las distinciones constantes en los actuales incisos segundo y tercero, previamente transcritos, fueron incorporadas el 29 de noviembre de 2021.

No obstante, resulta pertinente considerar que “cesión de contrato” es el “*Acto mediante el que se transfieren los derechos y obligaciones derivados de un contrato. Para ser eficaz requiere el consentimiento de la contraparte del cedente en el contrato original (...)*”⁷ y que, tratándose de contratos del Estado, García de Enterría explica que la cesión constituye una excepción “*a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos, en cuya conclusión es fundamental la consideración de las*

⁵ El artículo 79 de la LH fue reformado por el artículo 15 de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la ley de Régimen Tributario Interno, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de Julio del 2010, que dispuso “Elimínese en el segundo inciso del artículo 79 la frase ‘y para PETROECUADOR!’.”

⁶ Posteriormente, el reformado artículo 79 de la LH fue sustituido por el Título X “Reformas a la Ley de Hidrocarburos”, en su artículo 145 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid-19 (en adelante LODESF) publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

⁷ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho, Tomo I, pág 235.

calidades del contratista. Por esa razón, su procedencia está expresa y precisamente limitada por la ley”, pues:

“(…) **implica la sustitución de la persona del contratista** a todos los efectos, de forma que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente (...). Propiamente hablando, se trata de una verdadera novación del contrato por cambio en la persona de una de las partes (...).

La cesión está sujeta a la autorización expresa y previa de la administración contratante. Tiene, pues, carácter esencial, ya que sin ella no puede operar siquiera la sustitución de la persona del contratista que la cesión pretende”⁸ (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el derogado Decreto Ejecutivo No. 1363 (que rigió entre marzo de 2001 a febrero de 2022) objeto de sus consultas, fue expedido por el Presidente de la República para reglamentar la aplicación del artículo 79 de la LH antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19⁹ (en adelante LODESF), conforme señala en los considerandos primero y tercero de su motivación¹⁰.

En el contexto del marco normativo descrito, el artículo 1 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1363 previó que: **“Los derechos y obligaciones derivados de los contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos u otras formas contractuales vigentes en la legislación ecuatoriana”** podrán transferirse o cederse, total o parcialmente, **“a favor de terceros, previa la autorización correspondiente del ministerio del ramo”** y agregaba que, en caso contrario, **“dicha transferencia o cesión serán nulas y dará origen a la declaratoria de caducidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos”** (el resaltado me corresponde).

El artículo 5 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1363, por su parte determinaba que correspondía al Ministro de Energía y Minas **“mediante acuerdo ministerial”** autorizar **“la transferencia o cesión de los derechos y obligaciones así como la suscripción de la correspondiente escritura pública entre las empresas que realizan la transferencia o cesión, y el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR”** (el resaltado me corresponde).

⁸ García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág.752.

⁹ LODESF, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

¹⁰ “Que, el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos dispone que la transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato procede previa la autorización del Ministerio de Energía y Minas, caso contrario serán nulas y no tendrán valor alguno, sin perjuicio de la declaratoria de caducidad prevista en dicha ley;

(...)Que, la Ley de Hidrocarburos ha sufrido importantes reformas, siendo necesario actualizar la reglamentación para su aplicación, armonizando sus normas por las nuevas circunstancias empresariales de la actividad hidrocarburífera, por lo que es necesaria la expedición de un nuevo reglamento al artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos; (...)”

El primer inciso del artículo 7 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1633, objeto de su primera y tercera consulta, se refería a la cesión de derechos y señalaba que:

“Toda transferencia o cesión de derechos, parcial o total, a terceros o entre miembros de un consorcio o asociación, o entre empresas matrices, filiales o subsidiarias o a cualquier persona vinculada o no con el contrato principal, está sujeta al pago de la prima y al mejoramiento de las condiciones económicas del contrato en beneficio del Estado Ecuatoriano” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el segundo inciso de esa norma, según su tenor, se refería a la cesión o transferencia de acciones o participaciones y ordenaba el pago de las primas y al mejoramiento del contrato, *“siempre que ello implique un cambio actual o posterior de la operación del contrato, o que cambie su denominación o razón social”*.

Adicionalmente, el artículo 9 ibídem establecía que: *“El contrato de transferencia o de cesión surtirá efectos jurídicos a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Hidrocarburos”*, en tanto que, según el artículo 11 ibídem: **“El contrato de transferencia o de cesión modifica al contrato cuyos derechos y obligaciones son objeto de traspaso y prevalece sobre sus estipulaciones”** (el resaltado me corresponde)¹¹. Adicionalmente, el artículo 12 ibídem prohibía a los notarios públicos la autorización de escrituras de transferencia o cesión que no contaban con la **“constancia del acuerdo**

¹¹Reglamento de aplicación de la ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 546 publicado en el Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010, derogado por la Disposición Derogatoria Quinta del RALH:

“CAPÍTULO II PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

Art. 50.- Alcance de las modificaciones.- Las modificaciones contractuales a las que se llegue por acuerdo de las partes, no podrán afectar obligaciones que emanan de la Constitución de la República y de la ley; podrán involucrar asuntos de carácter técnico, económico, financiero o de otra índole. Estas modificaciones se implementarán a través de contratos adicionales o modificatorios y podrán aplicarse a todos los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos o sustancias asociadas, de industrialización y transporte.

Art. 51.- Competencia del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH).- Todos los contratos modificatorios o adicionales, deben ser recomendados por el comité (COLH) y pueden versar, entre otros, sobre los siguientes aspectos: 1. Contratos adicionales a los contratos de exploración y/o explotación de petróleo crudo, requeridos para la explotación de descubrimientos de gas natural libre o de yacimientos de condensado de gas; o, contratos adicionales a los contratos de exploración de gas natural libre, para la explotación de descubrimientos de petróleo crudo. 2. Contratos adicionales para la comercialización de gas natural libre de propiedad del Estado, o para la industrialización del mismo, así como para la comercialización de sus derivados industrializados cuando la contratista de un contrato de prestación de servicios para exploración y explotación de gas natural libre haya descubierto yacimientos comerciales de gas. 3. Contratos modificatorios que involucren cambios en la forma contractual, o en los términos económicos, o en los plazos, o en las inversiones tendientes al descubrimiento de reservas o al aumento de la producción, o en general, en los demás casos previstos en la ley, las bases y en los contratos originales. 4. Contratos modificatorios por casos de fuerza mayor que no puedan ser superados sino mediante modificación contractual de derechos y obligaciones sustanciales de las partes. 5. **Contratos modificatorios por transferencia o cesión de derechos y obligaciones del contrato.** 6. Contratos modificatorios para la explotación y/o exploración adicional (el resaltado me corresponde).

Art. 52.- Documentos de modificación.- El Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH) establecerá los documentos que se requieren para los procesos de modificación de los contratos, de acuerdo al contenido y procedimientos establecidos para la licitación, en lo que fuera aplicable. En los procesos de modificación, la documentación que se requiera será presentada de conformidad con las condiciones específicas en cada caso.

CAPÍTULO III ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE LOS CONTRATOS

Art. 53.- Administración del contrato.- La administración de los contratos estará a cargo de la Secretaría Nacional de Hidrocarburos y comprenderá la verificación del cumplimiento de las estipulaciones del contrato. La administración podrá ser ejercida en forma directa o a través de profesionales o firmas especializadas contratadas para el efecto”.

ministerial emitido conforme las disposiciones del presente decreto ejecutivo” (el resaltado me corresponde).

Al efecto, los artículos 13 y 14 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1363 disponían que no surtirían efecto jurídico alguno **“los contratos de transferencia o cesión que se acordaren sin cumplir con el procedimiento señalado en este reglamento”** y que **“La celebración de contratos o acuerdos privados que contravengan las disposiciones de la ley y de este reglamento dará lugar a la declaratoria de caducidad contractual en la forma que prescribe la Ley de Hidrocarburos”** (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i*) la cesión o transferencia de derechos en un contrato administrativo constituye una excepción a su carácter personalísimo y está sujeta a autorización de la administración pública; *ii*) el MEM tiene facultad para declarar la caducidad de los contratos en los que el contratista traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización de dicha cartera de Estado; *iii*) la transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede la autorización del Ministerio del Ramo; *iv*) en concordancia, el derogado Decreto Ejecutivo No. 1363 desarrolló el procedimiento para la cesión o transferencia de los derechos y obligaciones derivados de los contratos sujetos a la LH previa la autorización del ministerio del ramo; y, *iv*) el artículo 7 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1363 se refiere a la transferencia o cesión de derechos de contratos, así como a la cesión de acciones o participaciones que impliquen un cambio actual o posterior en la operación del contrato, o que cambie la denominación razón social de la empresa o consorcio.

2.2. El pago de prima y mejoramiento de las condiciones económicas del contrato en beneficio del Estado Ecuatoriano, en casos de transferencias o cesiones de derechos.-

El artículo 79 de la LH, actualmente vigente, referido en el acápite anterior establece:

“La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede la autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley. El Estado recibirá una prima por la transferencia o cesión de derechos, conforme se determine en el Reglamento.

Las operaciones que se desarrollen en una bolsa de valores así como las operaciones de reorganización del mismo grupo empresarial estarán exentas de la autorización previa del Ministerio del Ramo.

No constituye transferencia a terceros la que ocurre entre empresas matrices, filiales o subsidiarias. En estos casos, deberá informarse al Ministerio sobre los cambios

realizados, pero ello no dará lugar al cobro de primas” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, de conformidad con el reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo 1363, según el oficio de alcance a los informes jurídicos, su artículo 5 señalaba que, respecto a la transferencia o cesión de los derechos y obligaciones, el respectivo acuerdo ministerial debía *“especificar las condiciones esenciales que registrarán el contrato de transferencia o cesión y la prima correspondiente”*.

De lo manifestado se desprende que de acuerdo con la LH, antes y después de la reforma y sustitución de su artículo 79, la transferencia o cesión de los derechos del contrato está sujeta a la autorización previa del MEM. La norma legal en actual vigencia establece expresamente exoneraciones a dicha autorización, que se refieren a las operaciones que se desarrollen en bolsas de valores así como a las transferencias entre empresas matrices, filiales o subsidiarias.

2.3. Presentación de informes relacionados con el deterioro de la solvencia financiera y capacidad operativa de la contratista o relacionados con la posible afectación negativa del cronograma de trabajos e inversiones. -

En este orden de ideas, el artículo 6-A de la LH establece a la Secretaría de Hidrocarburos como entidad adscrita al MEM¹² que *“administra la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburíferos y de las sustancias que los acompañen, encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros”*. Entre las atribuciones de la referida Secretaría, según las letras e), f) y m) del artículo ibídem, constan el mantener el registro de hidrocarburos; administrar los contratos y controlar su ejecución; y, emitir informe previo *“a la autorización del Ministerio Sectorial para la transferencia o cesión de derechos de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos”*.

Por su parte, el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 1363 determinaba que:

“En ningún caso la transferencia o cesión, total o parcial, de los derechos y obligaciones derivadas de un contrato podrán originar el deterioro de la solvencia financiera y capacidad operativa de la contratista, ni podrán afectar negativamente el cronograma de trabajos e inversiones contemplados en el contrato original, o la participación económica del Estado y de PETROECUADOR” (el resaltado me corresponde).

El artículo 3 señalado contenía una prohibición expresa, que debe ser aplicada de conformidad a las competencias otorgadas en el citado artículo 6-A de la LH.

¹² Mediante Decreto Ejecutivo No. 399 de 18 de mayo de 2018, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 255 de 5 de junio de 2018 se fusionaron, entre otros, el entonces Ministerio de Hidrocarburos y la SH; los mismos que conforman actualmente el MEM.

Del análisis jurídico efectuado en el presente se observa que: *i)* la cesión o transferencia de derechos en un contrato administrativo constituye una excepción a su carácter personalísimo, implica la sustitución del contratista y está sujeta a autorización de la administración pública; *ii)* En el caso de los contratos sujetos a la LH, compete al MEM autorizar la cesión de derechos en los contratos mediante acuerdo ministerial. La falta de dicha autorización constituye causa de nulidad de la cesión y da lugar a la caducidad de los contratos; *iii)* el artículo 79, sustituido de la LH en actual vigencia, que establece la autorización del MEM para la cesión o transferencia de derechos en los contratos, en sus incisos segundo y tercero expresamente exonera de dicha autorización: a) a las operaciones que se desarrollen en una bolsa de valores así como las operaciones de reorganización del mismo grupo empresarial; y b) a la transferencia que ocurre entre empresas matrices, filiales o subsidiarias. En esos casos, la norma impone el deber de informar al Ministerio sobre los cambios realizados. El artículo 7 del derogado Decreto Ejecutivo No. 1363, que se refería tanto a la transferencia o cesión de derechos de contratos como a la cesión de acciones o participaciones que impliquen un cambio actual o posterior en la operación del contrato, o que cambie la denominación razón social de la empresa o consorcio, debe ser entendido en armonía con la norma legal, que por su rango prevalece.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera, segunda y tercera consultas se concluye que, de acuerdo con el tenor de los artículos 74 y 79 de la Ley de Hidrocarburos vigentes hasta el 29 de noviembre de 2021, el Ministerio de Energía y Minas es competente para autorizar la transferencia de derechos, celebración de contratos o acuerdos privados para cesión de derechos vinculados a los contratos de hidrocarburos. Conforme lo establecido en los artículos 5 y 12 del derogado Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos, corresponde al Ministro de Energía y Minas, mediante acuerdo ministerial, otorgar la autorización referida en el párrafo precedente. Dicha autorización no es aplicable a la transferencia de acciones o participaciones, a las que se refería el inciso segundo del artículo 7 del actualmente derogado Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos, salvo que implique cambio en la operación del contrato, evento en el cual la autorización previa sí es exigible. A partir de la vigencia del artículo 145 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid-19, que sustituyó el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, deberán considerarse las exenciones de autorización ahí previstas.

En atención a los términos de su cuarta consulta se concluye que el artículo 3 del derogado Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos –que se refiere a la solvencia financiera y capacidad operativa

del contratista, que es un aspecto técnico que amerita contar con los respectivos informes— se aplica a la transferencia o cesión de derechos vinculada a los contratos, así como a la cesión de acciones o participaciones que impliquen cambio actual o posterior de la operación del contrato. Por lo tanto, corresponde al Ministerio de Energía y Minas, en el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 6-A de la Ley de Hidrocarburos, vigilar el cumplimiento de esa norma y del contrato.

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,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.12
18:12:36 -05'00'

Dr. Iñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO.

Oficio N° 20611

Quito, D.M., 06 de octubre de 2022

Señora licenciada
Carola Soledad Ríos Michaud,
**DIRECTORA GENERAL,
SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR.**
Guayaquil. -

De mi consideración:

Me refiero a sus oficios Nos. SENAE-SENAE-2022-0779-OF y SENAE-SENAE-2022-0910-OF de 25 de junio y 3 de agosto de 2022, ingresados en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado, en su orden, el 27 de julio y el 4 de agosto de 2022, mediante los que usted formuló la siguiente consulta:

“1. ¿Es aplicable en la actualidad el art. 67 de la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico, referente a la exención de aranceles y demás tributos al comercio exterior?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Mediante oficio No. 19298 de 4 de julio de 2022, este organismo solicitó se remita una ampliación del informe del Director Nacional Jurídico del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante SENAE), que examine la forma de entender el artículo 67 de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico respecto de contratos suscritos a su amparo e informar si existen procesos judiciales pendientes relacionados con el objeto de la consulta. Con oficio No. SENAE-SENAE-2022-0865-OF de 20 de julio de 2022, el SENAE requirió “*se otorgue una prórroga de 10 días con la finalidad de atender lo solicitado*”, lo cual se atendió por esta procuraduría a través de oficio No. 19527 de 22 de los mismos meses y año.

1.2. El requerimiento de la Procuraduría General del Estado fue atendido por la Directora General del SENAE mediante oficio No. SENAE-SENAE-2022-0910-OF de 3 de agosto de 2022, citado a inicio del presente, al cual adjuntó el memorando No. SENAE-DNJ-2022-0378-M de la misma fecha, suscrito por el Director Nacional Jurídico Aduanero.

1.3. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 19738 y 19739 de 8 de agosto de 2022 y 19796 de 10 de los mismos meses y año, este organismo solicitó al Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM); a la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (en adelante ARCERNNR); y, al Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 19959, 19960 y 19961 de 26 de agosto de 2022, se insistió en dichos requerimientos al MEM, a la ARCERNNR y al SRI, respectivamente.

1.4. Los requerimientos de esta Procuraduría fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional de este organismo, en su orden: *i*) por el Subdirector de General de Cumplimiento Tributario del SRI, a través de oficio No. NAC-DJOGEC22-0000021, recibido el mismo día; y, *ii*) por el Ministro del MEM mediante oficio No. MEM-MEM-2022-0778-OF de 26 de agosto de 2022, ingresado el 15 de septiembre del presente año, al cual se adjuntó el criterio jurídico del Coordinador General Jurídico, encargado, contenido en memorando No. MEM-COGEJ-2022-0688-ME de 24 de agosto de 2022. Por su parte, la ARCERNNR no remitió respuesta.

1.5. El informe jurídico del Director Nacional Jurídico Aduanero del SENAE, contenido en memorando No. SENAE-DNJ-2022-0289-M de 23 de junio de 2022 citó, los artículos 120 numeral 7, 132 numeral 3 y 301 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 67 de la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico² (en adelante LRSE); 2, 3, 4, 11, 32 y 34 del Código Tributario³ (en adelante CT); y 205 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁴ (en adelante COPCI); y, la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica⁵ (en adelante LOSPEE) que derogó expresamente la LRSE y todas sus reformas, con fundamento en los cuales concluyó:

“III CRITERIO”

Tomando en cuenta que no pueden existir derechos adquiridos frente a la ley, de acuerdo al art. 34 del Código Tributario, así como otros de los argumentos aquí esbozados, es criterio de esta Dirección que **no cabe aplicar la exención que se encontraba prevista en el artículo 67 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, pues la misma se encuentra derogada**, y al tenor de lo señalado en la Constitución **sólo** por iniciativa de la Función Ejecutiva y **mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá exonerar o extinguir impuestos, es decir que a la fecha no se podría aplicar un beneficio contenido en una ley derogada.**

Además, la norma que en atención al principio de especialidad correspondería aplicar es el Código Tributario, mismo que contiene la disposición referente a la supremacía de las normas tributarias, frente a leyes de carácter general, así como el ejercicio del poder tributario para modificar o extinguir tributos mediante la existencia de una ley vigente.

(...) en consecuencia, **no es legalmente factible la exoneración de tributos al comercio exterior, cuando no existe una ley que lo establece de forma categórica**” (el resultado me corresponde).

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

² LRSE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 43 de 10 de octubre de 1996, derogada.

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

⁴ COPCI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

⁵ LOSPEE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015.

La ampliación de informe jurídico del SENAE, contenida en memorando No. SENAE-DNJ-2022-0378-M 3 de agosto de 2022, señaló adicionalmente que:

“(…) no cabe aplicar el principio de confianza legítima, por cuanto no existe un derecho adquirido por el administrado, pues mediante la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos, sin que ello implique vulneración alguna de preceptos constitucionales, *‘la localización de un derecho adquirido en una exención o bonificación carece de fundamento’*. (César García Novoa, El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, pg. 198).

(…) hasta el momento **no se han presentado causas judiciales que sean objeto de estudio**” (el resaltado me corresponde).

1.6. El criterio jurídico del SRI, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó el artículo 112 del COPCI, con base en los cuales analizó y concluyó:

“(…) la exoneración del pago de aranceles, impuestos adicionales y gravámenes que afecten a la importación de materiales y equipos no producidos en el país, para la investigación, producción, fabricación e instalación de sistemas destinados a la utilización de energía solar, eólica, geotérmica, biomasa y otras, se encuentra derogada. En este sentido, **la normativa aplicable y exoneraciones de las obligaciones tributarias son aquellas previstas en la normativa vigente, de acuerdo a lo señalado por el artículo 112 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) (el resaltado me corresponde).**

3. Pronunciamiento

Respecto de los impuestos administrados por el Servicio de Rentas Internas generados en el comercio exterior, como el IVA e ICE en importaciones, cabe señalar que **al haberse derogado la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, no subsiste ninguna exención relativa a los aranceles y demás tributos al comercio exterior**” (el resaltado me corresponde).

1.7. Por su parte, el criterio jurídico del MEM citó, además de las disposiciones invocadas por la consultante, los artículos 226 de la CRE; 11 de la LOSPEE y 4 de su Reglamento General⁶ (en adelante RGLOSPE), luego de lo cual analizó y concluyó:

“III.- ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

(…) en el año 2015, fue emitida la Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica (LOSPEE), dicha Ley **derogó de manera expresa**, todas las normas legales de igual o menor jerarquía que se opongan o no guarden conformidad con las disposiciones de esa ley, en particular, dispone que se derogue **la Ley de Régimen del Sector Eléctrico,**

⁶ RGLOSPEE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 21 de 20 de agosto de 2019.

publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1996 y todas sus reformas.

Es importante mencionar, que el **Código Civil** al referirse a la promulgación de la Ley, **dispone que la Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial** y por ende será de obligatorio cumplimiento para todos; **en este contexto la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico en la actualidad ya no es aplicable.**

(...) en la actualidad el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversión **COPCI**, **es el cuerpo legal que establece algunos beneficios que pueden ser otorgados a través de un contrato de inversión, siempre que el interesado realice el procedimiento respectivo**” (el resaltado me corresponde).

1.8. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la entidad consultante y los criterios jurídicos del SRI y el MEM coinciden en que la exención establecida en el artículo 67 de la LRSE está derogada. El SRI y el MEM precisan además que el COPCI es el cuerpo legal que establece actualmente los beneficios que pueden ser otorgados a través de un contrato de inversión.

Por su parte, el SENA E agrega que, en atención al principio de especialidad, corresponde aplicar el CT que establece la supremacía de las normas tributarias frente a leyes de carácter general, así como el principio de reserva de ley para modificar o extinguir tributos, por lo cual, no cabe invocar el principio de confianza legítima ya que no existe un derecho adquirido por el administrado.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) la reserva de ley en materia tributaria y las exenciones; y, *ii*) la vigencia de las leyes tributarias y la derogatoria de la LRSE.

2.1. La reserva de ley en materia tributaria y las exenciones.-

Para iniciar el presente análisis es preciso considerar que los artículos 82 y 226 de la CRE establecen el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, que exigen normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes. Adicionalmente, se considera que la creación y extinción de tributos es materia reservada a la ley.

Así, el artículo 301 de la CRE dispone que: *“Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos”*. En igual sentido, el numeral 3 del artículo 132 *ibídem* prevé que se requerirá de ley cuando se trate de *“Crear, modificar o suprimir tributos (...)”*.

De acuerdo con el inciso primero del artículo 1 del CT sus preceptos regulan *“las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes*

o responsables de aquellos”, en tanto que su segundo inciso los clasifica en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejora.

Sobre la supremacía de las normas tributarias, el artículo 2 del CT determina que **“Las disposiciones de este Código y de las demás leyes tributarias, prevalecerán sobre toda otra norma de leyes generales”**; y, agrega que, en consecuencia, **“no serán aplicables por la administración ni por los órganos jurisdiccionales las leyes y decretos que de cualquier manera contravengan este precepto”** (el resaltado me corresponde).

El artículo 4 del CT, al referirse a la reserva de ley en materia tributaria, prescribe que: **“Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos”** y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a ese código (el resaltado me corresponde).

Concordante, el artículo 31 del CT prescribe que la **“Exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”**, que según el artículo 32 ibídem debe estar prevista en la ley, en la cual se especificarán **“los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal”** (el resaltado me corresponde).

Respecto a la reserva de ley aplicable al establecimiento de exoneraciones en materia tributaria, José Vicente Troya⁷ explica:

“La exoneración nace de la ley. Dicho de otro modo, **el principio de reserva de ley abarca también a la exoneración. La administración no concede exoneraciones, simplemente las reconoce.** Al intento la función de esta no es constitutiva, sino simplemente declarativa. A lo más lo que puede la administración es pronunciarse si en un determinado caso se han cumplido o no los requisitos previstos para que opere la exoneración” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el inciso primero del artículo 112 del COPCI dispone que la normativa aplicable para el cumplimiento de la obligación aduanera **“será la vigente a la fecha de embarque de las mercancías en la importación, y la vigente a la fecha de ingreso a la zona primaria aduanera en la exportación, según sea el caso”**. Agrega el mismo inciso que **“los tributos aplicables son los vigentes a la fecha de presentación de la declaración aduanera a consumo de las mercancías en la importación y en la exportación serán los vigentes a la fecha de ingreso a la zona primaria aduanera”** (el resaltado me corresponde).

Finalmente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 205 del COPCI corresponde al SENAE **“determinar y recaudar las obligaciones aduaneras causadas por efecto de la importación y exportación de mercancías, conforme los sistemas previstos en el código tributario”**.

⁷ TROYA Jaramillo José Vicente, *Manual de Derecho Tributario, Corporación de Estudios y Publicaciones 2014*

De lo manifestado se desprende que: *i)* en materia tributaria, por el principio de reserva de ley, sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se puede establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos; *ii)* la exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social; *iii)* la normativa aplicable para el cumplimiento de la obligación aduanera es la vigente a la fecha de embarque de las mercancías en la importación, y la vigente a la fecha de ingreso a la zona primaria aduanera en la exportación; y, *iv)* corresponde al SENAЕ determinar y recaudar las obligaciones aduaneras causadas por efecto de la importación y exportación de mercancías, conforme los sistemas previstos en el código tributario.

2.2. La vigencia de las leyes tributarias y la derogatoria de la LRSE.-

Sobre la vigencia de las leyes tributarias, el primer inciso del artículo 11 del CT establece que aquellas, sus reglamentos y las circulares de carácter general ***“regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial, salvo que se establezcan fechas de vigencia posteriores a la misma”*** (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 34 del CT determina que: ***“La exención, aun cuando hubiere sido concedida en atención a determinadas situaciones de hecho, podrá ser modificada o derogada por ley posterior”***, en tanto que su segundo inciso precisa que: ***“Sin embargo, la concedida por determinado plazo, subsistirá hasta su expiración”*** (el resaltado me corresponde).

En este sentido se observa que el inciso primero del artículo 67 de la LRSE, materia de su consulta, estableció la exoneración del pago de ***“aranceles, demás impuestos adicionales y gravámenes que afecten a la importación de materiales y equipos no producidos en el país”***, para la investigación, producción, fabricación e instalación de sistemas destinados a la utilización de energía solar, eólica, geotérmica, biomasa y otras previo el informe favorable del CONELEC sin determinar un periodo para la aplicación de dicha exoneración. La LRSE fue derogada expresamente por las Disposiciones Derogatorias de la LOSPEE⁸.

De lo expuesto se observa que: *i)* las leyes tributarias, sus reglamentos y las circulares de carácter general rigen a partir de su publicación en el Registro Oficial; *ii)* las exoneraciones tributarias están sujetas al principio de reserva de ley y pueden ser modificadas o derogadas por ley posterior; y, *iii)* la LRSE fue expresamente derogada por la LOSPEE.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica derogó en forma expresa la Ley de

⁸ LOSPEE, Disposiciones Derogatorias: ***“La Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 43 de 10 de octubre de 1996 y todas sus reformas”***.

Régimen del Sector Eléctrico, la exención que establecía su artículo 67 no se encuentra en vigencia y, por lo tanto, es actualmente inaplicable.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.06
16:41:35 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Xavier Fernando Vera Grunauer,
Ministro de Energía y Minas

Ing. Luis Jorge Maingón Velasco,
Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables (E)

Mgs. Francisco Briones Rugel,
Director General del Servicio de Rentas Internas (SRI)

Oficio N° 20503

Quito, DM, 03 de octubre de 2022

Señor ingeniero
Bernardo Juan Manzano Díaz,
MINISTRO,
MINISTRO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MAG-MAG-2022-1016-OF de 23 de septiembre de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“a) De conformidad con el principio de jerarquía normativa y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ¿la prohibición constante en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados debe ser aplicada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería pese a estar en contraposición del numeral 1 del Artículo XI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947 y su enmienda de 1994); y, el Art. 23 y su Anexo IV - Sección D - Cronograma de Eliminación Arancelaria de Ecuador para Mercancías Originarias de la UE del Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea, ambos previamente aprobados y ratificados por el Ecuador, que disponen que no pueden existir prohibiciones ni restricciones a la importación de leche en polvo?

b) En virtud del principio de seguridad jurídica y confianza legítima previsto en el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo que dispone que las actuaciones administrativas deben ser respetuosas con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración Pública en el pasado, ¿el Ministerio de Agricultura y Ganadería debe atender las solicitudes y/o requerimientos formulados a partir del 17 de agosto de 2022 por los administrados, para la importación de leche en polvo, acorde los parámetros establecidos en los acuerdos comerciales multilaterales, regionales y/o bilaterales de índole internacional previamente aprobados y ratificados por el Ecuador o debe negarlos conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados?”.

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura y Ganadería (en adelante MAG), contenido en oficio No. MAG-CGAJ-2022-0966-M de 23 de septiembre de 2022, citó los artículos 226, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); III del Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio² (en adelante Protocolo de la OMC) y 3 numerales 1, 7 y 8 de su Anexo 2 “*ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS*”; XI y XXIII del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio³ (en adelante GATT de 1947); 1 letra a) del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT de 1994)⁴; 4, 23, 314, 315 y Anexo IV- Sección- D “*CRONOGRAMA DE ELIMINACIÓN ARANCELARIA DE ECUADOR PARA MERCANCÍAS ORIGINARIAS DE LA UE*” del Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y el Perú por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador⁵ (en adelante Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú); artículos 3, 6, 9,14, 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA); 3 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷ (en adelante LOGJCC); y, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados⁸ (en adelante LOL), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“III. ANÁLISIS

3.1. Prohibición de importación de leche en polvo

(...) el Ecuador tiene varios Acuerdos Comerciales y Regionales vigentes, como: Comunidad Andina CAN (1969); México (1987); **Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio** (OMC) (1996); MERCOSUR (2005); **Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea** (2016); Asociación Europea de Libre comercio EFTA (2020); Chile (2022); entre otros, **que por su connotación internacional obligan al Estado a adecuar su accionar conforme las cláusulas convencionales pactadas; y,**

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

² Protocolo de la OMC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 853 de 2 de enero de 1996.

³ GATT de 1947, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 987 de 12 de julio de 1996.

⁴ GATT de 1994, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 977 de 28 de junio de 1996.

⁵ Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1285, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 906 de 20 de diciembre de 2016.

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

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

⁸ LOL, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 128 de 17 de agosto de 2022.

en caso de incumplimiento, será objeto de advertencias, procesos de arreglo de conflictos, instancias judiciales y/o sanciones comerciales.

(...) **en el caso de la leche en polvo, este producto está contemplado dentro del listado y cronograma de eliminación arancelaria de Ecuador para mercancías originarias de la Unión Europea, acorde el Anexo IV del Protocolo de Adhesión al Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú, adoptado por el Ecuador en el último trimestre del año 2016** (...) (el resaltado me corresponde y el subrayado corresponde al texto original).

IV. CONCLUSIONES

1. Al tenor de los Arts. 425 y 426 de la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales, se encuentran sobre las leyes orgánicas o especiales, por tanto su aplicación es jerárquicamente imperativa para la Administración Pública.

2. **En apego a los principios de legalidad y juridicidad que obligan a la Administración Pública a cumplir solo lo dispuesto a nivel constitucional y legal, el aplicar la prohibición de importación de leche en polvo por diez (10) años**, conforme reza la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados, **conllevaría el incumplimiento de Acuerdos Comerciales aprobados y ratificados previamente a la expedición de la norma**; entre otros, el Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea, por cuanto en el año 2017 se inicia su aplicación que contempla dentro de los cupos de importación la leche en polvo; y, cinco años más tarde (2022) se expide su prohibición de importación (el resaltado me corresponde).

(...) esta prohibición de importación transgrede expresamente el numeral 1 del Artículo XI - Eliminación general de las restricciones cuantitativas, perteneciente al Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio referente de aplicación para los miembros de la OMC; y, en cuanto al Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea, se incumple lo señalado en su Art. 23 y su ANEXO IV - SECCIÓN D - CRONOGRAMA DE ELIMINACIÓN ARANCELARIA DE ECUADOR PARA MERCANCÍAS ORIGINARIAS DE LA UE.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que tratan sus consultas, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) la prohibición prevista en la Disposición Transitoria Quinta de la LOL; *ii*) la aplicación de los Acuerdos internacionales; y, *iii*) jerarquía de los instrumentos internacionales y su aplicación en caso de conflictos con la ley.

2.1. La prohibición prevista en la Disposición Transitoria Quinta de la LOL.-

El artículo 1 de la LOL define que su objeto es “*establecer el régimen legal y administrativo que permita, promover, regular, asegurar, garantizar y fortalecer la*

producción primaria de leche cruda”, así mismo, “afianzar los diferentes procesos de obtención de la materia prima, producción, preparación, fabricación, envasado, conservación, etiquetado, transporte y almacenamiento, comercialización y expendio” de alimentos procesados y derivados de la leche, aptos para consumo humano.

El artículo 4 de la LOL, al referirse a su ámbito de aplicación, prescribe que sus disposiciones son de orden público e interés social, y su observancia *“es obligatoria para personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y de las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano, que estén inmersas y ejecuten actividades dentro y relacionadas en la cadena láctea”*.

En este contexto, la Disposición Transitoria Quinta de la LOL, materia de sus consultas, establece lo siguiente: ***“Prohíbese la importación de leche en polvo por los próximos diez años mientras se generan las condiciones para que el sector pueda competir en mejores condiciones”*** (el resaltado me corresponde).

2.2. La aplicación de los Acuerdos internacionales.-

En virtud de que el análisis de la materia de sus consultas impone examinar las normas contenidas en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, es pertinente considerar que, sobre el alcance y límites de la competencia del Procurador General del Estado, la Corte Constitucional⁹ le impuso el deber de abstenerse de atender aquellas que traten sobre la aplicación de normas constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 436 de la CRE¹⁰, limitación que no se extiende a los instrumentos internacionales que regulen materias distintas a la de los derechos humanos y que deban ser considerados en el análisis de asuntos sometidos a dictamen del procurador.

En tal contexto, con relación a la obligación de cumplimiento de los tratados internacionales y de su incorporación al derecho interno, Manuel Becerra Ramírez¹¹ expone:

“(…) si observamos la práctica relativa a la celebración de los tratados, podemos ver que **a los Estados no se les obliga a celebrar tratados internacionales** (al contrario: el mismo derecho internacional establece sanciones en caso de que un Estado sea obligado por la fuerza a celebrar un tratado internacional: Viena 69 sanciona con la nulidad la coacción sobre el representante de un Estado [artículo 51, y la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, artículo 52] **pero sí tiene obligación de cumplirlos, de incorporarlos a su derecho interno; los tratados deben cumplirse de buena fe**

⁹ Corte Constitucional, sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009.

¹⁰ CRE, “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:
1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

¹¹ www.corteidh.or.cr, BECERRA Ramírez Manuel, La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional, pág. 294.

(pacta sunt servanda), reza el principio toral (sic) general del derecho. Teóricamente, **cuando un Estado ratifica un tratado, se entiende que el contenido pasó por un filtro interno, que sobre todo revisa su congruencia con las normas constitucionales (...)** (el resaltado me corresponde).

En este sentido se observa que, la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) es la sucesora del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT)¹². De acuerdo con el Protocolo de la OMC y su alcance, Ecuador es miembro de dicha organización desde 1996 y se rige por el GATT de 1947 y de 1994. El numeral 1 del artículo XI del GATT de 1947 establece la eliminación general de las restricciones cuantitativas a la importación de un producto del territorio de otra Parte contratante en los siguientes términos:

“Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas (...)” (el resaltado me corresponde).

En similar sentido a lo señalado por el numeral 1 del artículo XI del GATT de 1947, el artículo 23 del Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú, con relación a las restricciones a la importación y a la exportación prevé:

“Salvo disposición en contrario en este Acuerdo o lo previsto en el artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, **ninguna Parte adoptará o mantendrá prohibiciones o restricciones sobre la importación de mercancías de otra Parte** o sobre la exportación o venta para exportación de mercancías destinadas al territorio de otra Parte. Para ese fin, el artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Acuerdo y son parte integrante del mismo mutatis mutandis” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el Anexo IV, Sección D *“CRONOGRAMA DE ELIMINACIÓN ARANCELARIA DE ECUADOR PARA MERCANCÍAS ORIGINARIAS DE LA UE”* determina que:

“Salvo que se disponga algo distinto en el Cronograma de Eliminación Arancelaria de Ecuador, se aplicarán las siguientes categorías de desgravación de acuerdo con el artículo 22 (Eliminación de aranceles aduaneros) del Título III (Comercio de mercancías) del presente Acuerdo:

(...) 21. **Los aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias correspondientes a la categoría «L1» están exceptuados de la eliminación arancelaria;** no obstante lo

¹²<https://www.aduana.gob.ec/organizacion-mundial-de-comercio-omc/#:~:text=Entre%201947%20y%201994%20el,en%20particular%20la%20no%20discriminaci%C3%B3n.>

anterior, Ecuador no aplicará, desde la entrada en vigor de este Acuerdo, el arancel de importación para un contingente agregado anual de 400 toneladas métricas que se incrementará anualmente en 20 toneladas métricas a partir del año uno” (el resaltado me corresponde).

El listado y cronograma de eliminación arancelaria de Ecuador para mercancías originarias de la Unión Europea, acorde el Anexo IV del Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú, adoptado por el Ecuador en el último trimestre del año 2016 incluye a la leche en polvo.

De lo expuesto se observa que: *i)* la LOL, cuyo objeto es establecer el régimen legal y administrativo para promover, regular, asegurar, garantizar y fortalecer la producción primaria de leche cruda, prohíbe la importación de leche en polvo por los próximos diez años mientras se generan las condiciones para que el sector pueda competir en mejores condiciones; *ii)* el Ecuador, como parte de la OMC, tiene la obligación de cumplir los acuerdos internacionales ratificados e incorporarlos a su derecho interno; y, *iii)* tanto el GATT como el Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú, ratificados por el Ecuador prohíben la imposición de restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante.

2.3. Jerarquía de los instrumentos internacionales y su aplicación en caso de conflictos con la ley.-

Si bien la Disposición Transitoria Quinta de la LOL establece expresamente una prohibición de importar leche en polvo por los próximos diez años, mientras se generan las condiciones para que el sector pueda competir en mejores condiciones, es necesario analizar su contenido a la luz de los acuerdos comerciales ratificados por el Ecuador, que por su jerarquía y naturaleza obligan al Estado a adecuar su accionar conforme las cláusulas convencionales pactadas a fin de evitar posibles sanciones por su incumplimiento.

Según el artículo 425 de la CRE, el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente: ***“La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones”***; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (el resaltado me corresponde). El segundo inciso del artículo *ibídem* agrega que: ***“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”*** (el resaltado me corresponde).

Concordante, el numeral 1 del artículo 3 de la LOGJCC, al referirse a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables para la solución de antinomias, prevé que: ***“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se***

aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el artículo 22 del COA, que se refiere a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, establece que las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad y precisa que la actuación administrativa *“será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado”* (el resaltado me corresponde).

Respecto a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, la Corte Constitucional de Colombia¹³ ha señalado que:

“(…) funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida (…)” (el resaltado me corresponde).

El GATT de 1947, adoptado por la letra a) del numeral 1 del GATT de 1994, y el Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú forman parte del ordenamiento jurídico del país, y su aplicación ha generado razonables expectativas respecto de terceras partes, que en caso de incumplimiento pondrían en riesgo la seguridad jurídica del Ecuador.

De lo manifestado se desprende que: *i)* sobre la eliminación general de las restricciones cuantitativas, el GATT de 1947 y el Protocolo del Acuerdo Comercial Multipartes UE-Colombia y Perú determinan que ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante; *ii)* las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, entre ellos los Acuerdos administrados por la OMC, por el principio de jerarquía, prevalecen respecto a lo dispuesto en leyes orgánicas, siendo de imperativo cumplimiento; y, *iii)* en atención a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, la administración pública debe ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado en el pasado.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del Artículo XI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947); y, el artículo 23 y su Anexo IV - Sección D - Cronograma de Eliminación Arancelaria de Ecuador para Mercancías

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-453/18 de 22 de noviembre de 2018, ver en el enlace <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-453-18.htm>

Originarias de la UE del Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con los países de la Unión Europea, aprobados y ratificados por el Ecuador, que disponen que no pueden existir prohibiciones ni restricciones a la importación de leche en polvo, prevalecen por su jerarquía respecto de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados, según lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al ser inaplicable la prohibición establecida en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica para Fomentar la Producción, Comercialización, Industrialización, Consumo y Fijación del Precio de la Leche y sus Derivados, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que las solicitudes y/o requerimientos formulados por los administrados para la importación de leche en polvo deben ser examinados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería acorde a los parámetros establecidos en los acuerdos comerciales internacionales aprobados y ratificados por el Ecuador, de conformidad con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima establecidos por el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo.

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

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.10.01
06:16:53 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec