

Oficio N° 18102

Quito, D.M., 18 MAR 2022

Señor economista
Iván Fernando Tobar Cevallos,
GERENTE GENERAL,
BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO
DE SEGURIDAD SOCIAL (BIESS).
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero a su oficio sin número y sin fecha, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 03 de febrero de 2022, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es aplicable el artículo innumerado posterior al 19 de la Ley Notarial, esto es, celebrar sorteos para la asignación de notarios para la celebración de los instrumentos públicos que contienen los contratos de mutuo y de hipoteca?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 17621 de 08 de febrero de 2022, este organismo solicitó al Consejo de la Judicatura (en adelante CJ) que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. El requerimiento de este organismo fue atendido por el Director General del CJ con oficio No. CJ-DG-2022-0358-OF de 16 de febrero de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 18 de los mismos mes y año, al cual se adjuntó el criterio jurídico contenido en memorando No. CJ-DNJ-2022-0183-M de 15 de febrero del presente año, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del CJ.

1.3. El informe jurídico del Coordinador Jurídico del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante BIESS) citó en lo principal los artículos 200, 225, 370, 372 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 1, 2 y 4 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social² (en adelante LBISS);

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

² LBISS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 11 de mayo de 2009.

2099, 2309 y 2310 del Código Civil³ (en adelante CC); 6 y artículos innumerados agregados a continuación del artículo 19 de la Ley Notarial⁴ (en adelante LN); y, 45 del Código Orgánico Administrativo (COA). El mencionado informe jurídico refirió antecedentes sobre la terminación del convenio de cooperación interinstitucional celebrado entre el BIESS y el CJ para realizar el sorteo de los contratos en los que se instrumentan los créditos que el BIESS otorga a los afiliados y jubilados, y concluyó:

“1.- ANTECEDENTES. –

Mediante oficio No. BIESS-GGEN-2021-1627-OF de fecha 21 de diciembre del 2021, el magister Iván Tobar Cevallos, Gerente General del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social BIESS, solicitó a la señora Presidenta del Consejo de la Judicatura, que informará a los Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura sobre el Acta de Terminación del Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre (sic) El 05 de enero del 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura y el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social BIESS de fecha 11 de julio de 2019, disponiendo dejar sin efecto el sorteo de documentos a ser suscritos por parte de los afiliados, jubilados y pensionistas de la seguridad social del país entre las notarias y notarios de la jurisdicción donde se encuentra ubicado el inmueble a adquirir y/o hipotecar.

(...)

3.1.- Giro del negocio del BIESS

(...) el artículo 4, numeral 4.2.1 prescribe que una de las operaciones del BIESS será, entre otras, el otorgamiento de créditos hipotecarios.

(...)

En ese sentido, para otorgar un préstamo hipotecario, es *conditio sine qua non* la celebración de un contrato de mutuo y un contrato hipotecario.

(...)

3.2.- Naturaleza Contrato de Mutuo y Contrato de Hipoteca

(...) El contrato de mutuo es un instrumento de naturaleza civil que, para asegurar su legalidad, se somete a un reconocimiento de firmas ante notario público. Entonces, al ser un contrato civil, dedúzcase que es de naturaleza privada, con cláusulas establecidas a las que se someten las partes de forma libre y voluntaria. Ergo, no estamos hablando de un contrato público.

(...)

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

⁴ LN, publicada en el Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966.

4.- CRITERIO JURÍDICO. -

(...) **El BIESS no debe someterse a los sorteos de notaría, respecto a la instrumentación de los contratos de mutuo y de hipoteca**, toda vez que (i) forman parte del giro específico del negocio (ii) son de naturaleza civil, (iii) los gastos son efectuados por el cliente, y (iv) gozamos de autonomía” (el resaltado me corresponde).

1.4. De su parte, el criterio jurídico del CJ, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 178 y 292 de la CRE; 16 de la Ley de Seguridad Social⁵ (en adelante LSS); y, 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante LOCGE); con base en los cuales concluyó:

“(…) corresponde al Consejo de la Judicatura regular el sistema de sorteos, lo cual efectivamente ha hecho a través de la expedición del ‘Reglamento del Sistema de Sorteos de Notarías para Contratos Provenientes del Sector Público’, publicado en el Registro Oficial No. 160 de 15 de enero de 2018, normativa que se encuentra vigente.

(...)

Al ser el BIESS una institución pública que interviene en la celebración de la escritura en la parte que corresponde al **mutuo**, mismo que se deriva del **crédito hipotecario** otorgado por este, se configura a criterio de esta Dirección, la condición determinada en el primer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 19 de la Ley Notarial y, por ende, la selección de notarios debe efectuarse a través del sistema de sorteo (el resaltado corresponde al texto original).

(...)

En virtud de lo anterior, **las notarías y notarios a nivel nacional deberán contar obligatoriamente con el acta de sorteo, generada por el Sistema de Sorteos de Notarías para Contratos Provenientes del Sector Público, cuando se trate de las instituciones que se encuentran determinadas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador**” (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se desprende que los criterios jurídicos citados difieren. El BIESS considera que a dicha entidad no le son aplicables las normas que prevén los sorteos de notaría, respecto a la instrumentación de los contratos de mutuo y de hipoteca que celebra con los afiliados y jubilados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS) debido a que dichos contratos forman parte del giro específico del negocio y dicha entidad financiera pública tiene autonomía administrativa, financiera y técnica.

De otro lado, el CJ considera que al ser el BIESS una institución pública que interviene en la celebración de la escritura en la parte que corresponde al mutuo que se deriva del crédito hipotecario otorgado se configura la condición determinada en el primer

⁵ LSS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

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

artículo innumerado agregado a continuación del artículo 19 de la LN, y por ende la selección de notarios se debe efectuar a través del sistema de sorteo.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia de la consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i) la naturaleza del BIESS; ii) el sorteo de notarías previsto en la LN; iii) la competencia de regulación del CJ; y, iv) la prevalencia de la LOSNCP respecto al Reglamento del Sistema de Sorteos de Notarías para Contratos Provenientes del Sector Público.*

2.1. La naturaleza del BIESS. -

De acuerdo con el numeral 3 de artículo 225 de la CRE el sector público comprende a: *"(...) Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado"*.

Adicionalmente, el artículo 372 de la CRE determina que los fondos previsionales públicos y sus inversiones se *"canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"*, cuya gestión *"se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente"*.

En este sentido, la Disposición Transitoria Vigésimotercera de la CRE ordenó la creación de una entidad financiera de propiedad del IESS, responsable de la administración de sus fondos, bajo criterios de banca de inversión. Al efecto, el artículo 1 de la LBIESS creó el Banco del IESS (en adelante BIESS), como una *"institución financiera pública"* (el resaltado me corresponde).

Entre las operaciones que el BIESS está autorizado a realizar, el numeral 4.2.1 del artículo 4 de la LBIESS incluye la siguiente: *"Conceder créditos hipotecarios, prendarios y quirografarios y otros servicios financieros a favor de los afiliados y jubilados del IESS, mediante operaciones directas o a través del sistema financiero nacional"* (el resaltado me corresponde).

De acuerdo con la Disposición General Primera de la LBIESS, en todo lo que no estuviere previsto en la LBIESS *"se estará a lo dispuesto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en la Ley de Mercado de Valores⁷ y en la Ley de Seguridad Social, así como en los demás cuerpos legales que sean aplicables"*.

⁷ Materias actualmente reguladas en los Libros I y II del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 19 de septiembre de 2014.

Por otro lado, el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁸ (en adelante COPLAFIP) dispone que se someterán a dicho código “*todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República*”, respetándose la facultad de gestión autónoma, de orden político, administrativo, económico, financiero y presupuestario que la CRE o las leyes establezcan para las instituciones del sector público.

Así, el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del COPLAFIP, que clasifica a las entidades, instituciones y organismos del sector público, incluye en su numeral 1 al sector público financiero que comprende a “*todas las entidades cuya actividad principal es monetaria, de intermediación financiera, banca de inversión y/u otras para la prestación de servicios financieros de naturaleza similar*” (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* el BIESS es una institución financiera pública creada por ley, responsable de la administración de los fondos del IESS bajo criterios de banca de inversión, y como tal, forma parte del sector público; y, *ii)* entre sus operaciones, el BIESS está autorizado a conceder créditos hipotecarios a favor de los afiliados y jubilados del IESS.

2.2. El sorteo de notariás previsto en la LN. -

Es pertinente considerar que la LN fue promulgada en 1966, esto es con anterioridad a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas⁹ de 1976, derogada por la Ley de Contratación Pública¹⁰ de 1990, que constituye el contexto normativo al que se refiere el primer considerando de la Ley Reformatoria¹¹ de la LN, que señala que “*la Ley Notarial requiere de reformas que la armonicen con el ordenamiento jurídico vigente*”.

El artículo 9 de la citada Ley Reformatoria a la LN¹² agregó dos artículos innumerados luego del artículo 19 de la LN. El primer artículo innumerado, en su primer inciso previó que “*Todos los actos y contratos que provengan del sector público y que por su naturaleza, deban ser protocolizados se sortearán entre los notarios de la respectiva jurisdicción*”. El segundo inciso del mismo artículo contenía el procedimiento para el sorteo de notarios en el caso de los contratos del sector público que debían ser protocolizados, y asignó al efecto la competencia al Presidente del Colegio de Notarios respectivo para verificar diariamente el sorteo. No obstante, se observa que dicha norma fue sustituida en 2009 al expedirse el Código Orgánico de la Función Judicial¹³ (en adelante COFJ), según se examinará en el siguiente acápite.

⁸ COPLAFIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 el 22 de octubre de 2010.

⁹ Decreto Supremo No. 679 publicado, en el Registro Oficial No. 159 de 27 de agosto de 1976.

¹⁰ Ley No. 95, publicada en Registro Oficial 501 de 16 de agosto de 1990.

¹¹ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 64 de 8 de noviembre de 1996.

¹² Ley Reformatoria de la Ley Notarial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 64 de 8 de noviembre de 1996.

¹³ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 3 de marzo de 2009.

18102

Por su parte, el segundo artículo innumerado agregado por la Ley Reformatoria a la LN a continuación del artículo 19 de la LN, cuyo texto conserva vigencia, señala específicamente que: ***“Los contratos de obra o prestación de servicios celebrados con el sector público, que conforme a la Ley requieran de escritura pública, deberán autorizarse preferentemente ante un notario de la jurisdicción donde se ejecute la obra”*** (el resaltado me corresponde).

Después de dicha reforma se expidió la codificación de la Ley de Contratación Pública¹⁴, la misma que fue derogada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁵ (en adelante LOSNCP), cuyo artículo 1 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 los organismos y entidades públicos.

En este sentido, el numeral 9 del artículo 2 de la LOSNCP dispone que se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General de la LOSNCP¹⁶ (en adelante RGLOSNCP), bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: ***“9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios”***. De acuerdo con el inciso tercero del artículo 5 del Estatuto del BIESS¹⁷, la totalidad de las acciones que componen su capital son de propiedad del IESS.

Adicionalmente, el artículo 101 del RGLOSNCP, respecto a las contrataciones del giro específico del negocio de las instituciones financieras del Estado en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, establece que están reguladas por ***“la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros”***, actual Código Orgánico Monetario y Financiero, y autorizadas por la Superintendencia de Bancos, ***“sin que les sea aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General”*** (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* los dos artículos innumerados agregados a continuación del artículo 19 de la LN deben ser entendidos en armonía y de forma conjunta, por estar relacionados a la misma materia, que es el sorteo de los contratos celebrados por las entidades del sector público; *ii)* el primer artículo innumerado materia de su consulta fue sustituido en 2009 al expedirse el COFJ; *iii)* el segundo artículo innumerado, cuyo tenor conserva vigencia, se refiere expresamente a los ***“contratos de obra o prestación de servicios celebrados con el sector público”***, materia actualmente regulada por la LOSNCP; y, *iv)* para las contrataciones relacionadas con el giro específico del negocio de las instituciones financieras públicas no son aplicables las normas de la LOSNCP ni de su Reglamento General.

¹⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001.

¹⁵ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008.

¹⁶ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del 2009.

¹⁷ Publicado en Edición Especial del Registro Oficial No. 52 de 4 de septiembre del 2019.

2.3. La competencia de regulación del CJ. -

El artículo 2 del COFJ, respecto a su ámbito, prevé que comprende la estructura de la Función Judicial, las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la CRE y la ley, la jurisdicción y competencia de los jueces, *“y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia”*.

Según el numeral 5 del artículo 38 del COFJ, la conformación de la Función Judicial incluye a: *“Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial”*. En lo relacionado al régimen legal del servicio notarial, el artículo 297 del COFJ precisa que *“se rige por la Constitución, este Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias”*.

La Disposición Derogatoria 11, subnumeral 6 del COFJ sustituyó el primer artículo innumerado a continuación del artículo 19 de la LN, agregado por el artículo 9 de la Ley Reformatoria de la LN, y eliminó la competencia de la Presidencia del Colegio de Notarios para realizar el sorteo de todos los actos y contratos que provengan del sector público asignándola a la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares del CJ, en el siguiente sentido: *“La Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, se encargará de realizar el sorteo entre las notarias y los notarios de la jurisdicción donde se celebran los contratos que provengan del sector público y las empresas públicas”*.

Posteriormente, en el año 2011, el citado artículo innumerado primero agregado a continuación del artículo 19 de la LN fue reformado por el artículo 12 de la Ley Reformatoria¹⁸ del COFJ, y desde entonces su tenor es el siguiente: *“Art. ...- La unidad correspondiente se encargará de realizar el sorteo entre las notarias y los notarios de la jurisdicción donde se celebran los contratos que provengan del sector público y las empresas públicas”*.

En este orden de ideas, el Reglamento del Sistema de Sorteos de Notarías para Contratos Provenientes del Sector Público¹⁹ expedido por el CJ, en su considerando noveno cita el artículo 69 de la LOSNCP, según el cual los *“contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública”*. El artículo 1 de la mencionada resolución, al establecer su objeto prevé:

“Art. 1.- Objeto. - Regular el sorteo de notarías para contratos que provengan del sector público y empresas públicas, a través de un sistema informático implementado por el Consejo de la Judicatura, para uso obligatorio de las Direcciones Provinciales en la jurisdicción donde estos se realicen. Dicho sistema de sorteo será utilizado tanto para los contratos cuyo sorteo de notaría es obligatorio de acuerdo a la ley, así como para los contratos que se presenten a sorteo de notaría por solicitud voluntaria de las instituciones públicas” (el resaltado me corresponde).

¹⁸ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011.

¹⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 160 de 15 de enero del 2018.

De lo expuesto se desprende que el sistema de sorteo de notarías: *i)* es obligatorio respecto a los contratos que celebren las entidades del sector público en el ámbito de la contratación pública regulada en la actualidad por la LOSNCP; y, *ii)* es voluntario para las instituciones públicas que soliciten el sorteo de contratos distintos a aquellos sujetos al ámbito de la LOSNCP o excluidos de él, como es el caso de los contratos que corresponden al giro específico del negocio de las entidades financieras públicas, según los artículos 2 numeral 9 de la LOSNCP y 101 del RGLOSNCP.

2.4. La prevalencia de la LOSNCP respecto al Reglamento del Sistema de Sorteos de Notarías para Contratos Provenientes del Sector Público. -

La entidad consultante cita los artículos 2099 y 2309 del Código Civil²⁰ (en adelante CC), sobre el contrato de mutuo y la hipoteca, que los definen de la siguiente manera:

“Art. 2099.- Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”

“Art. 2309.- Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

Respecto al uso de instrumentos privados por el Estado y sus instituciones, Juan Carlos Cassagne²¹ expone: *“cuando el Estado utiliza las formas jurídicas del derecho privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar”*.

Por su parte, sobre las solemnidades para ciertos actos y contratos, Alessandri²² señala: *“Las solemnidades son las formalidades prescritas por la ley para la existencia de ciertos actos o contratos”* (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, es pertinente considerar que de acuerdo con la regla 18 del artículo 7 del CC *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.

Por otro lado, según el artículo 425 de la CRE en el 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”*. Concordante, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley

²⁰ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 24 de junio del 2005.

²¹ Juan Carlos Cassagne, *“Las formas societarias”*, Derecho Administrativo, Tomo I, 5ta Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1994): pág. 404.

²² Alessandri, Arturo, *“Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General”*, Tomo primero Fundación de Derecho Administrativo.

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²³ (en adelante LOGJCC) establece los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria aplicables a la solución de antinomias, y dispone que: *“Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”*.

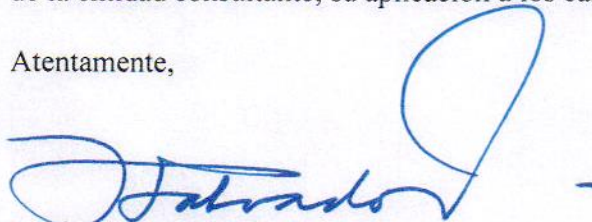
De lo expuesto se desprende que: *i)* la ley establece las solemnidades aplicables a los contratos; *ii)* de conformidad con la LN, el sistema de sorteo de notarías es obligatorio respecto a los contratos de obra o prestación de servicios celebrados con el sector público, que conforme a la ley requieran de escritura pública, materia actualmente regulada por la LOSNCP; y, *iii)* en caso de que un reglamento establezca formalidades para cierto tipo de contratos, distintas o adicionales a las previstas por la ley, corresponde la aplicación de la norma jerárquica superior.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que de acuerdo con el tenor del segundo artículo innumerado agregado a continuación del artículo 19 de la Ley Notarial, el sorteo de notarías para instrumentar los contratos en que intervienen las instituciones del sector público se refiere a aquellos regulados en la actualidad por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En tal virtud, el sorteo previsto por la Ley Notarial no es obligatorio para las contrataciones que corresponden al giro específico de los negocios de las instituciones financieras del sector público, como es el caso de los contratos de mutuo e hipoteca, según lo determinado en los artículos 2 numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 101 de su Reglamento General.

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,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Dr. Santiago Peñaherrera Navas,
Director General del Consejo de la Judicatura.

²³ LOGJCC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.