

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La desnaturalización de la potestad coactiva administrativa

María Bernarda Cadena Proaño

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 19 de noviembre de 2021

©DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Bernarda Cadena Proaño

Código: 00137924

Cédula de identidad: 1723523237

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA POTESTAD COACTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN¹

DEVALUATION OF THE COERCIVE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

María Bernarda Cadena Proaño²
m_bernardac@hotmail.es

RESUMEN

La potestad coactiva está disponible únicamente para entidades que formen parte de la administración para recobrar sus acreencias. Este ensayo parte del interés público para justificar esta facultad exorbitante del Estado, y aborda la desnaturalización de la potestad coactiva en instituciones públicas que desarrollan actividades semejantes a las instituciones privadas. El análisis de la extensión indiscriminada de la potestad coactiva a todas las instituciones estatales no ha sido analizado en nuestro país a pesar de ser un tema de gran importancia académica. Se tomó como ejemplo a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP y el Banco del Pacífico S.A. Se concreta que la potestad coactiva no se justifica en entidades estatales que compiten con sus pares privados, al ser valores que carecen de relevancia social, el procedimiento coactivo podría ser excesivo respecto del bien que se pretende tutelar y porque rompe el principio de participación en igualdad de condiciones.

PALABRAS CLAVE

Potestad coactiva, empresas públicas, administración pública, prerrogativa, interés público.

ABSTRACT

Only entities that are part of the administration have the ability to use coercion to recover their debts. This essay begins with the public interest to justify the State's excessive power, and then addresses the denaturalization of coercive power in public institutions that perform activities similar to private institutions. Despite being a topic of great academic importance, the analysis of the indiscriminate extension of coercive power to all state institutions has not been conducted in our country. As examples, the National Telecommunications Corporation, CNT EP, and Banco del Pacífico SA were used. As a result, the conclusion is reached that coercive power is not justified in state entities that compete with their private counterparts, because they are values that lack social relevance, and it may be excessive in relation to the goods that are intended to be protected, and it may violate the principle of participation under equal conditions.

KEYWORDS

Coercive procedure, public companies, public administration, prerogative, general interest.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Aguilar.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 3.1. LA POTESTAD COACTIVA EN EL BANCO DEL PACÍFICO Y CNT.- 3.2. EL EJERCICIO DEL PROCEDIMIENTO COACTIVO SEGÚN EL COA.- 4. MARCO TEÓRICO.- 4.1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA SENTENCIA C-666/000 DE COLOMBIA.- 5. DESARROLLO 5.1. LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE COACTIVA.- 5.2. ¿QUÉ IMPLICA UN PROCEDIMIENTO DE COACTIVA? 5.2.1. SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.- 5.3. ANÁLISIS DE LA EXTENSIÓN INDISCRIMINADA DE LA POTESTAD COACTIVA.- 5.3.1 EL CASO DEL BANCO DEL PACÍFICO.- 5.3.2. EL CASO DE CNT.- 5.4. LA POSICIÓN EN EL ECUADOR.- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La potestad coactiva es una de las expresiones más nítidas del principio de autotutela³. Esta emana del ordenamiento jurídico y se les confiere únicamente a instituciones estatales que fungen como acreedoras, y que sin la necesidad de activar la función judicial, están facultadas para recobrar los montos adeudados. De esta manera, las instituciones adquieren la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la protección del interés público⁴.

Es indiscutible que la decisión sobre el cobro de deudas patrimoniales debe ser realizada por los jueces, y esto se ha manifestado en casi todos los procesos judiciales a lo largo de la historia⁵. No obstante, cuando el Estado se enfrenta a una deuda, existe la excepción a este principio; el ordenamiento faculta a la administración para cobrar de manera independiente las obligaciones en favor del Estado, a través del procedimiento de coactiva legalmente institucionalizado⁶.

El tema central de esta investigación es el análisis del poder coercitivo de las instituciones estatales como órganos autorizados, cuya obligación legal y deber

³ Carlos Moreano Valdivia, “Algunos alcances sobre la facultad coactiva de la administración tributaria”, *Revista de Economía y Derecho* 11 (2014), 29-60.

⁴ Ismel Bravo y Grisel Galiano, “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador.”, *Revista de Derecho Público* 153/154 (2018), 129-152.

⁵ Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. 14 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998).

⁶ Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal*.

constitucional se fundamentan en los fines marcados por el Estado, tomando en cuenta los supuestos normativos que regulan el procedimiento coactivo como un procedimiento administrativo⁷.

Mediante la legislación ecuatoriana esta potestad se ha extendido a entidades que conforman el sector público, de manera que alcanza a instituciones estatales que por sus actividades económicas compiten con entidades del sector privado. Este privilegio de la administración altera el principio de igualdad de condiciones y oportunidades entre las instituciones públicas y su relación con los privados. Además las permite emitir medidas cautelares interviniendo directamente sobre los derechos de los administrados⁸.

El estudio de lo expuesto parte de la pregunta: ¿Se desnaturaliza la potestad coactiva al facultar con la misma a instituciones públicas que por su actividad económica compite con instituciones privadas?. Este tema se reviste de gran relevancia ya que al analizar esta potestad es posible determinar si este mecanismo cumple con el fin para el cual ha sido propuesto, es decir, en pro de garantizar el interés público.

En cuanto a la metodología de este artículo académico, se emplea un acercamiento de carácter inductivo, para el cual será necesario tomar como ejemplos específicos a dos instituciones en el Ecuador que han sido facultadas con este privilegio. Primero, entender la potestad coactiva dentro de una institución financiera privada, el Banco del Pacífico, en la cual el Estado aparece como único accionista. Y en segundo lugar a la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, CNT que presta servicios de telecomunicaciones, y que por ende compite con empresas privadas.

Para este análisis se utiliza el razonamiento de la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual analiza la finalidad de la potestad coactiva y demarca los límites para desplegarla⁹. Se pretende usar la reflexión de esta sentencia con el objetivo de entender su posible interés dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para esto, es necesario analizar la finalidad de la potestad coactiva, para luego aterrizar en específico en la incidencia de este procedimiento cuando el Estado actúa como agente económico y eventualmente compite con sus pares privados.

⁷ Ismel Bravo y Grisel Galiano, “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador.”

⁸ Carmen Simone Lasso, “El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo”, en *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, ed. de J.P. Aguilar y V. Chiriboga (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2019), 273-299.

⁹ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

2. Estado del Arte

La potestad coactiva es la más clara manifestación del poder exorbitante del Estado, que deviene del principio de autotutela¹⁰. García de Enterría desarrolla a este como la capacidad de la administración como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus situaciones jurídicas propias, exceptuándose de esa necesidad común de los demás sujetos de alcanzar una tutela judicial¹¹.

Francisco Guerrero establece que el privilegio de autotutela es la relación que se genera entre la administración y la justicia¹². La administración está exenta de someter sus actuaciones a un juicio declarativo para imponer coactivamente el cumplimiento de sus actos, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico¹³. De esta forma se establece que la ejecutoriedad o autotutela ejecutiva supone la ejecución del acto por la propia administración, venciendo coactivamente la voluntad resistente del obligado¹⁴.

La potestad coactiva se refiere a la recaudación de ingresos en los que la administración actúa como acreedora; se basa en una determinación precisa de lo que adeuda cualquier persona, ya sea natural o jurídica a una institución pública y, para que por razones de necesidad social se busque la satisfacción de lo adeudado¹⁵. Este privilegio se basa en la coerción y se manifiesta por la ejecución del acto unilateral, que permite a la administración obligar al sujeto mediante medidas cautelares que afectan directamente sobre el patrimonio del coactivado sin la necesidad de intervención judicial.

En el Ecuador, la doctrina no era pacífica al establecer la naturaleza del procedimiento de coactiva. Se debatía si este tenía carácter jurisdiccional o administrativo. Por un lado, Alejandro Ponce Martínez señala a la potestad coactiva

[...]como una modalidad de la justicia civil, aun cuando con el control de la justicia administrativa, existe la llamada jurisdicción coactiva o justicia fiscal, que se encarga

¹⁰Jorge Danós Ordoñez, “El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de administración pública de ejecución forzosa de sus actos”, *THEMIS: Revista de Derecho*, 32 (1995) 43-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109782> (último acceso: 16/11/2021).

¹¹ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (Navarra: Aranzadi, 2017), 555.

¹² Francisco Guerrero, “Introducción a la acción coactiva”, en *Libro Ruptura No. 46*, ed. de D.V Padilla, J.F. Guerrero, L.O. Sempértegui, S. Cortez, E. Ulloa (Quito: Asociación Escuela de Derecho, 2003), 203-237.

¹³ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, “*Curso de Derecho Administrativo I*”, 493.

¹⁴ *Ibidem*, 58

¹⁵ Ismel Bravo y Grisel Galiano, “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador.”

de hacer efectivos contra los ciudadanos los cargos a favor del Estado a la misma que en definitiva la enmarca o la relaciona con la justicia contencioso administrativa¹⁶.

Por otro lado, el carácter judicial de este procedimiento devenía del ya derogado Código de Procedimiento Civil, el cual lo denominaba jurisdicción coactiva¹⁷. Así también, el artículo 3 de la también derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, encasillaba a esta institución como parte de la clasificación jurisdiccional¹⁸. Bajo este ordenamiento, se establecía que los funcionarios que ejecutaban este procedimiento ostentaban la denominación de jueces de coactiva, a pesar de no tener siquiera la obligación de ser abogados de los tribunales de la República¹⁹.

En contraposición, Francisco Guerrero establece que este procedimiento, mal denominado jurisdicción coactiva, ha logrado superar antiguas posturas, en cuanto los elementos por medio de los cuales se materializa el procedimiento son de índole administrativa, ejecutados por funcionarios recaudadores quienes no dictan sentencia en lo absoluto²⁰. Bajo esta misma línea, Miguel Bayona determina que este no se ajusta al concepto de actividad jurisdiccional en cuanto no hay las tres partes intervinientes, tales como, el juez, actor y demandado, así como tampoco existe una etapa probatoria, y porque no se dicta sentencia alguna²¹.

Actualmente, ya no es necesario dilucidar sobre la naturaleza de este procedimiento, en cuanto la jurisprudencia²² y el Código Orgánico Administrativo, COA han sido uniformes en separar a la coactiva de la función judicial, y clasificarlo por su carácter administrativo. El COA se inspira de manera general, en el Código Tributario²³, el cual desde su expedición en 1975 hasta la actualidad ubica al procedimiento coactivo con base en la emisión de un título de crédito²⁴. Si bien esta

¹⁶ Alejandro Ponce Martínez, *“Derecho Procesal Orgánico”* (Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1991), 327.

¹⁷ Ver, Artículo 941, Código de Procedimiento Civil, R.O. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, reformado por última vez, R.O. n/a de 22 de mayo de 2015 [derogado].

¹⁸ Ley Orgánica de la Función Judicial, R.O. 636 de 11 de septiembre de 1974, reformado por última vez R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009 [derogada].

¹⁹ Washington Hoyos, *La Jurisdicción Especial Coactiva teoría y práctica en la legislación ecuatoriana* (Quito: Correo Legal, 2010).

²⁰ Francisco Guerrero C, “Introducción a la acción coactiva”.

²¹ Miguel Bayona Triviño, *El proceso coactivo en el Ecuador y su Jurisprudencia*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones (CEP), 2010), 3.

²² Ver, Sentencia No. 105-10-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 27 (se establece que la potestad coactiva no constituye una potestad jurisdiccional, se trata de la facultad que el ordenamiento jurídico atribuye a determinados servidores de la administración pública para cobrar deudas públicas a través de un procedimiento específico establecido).

²³ El procedimiento coactivo en el Código Tributario tiene como finalidad que la recaudación de tributos, multas, intereses u otros recargos a través de las administraciones tributarias. Este procedimiento se ejecuta de la misma manera y tiene diferencias mínimas con el procedimiento determinado en el COA.

²⁴ Carmen Simone Lasso, “El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo”.

facultad se encuentra en diferentes cuerpos normativos, el procedimiento tiene un objetivo en común: hacer efectivas las deudas pecuniarias en favor de la administración²⁵.

3. Marco normativo

La actuación del Estado ecuatoriano se rige exclusivamente por lo establecido en el ordenamiento jurídico, al igual que todos los órganos que comprenden la administración se sujetan a una normativa específica. Lo anterior se debe a que su actuación repercute de manera sustancial en el administrado. Para el objeto de esta investigación se menciona el marco legislativo sobre la potestad coactiva administrativa para entender como esta se extiende a instituciones estatales que despliegan actividades semejantes a las de los particulares.

El procedimiento coactivo, al igual que todos los procedimientos administrativos, se limita a los principios generales contenidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en el COA²⁶. Estos principios tienen como objetivo garantizar los derechos de los administrados, así como también, se constituyen como una guía específica para delimitar la actuación de las instituciones públicas²⁷.

De la Constitución emana la posibilidad de la administración de tutelar sus intereses por sí misma a la luz de lo establecido por la norma; es decir, apegándose al principio de legalidad²⁸. Cabe recalcar que la potestad coactiva de cobro no es inherente a la naturaleza de la administración, por el contrario, la ley se encarga de conferir dicha facultad expresamente a determinados órganos o instituciones del sector público para cobrar las acreencias pecuniarias que le corresponda²⁹.

Bajo ese contexto la Constitución enumera a todo lo que comprende el sector público³⁰, entre ellos están, los “[...] 3. 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

²⁵ Sentencia No. 105-10-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 24.

²⁶ Artículo 2, Código Orgánico Administrativo, COA, R.O. Suplemento 31 de 20 de junio de 2017, reformado por última vez R.O. Suplemento 78 de 31 de diciembre de 2019.

²⁷ Ver, Ismel Bravo y Grisel Galiano, “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador.” (explicando sobre los principios administrativos que rigen la potestad coactiva en el Ecuador).

²⁸ Ver, Artículo 226, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018. (establece que las instituciones del Estado [...] en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley).

²⁹ Carmen Simone Lasso, “El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo”.

³⁰ La constitución establece como sinónimos a sector y administración públicos.

Estado[...]"³¹. A partir de lo anterior, el COA establece que “[...] las entidades del sector público son titulares de la potestad de ejecución coactiva cuando esté previsto en la ley[...]"³².

3.1. La potestad coactiva en el Banco del Pacífico y CNT

La legislación ecuatoriana ha extendido la potestad coactiva a empresas públicas que, o bien compiten con empresas del sector privado, como CNT; o incluso a instituciones privadas con acciones públicas, tal como lo es el Banco del Pacífico. De esta forma, si bien la potestad coactiva en ambas instituciones tiene la misma finalidad, la habilitación para su ejercicio se desprende de diferentes cuerpos normativos³³.

El Banco del Pacífico es una institución financiera en donde el Estado aparece como único accionista. De esta forma, la institución se acoge a lo dispuesto por el Código Orgánico Monetario y Financiero. Se desprende de la disposición trigésima sexta de este cuerpo normativo la posibilidad del Banco de ejercer la facultad de cobro coactivo a sus usuarios a partir de lo siguiente,

[I]as entidades financieras y de seguros en las cuales el Estado conserve la propiedad mayoritaria, tendrán jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos y cualquier tipo de obligaciones a su favor o de terceros, mientras el Estado conserve dicha participación[...]"³⁴.

Mientras que CNT, al ser un empresa pública, su facultad coactiva se motiva en la disposición cuarta de la LOEP, la cual dispone que “[I]as empresas públicas tienen jurisdicción coactiva para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores. La ejercerán de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Administrativo”³⁵. Este artículo no diferencia a ninguna entidad estatal, por lo que se entiende que dicha potestad se extiende a cualquier empresa pública, independientemente de la actividad económica que esta pueda prestar.

La LOEP enviste con la facultad coactiva a CNT para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores a través de un delegado de la institución. Sin embargo es cierto que la potestad coactiva encuentra su límite, en cuanto lo anterior excluye a la empresa pública de poder desplegar su potestad en

³¹Artículo 225, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³²Artículo 261, COA.

³³De ambos cuerpos normativos se evidencia todavía el termino mal utilizado por el legislador como jurisdicción coactiva; sin embargo, no será necesario dilucidar sobre esta confusión tal como esta ya se ha resuelto en apartados anteriores.

³⁴Artículo 10, Código Orgánico Monetario y Financiero, R.O Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014, reformado por última vez R.O. 443 de 3 de mayo de 2021.

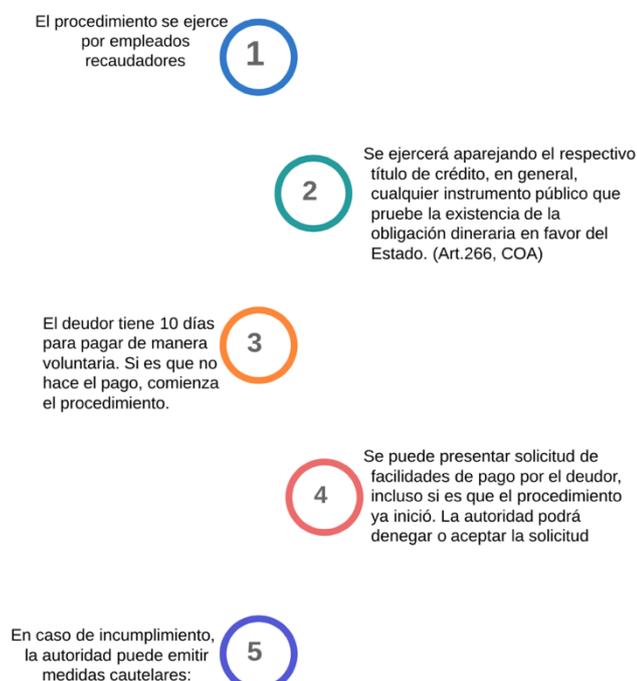
³⁵Disposición Cuarta, Ley Orgánica de Empresas Públicas, R.O. Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009, reformada por última vez R.O. Suplemento 118 de 10 de enero de 2020.

asuntos de contratación pública. Es decir, en contratos que se rijan bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP³⁶.

3.2. El ejercicio del procedimiento coactivo según el COA

El poder de ejecución de cada entidad pública rige de manera general por el COA. Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento de ejecución se rige específicamente por los reglamentos especiales de cada institución estatal que tenga potestad de utilizar la fuerza coercitiva³⁷. Uno de los avances que representó este cuerpo normativo es que dicho procedimiento se ejecutará cumpliendo los principios básicos administrativos³⁸. Conforme a estos últimos, tanto CNT, como el Banco del Pacífico deberán seguir el procedimiento establecido en el COA para coaccionar sobre sus deudores que se detalla a continuación:

Gráfico No. 1: El procedimiento coactivo según el COA



Fuente: Elaboración propia a partir de los artículos del COA³⁹

³⁶ Artículo 1, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, [LOSNCP], R.O. Suplemento 395, reformado por última vez R.O. 392 de 17 de febrero de 2021.

³⁷ Sentencia No. 105-10-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 28.

³⁸ Ver, Santiago Machuca Lozano, “La administración pública en el nuevo régimen constitucional”, *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador* 1 (2021), 101-127 (explicando los avances a partir de la emisión del COA).

³⁹ Artículos 262-281, COA.

Como respuesta a la autotutela del Estado, y bajo el marco normativo de la Constitución, el COA, la LOEP, y el Código Orgánico Monetario y Financiero nace la potestad coactiva para estas dos instituciones.

4. Marco teórico

En el Ecuador, el Estado ha creado instituciones para generar retornos financieros en el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios. Así también, ha comprado instituciones privadas, por lo que actúa como agente económico, y en consecuencia, compete con empresas del sector privado⁴⁰. Estas instituciones públicas están dotadas de facultades, una de estas es el procedimiento de coactiva que permite legalmente el cobro efectivo de lo que se debe a la institución.

Primero, se tiene a CNT, la cual presta servicios semejantes a las de sus competidores privados, y que la ley la ha facultado para ejecutar sus acreencias por el concepto de los servicios prestados a sus usuarios, clientes o consumidores mediante el procedimiento coactivo. Segundo, existe una institución de carácter privado en la que el Estado participa exclusivamente como único accionista, tal es el caso del Banco del Pacífico. Esta entidad también ha sido facultada por la ley para ejercer el cobro de sus acreencias a sus usuarios o clientes mediante dicho procedimiento.

Por un lado, existe el deber jurídico de que las instituciones públicas coaccionen sobre sus deudores; pues la coactiva, si bien es un procedimiento que causa un gravamen en el administrado, resulta necesario para recobrar lo adeudado al Estado⁴¹. Por otro lado, es necesario tomar en cuenta el otorgamiento de la facultad coactiva de manera genérica en el Ecuador para aquellas que utilizan el procedimiento para el cobro de ingresos derivados de relaciones jurídicas que se desenvuelven de la misma forma en el ámbito del derecho privado⁴².

La administración pública puede ejercitar las facultades que la ley le otorga para la recaudación de sus acreencias, sólo cuando se “[...] ejerce respecto de las obligaciones surgidas de actos de soberanía del Estado y no de simples actos de

⁴⁰ Andrés Moreta, *Procedimiento Administrativo Sancionador en el COA*, (Quito: Ediciones Continente, 2019), 21-22.

⁴¹ Ver, “La Coactiva en el COA - Marco Antonio Morales”, video de YouTube, 35:37, publicado por Andrés Moreta, 17 de septiembre de 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=Cp-GdGxhi4>. (último acceso: 14/11/2021) (analizando el procedimiento de coactiva dentro del COA).

⁴² Jorge Danós Ordoñez, “El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de administración pública de ejecución forzosa de sus actos”.

comercio”⁴³. De esta manera, resulta cuestionable si se justifica extender este mecanismo exorbitante a las entidades que realizan actividades similares a las de los privados, a pesar de que estas tengan por objeto hacer efectivos los fines del Estado⁴⁴.

En este sentido, es significativo emplear el procedimiento de cobro coactivo bajo su verdadera extensión y naturaleza, para de esta forma no desnaturalizar su carácter de mecanismo de ejecución forzosa de actos administrativos a disposición de los organismos estatales, que necesariamente deben estar enfocados al servicio del interés público⁴⁵.

Se establece de esta manera que es evidente el privilegio que le es reconocido a la administración pública. La misma actúa sin necesidad de intervención judicial, con sujeción únicamente a normas de fondo y forma, y no puede decirse lo mismo de los privados que se encuentran respecto del Estado en una posición completamente distinta a la de aquel⁴⁶.

4.1. Un punto de partida: la Sentencia C-666 de 2000 de Colombia

A partir de una acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia hizo un análisis del alcance de la potestad coactiva que permite hacer un contraste con el planteamiento de esta facultad en el Ecuador, en cuanto este no ha sido estudiado en nuestra legislación. El razonamiento de esta potestad de carácter excepcional⁴⁷ dentro de dicha sentencia nos ayuda analizar la extensión de este procedimiento a las instituciones que pertenecen al Estado pero que sus actividades económicas son las mismas en competencia con las de sus particulares.

Esta sentencia establece la naturaleza de la coactiva, y demarca a quienes deberá ser conferida en función de su actuación. La Corte comienza analizando su finalidad, y destaca la importancia de cobrar los valores adeudados, así mismo, establece que la potestad coactiva encuentra su fundamento en el interés general⁴⁸.

Pese a su trascendencia bajo la noción del bien común, la Corte concluye planteando la importancia de mantener el equilibrio entre las empresas públicas y

⁴³Ismael Bravo y Grisel Galiano, “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador”.

⁴⁴Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

⁴⁵Yuly Karina Reyes Hernández, “La Prerrogativa de Cobro Coactivo: Análisis a partir del Derecho Fundamental al Debido Proceso”, (Tesis doctoral, Universidad Santo Tomás, 2020). Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/32701/2020yulyreyes.pdf> (último acceso: 19/11/2021).

⁴⁶Javier Barcelona, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, (Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995), 114

⁴⁷ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

⁴⁸ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia.

privadas que contienen la actividad económica de la misma naturaleza por lo que afirma que “[...] esta justificación no es aplicable a entes que despliegan actividades semejantes a las de los particulares, aunque aquéllas también estén, de una u otra forma, destinadas a hacer efectivos los fines del Estado”⁴⁹.

La Corte destaca que de facultar este poder de ejecución a las empresas públicas que desarrollan actividades similares a las privadas, ocasiona un desequilibrio entre las partes, afectando de esta manera al principio de equidad⁵⁰. Este fallo que analiza la autorización legal para ejercer la potestad coactiva a los entes del Estado nos permite analizar lo que se plantea en Ecuador.

En Colombia este privilegio exorbitante de la Administración se limita siempre y cuando este sea direccionado de manera exclusiva a recaudar valores que van a contribuir a la satisfacción de los cometidos estatales en virtud del interés público. Mientras que en Ecuador, se ha dado un uso indiscriminado de la potestad coactiva en cuanto esta se ha extendido a empresas públicas que despliegan actividades económicas que están en competencia de la misma forma con empresas privadas, e incluso a instituciones financieras que se constituyen bajo formas jurídicas privadas.

5. Desarrollo

5.1. La finalidad de la potestad coactiva

Como el poder público está subordinado a lo establecido por la norma, este se encuentra dosificado en potestades públicas. Estas facultades administrativas, deben entenderse como las facultades previstas por la ley para desempeñar funciones de interés público⁵¹. En este sentido García de Enterría y Tomás Ramón Fernández establecen que “[...] las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad[...]

Es sustancial recalcar el fundamento de la existencia del procedimiento de coactiva administrativa, pese al carácter exorbitante que lo caracteriza. Bajo ese contexto se debe entender que la función social que despliega la administración debe

⁴⁹Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia.

⁵⁰Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia.

⁵¹ Ismel Bravo y Grisel Galiano “La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador.”

⁵² Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Eduardo Fernández, *Curso De Derecho Administrativo I*, 6a Ed. (Madrid: CIVITAS, 1993), 433.

estar sometida a la satisfacción interés del público, y no del individuo, o del Estado como un particular.

Las entidades a las cuales la ley les ha facultado con la potestad coactiva, de la misma manera, las ha dotado de herramientas administrativas con el objetivo de hacer efectivos los valores que se les adeuda. El interés público o los bienes jurídicos que pretende tutelar serán los que demarque el campo de actuación de la potestad coactiva⁵³.

Bajo esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia establece que

[...] consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales⁵⁴.

Es justamente por esa razón que la administración está facultada por el ordenamiento jurídico, para tutelar en su defensa y desplegar potestades de tal modo que no son más que representaciones concretas de sus gestiones constitucionales.

Ante la supremacía constitucional, los intereses particulares requieren especial atención y protección en la medida en que existen vínculos directos entre las disposiciones y la protección de los derechos constitucionales⁵⁵. Lo expuesto anteriormente se basa en que el Estado es responsable de la gestión de la economía nacional sobre la base de la satisfacción del bien común, en la aplicación de los derechos sociales.

Tal como se ha dicho en este acápite, esta potestad encuentra su finalidad en el interés público. Sin embargo, el carácter exorbitante que lo distingue implica que este debería ser desplegado de manera excepcional⁵⁶, para tutelar un bien, una actividad o un servicio objetivamente necesario para satisfacer necesidades esenciales de la vida personal o social, de tal forma que al desistir a estos bienes, servicios o actividades priven al individuo de aspectos indispensables de su vida⁵⁷.

Ahora bien, entendiendo la finalidad del procedimiento se deduce la importancia que este adquiere. El privilegio del Estado de tener un procedimiento expedito de cobro

⁵³Juan Carlos Ferrada Bórquez “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, *Revista de Derecho* 2 (2007), 69-94.

⁵⁴ Causa No. C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

⁵⁵Francisco Albuja, “Servicios públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional” *Estado y comunes: Revista de políticas y problemas públicos* 13 (2021), 85-106.

⁵⁶ Tal como lo establece la sentencia C-666 de 2000 emitida por la Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁷Cesar Martínez, “Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario en el ámbito local: origen y regulación actual” *Anuario De Derecho Municipal* 13 (2021), 57-83. Disponible en: <http://www.revistasmarcialpons.es/anuarioderechomunicipal/article/view/prestaciones-patrimoniales-de-caracter-publico-no-tributario-en->. (último acceso: 18/11/2021).

implica así mismo una facilidad de recaudar valores que no son de interés para el mismo, sino para el interés público. Este mecanismo tiene un alto contenido social y se justifica en la medida que existen vínculos directos entre las disposiciones y la protección de los derechos constitucionales.

En nuestro ordenamiento se ha visto una marginación sistemática del interés público como elemento determinante en el ejercicio de potestades administrativas. Esto implica que existe un desarraigo significativo de las potestades respecto del interés público, esquivando la preeminencia que este conserva como un parámetro de toda su actuación⁵⁸.

Por esta razón, es menester ubicar al procedimiento coactivo bajo su verdadera dimensión, con el objetivo de que no se desnaturalice su carácter de mecanismo de ejecución forzosa de actos administrativos. La potestad coactiva debería encontrarse favorable únicamente cuando el procedimiento este vinculado al servicio del interés público, con el fin de que su exorbitancia no sea desproporcional al bien jurídico que pretenda tutelar o cause un desequilibrio en la relación entre las instituciones públicas y privadas.

5.2. ¿Qué implica un procedimiento de coactiva?

Bajo este contexto, cabe mencionar que la administración define obligaciones directamente, al mismo tiempo que afecta derechos. Se presume que las actuaciones de la administración pública se apegan a lo establecido por la ley y tienen fuerza obligatoria mientras no sean declaradas inválidas; o que bajo el principio de eficiencia administrativa⁵⁹ se estima necesario para imponer mecanismos que aseguren la efectividad de las acciones de la administración⁶⁰.

El cobro de los valores adeudados a instituciones que pertenecen al Estado se obtienen a través de un procedimiento célere y expedito. Una vez que el deudor haya sido notificado por la autoridad administrativa recaudadora, y de manera voluntaria aquel no haya cancelado el valor pendiente, se procederá con el cobro coactivo de la deuda pecuniaria en favor de la institución estatal.

En el procedimiento coactivo, no se discute el contenido de la deuda, pues los empleados recaudadores se limitan a notificar y requerir el pago de la suma adeudada

⁵⁸ Martín R. Espinoza Molla, "El concepto de interés público y su contenido actual" en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del estado y del agente público: derivaciones del III Seminario de Actualización en Derecho Administrativo*, coord. Martín Renato Espinoza Molla, Guillermo F. Rizzi, (Argentina: Universidad Nacional de la plata, 2016), 233-244.

⁵⁹ Artículo 4, COA.

⁶⁰ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

que, de no cumplirse en el plazo fijado, el administrado estará sometido a la ejecución de medidas cautelares que pretenden salvaguardar la recaudación de los valores.

No es necesario ahondar en la ejecución del procedimiento en si mismo, este es claramente identificable en la normativa mencionada anteriormente y en los reglamentos emitidos por las instituciones facultadas con esta potestad. Sin embargo, es necesario acotar ciertas particularidades exorbitantes que lo caracterizan.

5.2.1. Sobre las medidas cautelares a cargo de la función administrativa

Tienen en común que para el cobro de una deuda pecuniaria, tanto los jueces que ostentan competencia jurisdiccional, como los empleados recaudadores, puedan ordenar el secuestro, la retención de fondos o la prohibición de enajenación de bienes⁶¹. Antes se permitía que el ejecutor disponga la prohibición de salida del país; a partir de la emisión del COA, este ha restringido de manera apropiada esta posibilidad, dejándola a competencia de los jueces mediante procedimiento sumario⁶².

El carácter exorbitante de las medidas cautelares se fundamenta en que pueden dictarse en cualquier momento como una medida preventiva para proteger la cobranza. Estas pueden dictarse con el requerimiento de pago o incluso con la orden de ejecución⁶³. Sin embargo, su límite se encuentra en que en caso de secuestrar, retener fondos o prohibir la enajenación de bienes, la medida deberá ser únicamente para cubrir el monto de la deuda⁶⁴.

El estudio del procedimiento coactivo por si mismo, genera diferentes puntos de debate, uno de ellos es la conveniencia de que un funcionario público que no necesariamente conoce de derecho disponga de medidas cautelares⁶⁵. La legislación a determinado que quienes realizan la ejecución o el cobro de la deuda en favor de la entidad pública es un empleado recaudador, que ejerce sus funciones bajo competencia administrativa y no judicial.

El coactivado se encuentra en subordinación, y tendrá que cumplir con lo establecido por la entidad que emita la medida cautelar. Sin embargo, es función de la administración analizar cada caso para tomar la medida menos lesiva que salvaguarde los derechos del coactivado. Esto podría no cumplirse ya que no existen en los ejecutores una consciencia absoluta de la amplia posibilidad que tienen de perjudicar la

⁶¹ Artículo 281, COA.

⁶² Carmen Simone Lasso, "El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo", 287.

⁶³ Artículo 281, COA.

⁶⁴ Ismel Bravo y Grisel Galiano "La potestad coactiva de la administración. Breves consideraciones de su regulación jurídica en el nuevo Código Orgánico de la Administración del Ecuador."

⁶⁵ Carmen Simone Lasso, "El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo", 287.

subsistencia de una persona, grupos vulnerables o personas que merecen una atención prioritaria⁶⁶.

De esta manera, Carmen Simone aborda la necesidad de restringir el uso de las medidas cautelares por parte de las autoridades administrativas, en cuanto estas según la autora, han sido “[...]objeto también de un uso inescrupuloso por parte de muchos ejecutores”⁶⁷. Bajo esta línea, establece que a luz de un estado de derecho es necesario reservar la disposición de estas medidas a quienes ostentan la potestad jurisdiccional y preservar la separación de poderes del estado⁶⁸.

Colige de lo mencionado anteriormente que esta potestad coactiva coloca a las instituciones públicas en una situación especial frente a la función judicial. Por un lado, porque las resoluciones del sector público causan efecto y se deben considerar firmes, y por otro lado, porque los ejecutores tienen la competencia de restringir derechos a través de las medidas cautelares, aún cuando en un sistema constitucional como el nuestro estas deberían ser ejercidas únicamente por quienes ostentan potestad jurisdiccional⁶⁹.

De esta manera, es importante recordar la posibilidad que tiene tanto el Banco del Pacífico, como CNT de emitir estas medidas cautelares, lo que significa que se ha facultado a las mismas de una potestad jurisdiccional. Esto implica que varios derechos de sus usuarios se verían involucrados y posiblemente afectados en caso de que las entidades decidan iniciar un procedimiento coactivo.

A partir de este concepto la emisión indiscriminada de medidas cautelares por parte de los empleados recaudadores podrían considerarse excesivas sobre el bien jurídico que se pretende tutelar. No se pretende abordar esta línea de investigación, sin embargo, es necesario tomarlo en cuenta para entender la exorbitancia de este procedimiento y porque la potestad coactiva no debería ser extendida de manera general.

⁶⁶ *Ibidem*, 289.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Ver, Sentencia No. 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021. (La misma resuelve el caso de cobro mediante juicio de coactiva por servicio telefónico prestado por CNT a una adulta mayor con discapacidad y en condición de pobreza, que recibía su pensión de montepío y a la cual se le dictaron medidas cautelares que afectaron de manera sustancial su subsistencia por una deuda insignificante. La Corte analiza los derechos a la atención prioritaria, la pensión de montepío, a servicios públicos de calidad y desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva de derechos).

⁶⁹ Carmen Simone Lasso, “El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo”, 287.

5.3. Análisis de la extensión indiscriminada de la potestad coactiva

La combinación del ejercicio de la autotutela y el servicio orientado al bien común está abiertamente permitida. Sin embargo, existe un contexto en el que esa justificación de la privilegiada posición institucional de la administración no se puede aceptar de manera tan pacífica⁷⁰.

El COA, reconoce que el ejercicio de la facultad coactiva puede tener diferente origen y fuente, por ende, la administración pública puede ejecutar por esta vía obligaciones originadas de los más variados títulos. Se desprende de este cuerpo normativo la amplia posibilidad de las instituciones públicas de recobrar lo adeudado por cualquier persona⁷¹.

Como se ha demostrado anteriormente tanto el Banco del Pacífico, como CNT ostentan este privilegio de potestad coactiva. Ambas pertenecen al dominio público, y en virtud de su actividad económica eventualmente compiten con sus pares privados. Estas entidades de derecho privado participan bajo un criterio diferente al de las públicas: no poder disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad⁷², en este caso específico, la potestad coactiva.

5.3.1. El caso del Banco del Pacífico S.A.

Es menester analizar la potestad coactiva dentro de una institución privada, en la cual el Estado aparece exclusivamente como único accionista. Este es el caso del Banco del Pacífico, el cual nace a partir de la fusión efectuada entre el Banco Continental S.A. y el Banco del Pacífico S.A. El presidente de la República mediante Decreto No. 941 del 2 de diciembre de 2011⁷³, dispuso la total transferencia de las acciones al Banco Central del Ecuador como titular del Banco del Pacífico S.A, y de la misma forma ordenó la transferencia de dichas acciones a la Institución Financiera Pública: Corporación Financiera Nacional, CFN⁷⁴.

Es por la participación de la CFN como único accionista del Banco del Pacífico que permite al banco tener la potestad coactiva. Es por esta razón que no resulta descabellado o contrario a la ley otorgar la potestad coactiva. Sin embargo, es

⁷⁰Javier Barcelona, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, 157.

⁷¹ Carmen Simone Lasso, “El proceso coactivo en el Código Orgánico Administrativo”, 283.

⁷² José Ignacio López, “El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho Privado de la Administración”, *FORO Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época* 19 1 (2016), 65-76.

⁷³Decreto Ejecutivo No. 941, Presidencia de la República [Por medio del cual requiere transferir las acciones del Banco del Pacífico S.A. al Banco Central del Ecuador], Registro Oficial No. 589 de 2 de diciembre 2011.

⁷⁴ Artículo 1, Decreto Ejecutivo No. 941.

importante hay que mencionar que esta institución se aleja claramente de ser una entidad financiera de carácter público, el pertenecer al Estado no lo exime de su actuación privada. Esta característica nos permite analizar si es en realidad justificable la extensión de la potestad coactiva a entidades que no forman parte de la administración.

Hasta septiembre de 2021, según datos de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador, Asobanca, el Banco del Pacífico tenía un total de activos por un valor de \$6.889 millones⁷⁵. Esto lo constituye como uno de los Bancos más grandes del país, lo que le ubica en segundo lugar después del Banco Pichincha⁷⁶ y seguido por el Banco Guayaquil⁷⁷. A marzo de 2021 se ubica en primer lugar con \$812 millones por su patrimonio.

Es de conocimiento público que con el paso del tiempo este banco se ha posicionado nacional e internacionalmente de manera notoria, pues su alto flujo de clientes y su peso económico sustancial la califican como una unidad de gran importancia para generar ingresos económicos al brindar sus servicios a clientes en Ecuador⁷⁸. Son indiscutibles los beneficios que podría aportar la competencia de una empresa de dominio público, en cuanto limita la existencia de una industria oligopólica privada, porque permite regular de manera alternativa la actuación de las empresas privadas al interactuar con las mismas⁷⁹.

Sin embargo, no es objeto de esta investigación detenerse a estudiar los impactos de la competencia entre empresas públicas y privadas, lo que se pretende es recalcar la extensión de la potestad coactiva de cobro a las instituciones que forman parte del sector público, o incluso que se le de un privilegio exorbitante a un bien público, con acciones privadas.

⁷⁵Asobanca, *Bancos - Cuentas Principales, en millones de USD*. Disponible en: <https://datalab.asobanca.org.ec/datalab/resources/site/index.html?QlikTicket=z.M1TTjG8d8xRz> - (Último acceso: 23 de octubre de 2021)

⁷⁶ Con activos de \$12.881 millones.

⁷⁷ Con activos de \$6.062 millones.

⁷⁸René Garzozzi-Pincay, José Luis Perero-Tigrero, Ernesto Wladimir Rangel-Luzuriaga, Jessenia Victoria Vera Alcívar “Análisis de los indicadores financieros de los principales bancos privados del Ecuador”, *Revista Negocios & PyMES* 3 (2017), 1-16. Disponible en: https://www.ecorfan.org/spain/researchjournals/Negocios_y_PyMES/vol3num9/Revista_de_Negocios_&_PYMES_V3_N9_1.pdf. (último acceso: 14/11/2021).

⁷⁹Jorge Fernández Ruiz, “El Papel de Las Empresas Públicas En Los Mercados Donde Coexisten Con Empresas Privadas.” *Estudios Sociológicos* 29, No. 86 (2011), 629–647. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23043408> (último acceso: 14/11/2021).

En ese contexto, el Código Orgánico Monetario Financiero faculta al Banco del Pacífico a ejercer su potestad coactiva contra sus deudores⁸⁰, por lo cual dicha institución ha generado legalmente el Reglamento para el ejercicio de la potestad de ejecución coactiva. Este reglamento establece que

El Banco del Pacífico S.A como entidad financiera cuya propiedad mayoritaria es del Estado ejercerá la jurisdicción coactiva con el objeto de hacer efectivo el pago o cobrar créditos o cualquier tipo de obligaciones que se encuentren vencidos a su favor o de terceros, razón por la cual se dictan las siguientes reglas al procedimiento y organización de su estructura coactiva⁸¹.

Se desprende de lo anterior que la facultad coactiva del Banco diverge con la finalidad de la potestad coactiva, siendo que en este caso es exclusivamente para recuperar los valores adeudados por sus clientes y no para recuperar ingresos de carácter social. Esta facultad posiciona al Banco del Pacífico por sobre los demás bancos privados, y lo excluye de la ejecución de sus acreencias por la vía jurisdiccional.

Javier Barcelona señala que los mecanismos de tutela de la Administración en relación con los de los particulares no son iguales. Aquellos actos de la Administración se presumen válidos y gozan de una eficacia especial porque la defensa de la legalidad frente a los mismos se configura en aras de la protección del interés público que persigue la misma⁸².

La administración solo puede ejercer el procedimiento coactivo cuando estos hayan sido generados en consecuencia de una relación jurídica de carácter público. Es el caso de los ingresos tributarios, o ingresos en favor del estado que si bien no son tributarios⁸³, son valores que devienen de la prestación de un servicio público prestado por el Estado en monopolio, o así también, de ingresos que devienen del poder de imperio del Estado, como por ejemplo, las multas⁸⁴.

Danós establece que es evidente que la recaudación coercitiva de los ingresos públicos es un poder que se justifica únicamente cuando el acreedor es un organismo estatal en ejercicio de las facultades que le confiere la ley, caso contrario, si se atribuyen facultades coercitivas a personas jurídicas privadas u instituciones estatales que actúen a la luz del régimen privado, se transgrediría el principio de separación de poderes y se

⁸⁰ Artículo 10, Código Orgánico Monetario y Financiero.

⁸¹ Banco del Pacífico, “Reglamento para el ejercicio de la potestad de ejecución coactiva del Banco del Pacífico S.A. 25 de septiembre de 2018.” Disponible en: https://www.aplicacionesbp.com.ec:4443/asj-remates/download?src=/exports/modulos/asj/docs/FRM_REGLAMENTO.pdf. (último acceso: 23/10/2021).

⁸² Javier Barcelona, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, 111.

⁸³ Jorge Danós Ordoñez, “El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de administración pública de ejecución forzosa de sus actos”, 47.

⁸⁴ *Ibidem*, 44.

violarían los derechos constitucionales del coactivado, a la competencia en igualdad de condiciones de las empresas, la tutela judicial, el debido proceso y la defensa⁸⁵.

De esta forma, sería inadmisibles recaudar deudas como consecuencia de la actuación de instituciones que tiene como accionista el Estado pero que tanto su organización, como su ejercicio con los particulares se desenvuelven dentro del derecho privado⁸⁶. Es decir, este privilegio exorbitante no pretende tutelar una actividad imprescindible para las personas tal como se ha establecido anteriormente, por el contrario, se podría deducir que corresponde al interés del Estado como empresario y propietario de la institución.

Atribuirles prerrogativas de potestad pública no se imponen en cualquier circunstancia, por lo tanto, se ha de ponderar esta utilización a efectos de llevar a cabo la misión del servicio del que han sido investidos las instituciones. El otorgar el procedimiento de cobranza coactiva a este banco, constituye indudablemente una ventaja de cobranza sobre los demás bancos que participan en el país, cuya única alternativa para cobrar sus deudas será un proceso judicial.

El Estado según la Constitución es el encargado de asegurar y fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades tal como se establece en su artículo 336⁸⁷. Sin embargo, es el mismo Estado el que trasgrede este precepto constitucional al brindar un privilegio que goza el Banco del Pacífico frente a los demás bancos privados a pesar de que su actividad económica sea la misma.

5.3.2. El caso específico de CNT

El siguiente caso que se analizará para entender si es justificable el alcance de la potestad coactiva a todas las instituciones públicas que despliegan actividades semejantes a las de los particulares, será el de CNT⁸⁸. Esta empresa además de prestar servicios públicos mencionados anteriormente, también se encarga de servicios que están así mismo dentro de la esfera de otras empresas privadas, tal es el caso del servicio de internet.

Es relevante analizar la incidencia de la gestión pública del Estado en esta empresa ya que sus servicios cubren a las 24 provincias del Ecuador. Como se

⁸⁵*Ibidem*, 48.

⁸⁶*Ibidem*, 47.

⁸⁷Ver, Artículo 336, CRE (este determina que el Estado se salvaguardará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades).

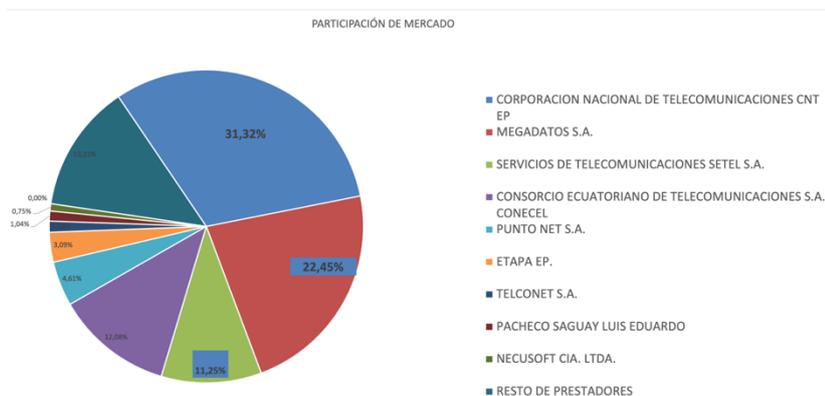
⁸⁸Resolución No. CNTEP-GG-055-2020, Corporación Nacional De Telecomunicaciones CNT EP [Reglamento para el ejercicio de la potestad de ejecución coactiva de telecomunicaciones - CNT EP], Registro Oficial 343 de 3 de diciembre de 2020.

establecerá en los próximos apartados, esta empresa tiene un impacto sustancial a diferencia de ETAPA EP, empresa pública que de la misma forma presta el servicio de internet solo en Cuenca⁸⁹.

Esta corporación se constituyó como sociedad anónima el 30 de octubre de 2008 a partir de la compra de las empresas Andinatel S.A y Pacifitel S.A. En febrero de 2010 nace como empresa pública mediante Decreto Ejecutivo No. 218⁹⁰. Su objetivo principal es explotar los servicios de Telecomunicaciones, entre estos, telefonía fija y de línea, televisión, y sobre todo el servicio de valor agregado: internet para todo el territorio ecuatoriano⁹¹.

El artículo 313 de la Constitución, establece que los sectores considerados como estratégicos se atenderán al control exclusivo del Estado y, dentro de los sectores estratégicos, se encuentra el servicio de telecomunicaciones, que también incluye el servicio de Internet⁹². Sin embargo, la ley permite que el internet pueda ser prestado por empresas privadas según el artículo 316⁹³, el cual permite que particulares de manera excepcional también compitan por la prestación del servicio⁹⁴.

Gráfico No. 2: Porcentaje de mercado de que ofrecen el servicio de internet.



Fuente: SIETEL-ARCOTEL⁹⁵

⁸⁹ Ver, ETAPA EP - Servicios de Telefonía, Televisión, Internet, Agua Potable, Alcantarillado de Cuenca – Ecuador. Disponible en: <https://www.etapa.net.ec> (último acceso: 23/10/2021).

⁹⁰ Decreto Ejecutivo 218, Presidencia de la República, CREA LA EMPRESA PÚBLICA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT, Registro Oficial 122 de 3 de febrero del 2010

⁹¹ Artículo 2, Decreto Ejecutivo 218.

⁹² Artículo 313, Constitución de la República, 2008.

⁹³ Artículo 316, Constitución de la República, 2008.

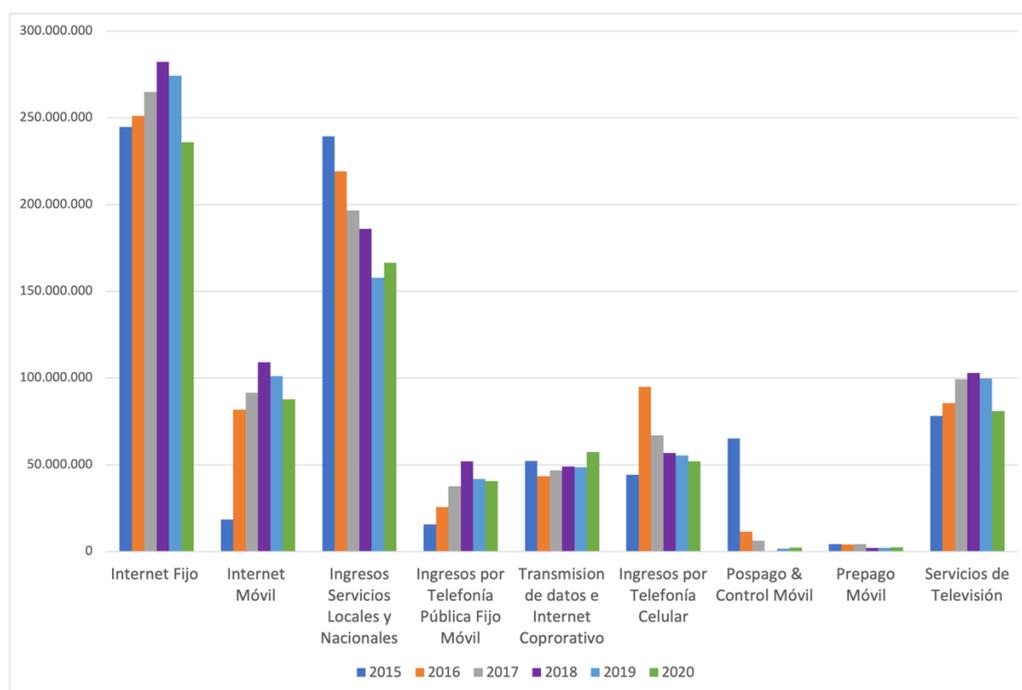
⁹⁴ En la actualidad no cabe duda de que el servicio de internet es gran relevancia para nuestra cotidianidad. Se podría decir que a partir de la pandemia de COVID-19, este adquirió una importancia mayor. Sin embargo, el fin de esta investigación no es ahondar sobre la teoría del internet como servicio público.

⁹⁵ Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. “Cuentas y usuarios de internet fijo y móvil” (SIETEL-ARCOTEL: 2021). Disponible en: <http://www.arcotel.gob.ec/servicio-de-acceso-a-internet-sai2/> (último acceso: 23/10/2021).

Según datos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, se evidencia la participación de CNT en la prestación del servicio de internet respecto de las demás empresas privadas. Bajo esa línea, se puede analizar la percepción de la CNT, la cual posee la más alta cuota del mercado en relación con sus competidores con un 31,32%, seguido de Megadatos S.A. con una cuota de 22,45%. Los datos demuestran su posicionamiento como el principal prestador del servicio de internet en el país.

De esta manera, se extrae del monto total de sus presupuestos, que en los últimos cinco años⁹⁶, los ingresos de CNT se desprenden en su mayoría de la prestación del servicio de internet. Se desprende del gráfico No.2 una marginalización sistemática entre los ingresos obtenidos por la prestación del servicio de internet con los ingresos adquiridos por los demás servicios. Se desprenden de ambos gráficos que para CNT el servicio de internet es su principal actividad económica.

Gráfico No. 3: Ingresos de CNT según sus servicios.



Fuente: Elaborado a partir del presupuesto de los años fiscales 2015⁹⁷, 2016⁹⁸, 2017⁹⁹, 2018¹⁰⁰, 2019¹⁰¹, 2020¹⁰².

⁹⁶ Desde el 2015 hasta el 2020.

⁹⁷ Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2015* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2016/04/monto_total_del_ejercicio_anterior_año_2015.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

⁹⁸ Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2016* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2017/09/Monto_Total_del_Presupuesto_Ejercicio_2016.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

Es el caso de las empresas privadas, tales como por ejemplo, Megadatos S.A., Puntonet S.A., SETEL S.A., etc., que prestan el mismo servicio que presta CNT. Estas lo hacen a través de una mera relación comercial con sus clientes¹⁰³, por ende no se configura la posibilidad de poder ejercer la potestad coactiva contra sus deudores¹⁰⁴. Sin embargo, esto no las exime a las mismas de someterse a una reglamentación legal y a una intervención administrativa¹⁰⁵.

El procedimiento de ejecución coactiva de CNT se deriva de relaciones contractuales que tienen como consecuencia obligaciones de pago por parte de sus clientes, usuarios o consumidores, cuyas relaciones se afincan así también por el Código Civil y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. El cobro de los valores referidos a clientes, usuarios o consumidores realmente obedecen también a una relación de carácter privado¹⁰⁶.

Esta claro que CNT, al desplegar la potestad coactiva no actúa contrario a la ley, lo que está en cuestión es que su ejercicio no se apega a su verdadero objetivo. Por un lado, se entiende que existe el cobro coactivo por valores que surgen de una relación comercial, por otro lado, porque coloca a sus competidores en una situación de desventaja respecto de su facilidad de cobro.

La prerrogativa que disfruta la empresa estatal en materias diversas tales como, la legislación reguladora y los recursos económicos, son objeto de constante polémica.

⁹⁹ Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2017* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2018/03/Monto_Total_Presupuesto_Ejercicio_Anterior_2017.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

¹⁰⁰ Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2018* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2019/02/Monto_Total_Presupuesto_Vigente_FO_Dic2018.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

¹⁰¹ Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2019* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2019/05/Monto_Total_Presupuesto_Vigente_FO_Marzo_2019.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

¹⁰² Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, *Presupuestos del año fiscal vigente 2020* (Quito: CNT), disponible en: https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2020/07/Monto_Total_Presupuesto_Vigente_FO_Mayo_2020.pdf (Último acceso: 23/10/2021).

¹⁰³ Ricardo Quintana Ramírez, “Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio” (Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 50-51. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4628/1/T1685-MDE-Quintana-Los%20actos.pdf> (último acceso: 19/11/2021).

¹⁰⁴ Jorge Danós Ordoñez, “El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de administración pública de ejecución forzosa de sus actos”.

¹⁰⁵ Javier Barcelona, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, 126.

¹⁰⁶ Ricardo Quintana Ramírez, “Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio”.

Estos privilegios son bastante frecuentes, ya que se presentan como colaboradores para los fines previstos por el organismo público, fines que suelen tener una dimensión social¹⁰⁷. No obstante, se desprende de los datos expuestos que CNT interactúa con otros agentes económicos privados y explota su principal servicio disfrutando un prerrogativa que no lo hacen los privados.

Esta condición permite que CNT, a diferencia de sus competidores, tenga la posibilidad de emitir medidas cautelares para recobrar montos insignificantes que no tienen un impacto trascendental en la corporación; mientras que, para el usuario la emisión de cualquiera de las medidas cautelares podría ser devastador¹⁰⁸. En este sentido se podría estar trasgrediendo el principio administrativo de proporcionalidad¹⁰⁹.

Es importante destacar que las empresas estatales deberían competir en igualdad de condiciones respecto de los particulares, por lo tanto, conferir la facultad excepcional y exorbitante a entes para hacer cumplir sus obligaciones privadas transgrede el principio de igualdad entre los mismos¹¹⁰. En Colombia por ejemplo, se establece a través de la ley 489

[...] que las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con las empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen el menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas¹¹¹.

Mientras que en Ecuador, además de lo definido en el artículo 336 de la Constitución, se establece también que el Estado “[...] garantizará a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones las frecuencias del espectro radioeléctrico [...] como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo¹¹²”. Se desprende de este análisis que estos preceptos no se cumplen a cabalidad en cuanto CNT sostiene una condición que lo posiciona por encima de las demás empresas.

No cabe duda de que CNT ayuda a cumplir los fines estatales; sin embargo, esta potestad la coloca en una posición privilegiada sobre sus competidores, quienes tendrán que soportar el costo judicial para poder ejecutar la deuda a su favor. La ejecución de la

¹⁰⁷Cristóbal Montoro Romero, “Funciones y límites de las empresas públicas en una economía desarrollada”, *Revista de economía política: Universidad Autónoma de Madrid* 90 (1982), 99-156.

¹⁰⁸ Ver, Sentencia No. 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 102.

¹⁰⁹ Ver, Artículo 16, COA.

¹¹⁰ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia.

¹¹¹ Diego Younes Moreno, *Curso de Derecho Administrativo* (Colombia: Editorial TEMIS S.A, 2016), 108.

¹¹² Artículo 17, Constitución de la República, 2008.

deuda a las demás empresas privadas podría tomarles un largo periodo de tiempo, o incluso existe la posibilidad de ni siquiera recuperar sus acreencias.

5.4. La posición del Ecuador

Si bien, en la actualidad se han planteado los límites para el ejercicio de la potestad coactiva a través de la legislación. El caso específico de CNT desarrollado en apartados anteriores abarca un análisis más complejo en cuanto a la posición de nuestra legislación y jurisprudencia.

En lo referente a los contratos suscritos entre empresas públicas y privadas, las primeras se ubican en igualdad de condiciones respecto de las segundas, en cuanto las potestades exorbitantes de la administración no vienen inherentes a los contratos administrativos. Lo anterior permite a las contratantes colocarse en equivalentes escenarios, y por ende, las empresas públicas estarían limitadas en el ejercicio de la potestad coactiva¹¹³.

Se ha definido tanto en la disposición cuarta de la LOEP y el reglamento para el ejercicio de la potestad coactiva de CNT, que será admisible dicho procedimiento solo para hacer efectivo el cobro de “los valores adeudados por clientes, usuarios o consumidores a la empresa pública, por la prestación de servicios de Telecomunicaciones [...]”¹¹⁴. Así también, a criterio del procurador general del Estado, quien establece que la potestad coactiva no se extiende para el cobro de obligaciones que resulten de contratos apegado a la LOSNCP¹¹⁵.

Sin embargo, en el 2019 la Corte Nacional de Justicia, CNJ¹¹⁶ emitió sentencia sobre un proceso que se ha venido desarrollando desde el año 2014 entre CNT y AMDOCS ECUADOR S.A., AMDOCS. Ambas empresas celebraron un contrato¹¹⁷, el cual fue incumplido por el contratista, AMDOCS, cuyos incumplimientos resultaron en la imposición de multas contractuales.

CNT de manera acertada acude ante el Tribunal Contencioso Administrativo para ejecutar la deuda a su favor, y el tribunal dicta sentencia favorable para la empresa

¹¹³ Ricardo Quintana Ramírez, “Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio”.

¹¹⁴ Disposición Cuarta, LOEP.

¹¹⁵ Oficio 1175, Procuraduría General del Estado, [Por medio del cual se pronuncia sobre la Jurisdicción coactiva para hacer efectiva los valores que por contratación pública se le adeude al Ministerio de Turismo], R.O. Suplemento 390 de 24 de diciembre de 2020.

¹¹⁶ Ver, Causa No. 17811-2017-00528, Sala especializada de lo contencioso administrativo de la Corte Nacional De Justicia (esta resuelve el recurso de casación planteado por la contratista AMDOCS).

¹¹⁷ Contrato No. 4300000737 cuyo objeto era “Adquisición e implementación de hardware y software base para la solución de gestión de cliente (cim) y órdenes de clientes (com) para CNT EP”.

pública. Ante lo sucedido, AMDOCS presenta recurso de casación; en dicha instancia la CNJ señala los siguiente

[...]con sustento en las indicadas reflexiones doctrinarias, se puede evidenciar con total certeza, que es a la empresa pública CNT a quien le corresponde ejecutar lo resuelto en el acto administrativo de terminación unilateral [...], dentro del cual precisamente se ha determinado y cuantificado la imposición de multas que de manera indebida en la vía jurisdiccional se pretende cobrar a la demandada compañía AMDOCS S.A.[...]118.

Se evidencia de esta sentencia que los jueces han hecho una interpretación aún más extensiva de la potestad coactiva, incluso cuando esta ya ha sido definida en la norma. La Corte otorga a la empresa pública una facultad exorbitante que lo posiciona de una manera sustancial que fragmenta el principio de equidad entre las partes contractuales y ocasiona que las mismas no se encuentren en igualdad de condiciones119.

Esto evidencia la divergencia del interés público, ya que el que prima es en realidad el interés del Estado como empresario. De esta forma se desnaturaliza aún más la potestad coactiva, pues ejercer los valores que devienen de un incumplimiento contractual a través del procedimiento coactivo no se apegan a la satisfacción del interés público al no ser valores esenciales e imprescindibles para la satisfacción del interés público, es contrario a la norma y además esto ocasiona un desequilibrio contractual.

6. Conclusiones

En respuesta a la pregunta de investigación, sobre si se desnaturaliza la potestad coactiva en caso de extenderla a entidades que pertenecen al Estado y despliegan actividades similares a las de las particulares, se concluye que, este privilegio institucional de carácter excepcional no debería ser generalizado a todas las instituciones públicas y debería ser limitado para precautelar únicamente la satisfacción del interés público.

Tampoco se pretende que las instituciones públicas se transformen en sujeto al igual que los ciudadanos para ser sometido a la justicia; sin embargo, la excepcionalidad de este procedimiento significa que este estatus de poder debe ser limitado y restringido para servir al cumplimiento de las misiones que incumben a la administración dentro del estado de derecho.

¹¹⁸Causa No. 17811-2017-00528, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de 30 de junio de 2021, n/a.

¹¹⁹ Sentencia C-666/00, Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2000.

A las instituciones públicas se le ha conferido una potestad que tiene como consecuencia que estas últimas se extralimiten en sus acciones mediante el uso del poder público. Esto se evidencia de la posibilidad de ambas entidades de emitir medidas cautelares a través de sus empleados recaudadores. Si bien debe reconocerse que los efectos prácticos del orden constitucional moderno apuntan a proteger los derechos de los consumidores de un posible abuso del mercado de servicios que son ejecutados por el estado, el ordenamiento también deberá estar en consonancia con dicho sistema para proteger a las empresas competidoras de un posible abuso público.

Así también, se verifica del primer caso estudiado que conferir la facultad de ejecución de cobro coactivo al Banco del Pacífico no se justifica en cuanto los valores adeudados a esa institución carecen de relevancia social, o en otras palabras se alejan de alcanzar el bienestar general al ser una entidad que actúa en torno al derecho privado. De esta forma resulta improcedente facultar este procedimiento excepcional a entidades que no forman parte de la administración estatal.

Respecto a CNT, cabe señalar que al ser una empresa de telecomunicaciones, las deudas no siempre serán significativas para que justifiquen iniciar un procedimiento coactivo, pues existen casos donde las deudas son realmente bajas y la institución gasta más recursos en iniciar un procedimiento coactivo en relación con el monto de la deuda por sí misma, esto implica estar en contra de los principios de economía procesal y celeridad. En esta circunstancia, esta prerrogativa podría significar una trasgresión a la CRE, puesto que CNT y las demás empresas privadas que disfrutan del espectro radioeléctrico en realidad no compiten en igualdad de condiciones y oportunidades.

Además, resulta de la reciente jurisprudencia en el Ecuador que si bien la potestad coactiva emana de la ley y el despliegue de esta se limita en la norma, la misma ha sido extendida aún más por la CNJ, la cual crea un precedente que ocasiona sin duda una disparidad en la relación entre empresas públicas y privadas. Así también el fallo de la Corte diverge de la finalidad de la potestad coactiva, y se evidencia que la coerción administrativa no tiene límites.

En virtud de la reciente emisión del COA, el procedimiento coactivo administrativo no ha sido objeto de mayor análisis. Así también, una de las limitaciones dentro de este artículo fue la falta de acceso a información específica sobre el número de procesos coactivos que lleva cada institución, tanto CNT como el Banco del Pacífico.

Finalmente, para que las empresas públicas se desenvuelvan justamente, el marco regulatorio debe abarcar no solo a estas y su relación con el Estado, sino también

al resto de actores con los cuales estas se desenvuelven. De esta forma se propone extender la línea de análisis no solo sobre limitar la posibilidad de ejercer la potestad coactiva, sino también profundizar sobre el impacto que tienen las medidas de este procedimiento en la propia subsistencia del coactivado y la consecuencia sobre sus derechos constitucionales.