



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 7

JULIO A DICIEMBRE DE 2011

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 7

JULIO A DICIEMBRE DE 2011

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA

ELABORACIÓN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

Robles 731 y Amazonas

Teléfono: 02 256 - 2080

Quito - Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

Diseño e impresión

TecnoPrint

023211314 - 022529580 - 0984641748

bolivarharos@hotmail.com

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
ABREVIATURAS	13
ACCIÓN COACTIVA	
Temas de contratación pública	17
ACCIONES DISCIPLINARIAS	
Normativa para su aplicación –prescripción	23
ACCIONES Y PAQUETE ACCIONARIO	
Procedimiento para la transferencia a instituciones públicas	28
AGROSEGURO	
Programa de Seguro Agrícola y Pesquero Artesanal –Subsidios	34
ANTICIPO	
Procedimiento para amortización ampliando el plazo.....	45
ÁREAS VERDES	
Contribución del porcentaje por subdivisión de lotes	54
ÁREAS VERDES	
Porcentaje de contribución para fraccionamientos de suelo	59
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, FUNDACIÓN MALECÓN 2000 Y MINISTERIO DE CULTURA	
Competencia para el pago de valores por derechos de uso de suelo, instalaciones, equipos y transferencia.....	63
BANCO DEL PACÍFICO	
Naturaleza jurídica, transferencia de acciones y actividades operativas de una empresa pública.....	75
BIENES INMUEBLES DE TAME	
Venta.....	84

CAUCIÓN	
Obligación de los servidores municipales.....	93
CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	
Creación y administración.....	95
CONCEJAL SUPLENTE	
Principalización, sesiones, prórroga de funciones y reconsideraciones –Licencia de alcalde y vicealcalde	100
CONCEJALES	
Reemplazo, remuneraciones, pago de aportes al IESS y licencias	110
CONCEJALES	
Registro de jornada de trabajo	119
CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN	
Convocatoria a cargos de docente titular antes de la vigencia de la LOSEP	124
CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN	
Personal bajo el régimen de contratos de servicios ocasionales	131
CONSEJO DE PLANIFICACIÓN MUNICIPAL	
Integración sin representación parroquial	140
CONTRATACIÓN DE PROFESORES	
Instituciones municipales	144
CONTRATO PRINCIPAL Y COMPLEMENTARIO	
Incompetencia de la PGE para aprobar suscripción de convenios	152
CONTRATOS	
Inhabilidades para su celebración	159
Liquidación de dos o más contratos en forma independiente –pago por compensación.....	164
Trabajos de reparación y readecuación bajo el régimen de ínfima Cuantía	174

CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE COMBUSTIBLE

Extinción de obligaciones de capital e intereses entre entidades del sector público	181
--	-----

CONTRIBUCIÓN DEL 0.5% DE LAS EMPRESAS DE SEGUROS

Financiamiento para el Seguro Social Campesino.....	190
---	-----

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS

Baja de títulos de crédito –subvención de pago a monumentos históricos	200
---	-----

CONVENIO DE PAGO

Extinción de obligaciones.....	210
--------------------------------	-----

CONVENIO DE PAGO

Procedimiento adoptado sin respaldo contractual	216
---	-----

CONVENIO INTERINSTITUCIONAL

Suscripción de fideicomiso.....	222
---------------------------------	-----

CONVENIOS PARA MEJORAMIENTO DE VÍA RURAL

Presupuesto de años anteriores.....	235
-------------------------------------	-----

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA

Competencia	244
-------------------	-----

Lote de terreno que carece de título de propiedad.....	250
--	-----

EMERGENCIA

Responsabilidad de la máxima autoridad municipal para la contratación	259
--	-----

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE QUITO, EMAAP-Q

Régimen jurídico y administrativo –cobro de intereses y multas	264
--	-----

EMPRESA PÚBLICA O PRIVADA

Transformación de sociedad anónima a compañía de economía mixta.....	277
---	-----

FIDEICOMISO MERCANTIL

Régimen legal y tasas de interés para las inversiones	284
---	-----

**FONDOS DE RESERVA Y RÉGIMEN
SOLIDARIO DE CESANTÍA**

Servidores en comisión de servicios sin remuneración297

GARANTÍA DE BUENA EJECUCIÓN DE ESTUDIOS TÉCNICOS

Monto302

GARANTÍAS

Empresas públicas310

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, IESSPrórroga de funciones de los representantes
del consejo directivo314**IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS**

Cobro en el lugar de residencia del propietario324

IMPUESTOS ESTATALESCompetencia para absolución de consultas –legalidad
de ordenanzas municipales333**IMPUESTOS PREDIALES**

Exención a empresa Palmeras del Ecuador S. A.340

JUBILACIÓN

Funcionarios de carrera diplomática.....344

Personal que percibe retiro militar353

**JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS
DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Naturaleza jurídica359

LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS

Prevalencia de la Ley –vigencia de ordenanzas364

LICENCIA SIN SUELDO

Concejal que trabaja en empresa pública376

MÁQUINAS TRAGAMONEDASImprudencia de otorgar nuevos permisos de importación
para fabricación, embalaje y comercialización.....383

PATENTE MUNICIPAL

Domicilio tributario para el pago de los ingenieros y transportistas..... 388

PENSIÓN DE RETIRO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, ISSFA

Descuento del 40% al décimo tercera y al décimo cuarta pensión de aporte al Estado 399

PENSIÓN VITALICIA

Autores y compositores ecuatorianos..... 404

PLURIEMPLEO

Docente fiscal primario y vocal de junta parroquial 416

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, PGE

Patrocinio de causas a instituciones del Estado 419

REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Competencia de las municipalidades para tramitar quejas e imponer sanciones..... 426

REGISTRO MUNICIPAL DE LA PROPIEDAD

Régimen administrativo del personal –funcionarios de libre nombramiento y remoción 437

RENUNCIA OBLIGATORIA DE FUNCIONES

Compra con indemnizaciones..... 444

RENUNCIA VOLUNTARIA Y JUBILACIÓN

Requisitos, monto de indemnizaciones y compensación económica –sumario administrativo 449

SEGURO DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA 461

SEGUROS DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA

Contratación regulada por el Secretario General de la Administración Pública 465

SUBASTA INVERSA ELÉCTRICA

Aplicación del Art. 45 del Reglamento General a LOSNCP 470

SUBROGACIÓN

Puesto de nivel jerárquico superior –pago
de honorarios a concejales suplentes..... 482

SUBROGACIÓN Y ENCARGO DE FUNCIONES

Antes de la promulgación de la LOSEP..... 486

TASAS PARA EL USO DE SUELO

Actividades hidrocarburíferas 496

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

Notificación 506

TÍTULOS DE CRÉDITO

Baja y condonación de intereses 518

TRANSPORTE

Financiamiento de transporte escolar por parte
de la municipalidad –convenios interinstitucionales..... 526

TRIBUTOS

Condonación de obligaciones a establecimientos
educativos –excepción de juicio coactivo..... 530

UNIVERSIDAD

Procesos electorarios 536

PRESENTACIÓN

Cuando el ente público se enfrenta a un dilema duda sobre la aplicación de una norma en el ejercicio de sus funciones, será la máxima autoridad la que solicite al Procurador General del Estado el criterio necesario para tomar decisiones certeras.

El abogado del Estado, en uso de su calidad de asesor que le otorga el artículo 237 No 3 de la Carta Política, emite un pronunciamiento sobre el tema consultado, muchos de éstos han servido de antecedente para resoluciones tanto de los Jueces en la administración de justicia como de la Corte Constitucional como Legislador Negativo.

La presente edición contiene pronunciamientos emitidos entre julio y diciembre de 2011, sobre temas tales como: acción coactiva, acciones disciplinarias, anticipo, áreas verdes, caución, contratación de profesores, contratos principal y complementario, fondos de reserva y cesantía, garantías, impuestos, jubilación, licencias, convenio de pago, declaratoria de utilidad pública, fideicomiso mercantil, pensión de retiro, pensión vitalicia, renuncia obligatoria, seguros de vida, subasta inversa electrónica, subrogación, tributos, entre otros.

Con el presente volumen, entrego a los administradores del ente público una eficaz herramienta de trabajo, pues el carácter de vinculante de los pronunciamientos contenidos en él, servirán de criterios de aplicación en el hacer de la administración pública.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

A B R E V I A T U R A S

ACUERDO _____	A.
ACUERDO MINISTERIAL _____	A.M.
AGENCIA DE GARANTÍAS DE DEPÓSITOS _____	AGD
ARTÍCULO _____	Art.
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DEL ECUADOR _____	AME
AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA _____	APM
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR _____	APPB
BANCO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL _____	BIESS
BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA _____	BEV
CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN _____	
COOTAD	
COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS _____	CTE
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR _____	CES
CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR _____	CEAACES
CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL _____	CPCCS
CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL _____	COSENA
CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES _____	CONADIS
CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR _____	CONESUP
CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD _____	CONELEC
CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR _____	CONEA
CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA _____	CNNA
CONSEJO NACIONAL DE VALORES _____	CNV
CONSEJO NACIONAL DE SALARIOS _____	CONADES
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL _____	CNE
CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA _____	CAE

CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES E INVERSIONES _____ CORPEI
CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. _____ CNEL S.A.
DECRETO EJECUTIVO _____ D.E.
DECRETO SUPREMO _____ D.S.
DIRECCIÓN GENERAL DE LA MARINA MERCANTE Y DEL LITORAL _____ DIGMER
DISPOSICIÓN GENERAL _____ Disp. Gen.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA _____ Disp. Trans.
EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE IBARRA _____ EMAPA-I
EMPRESA PÚBLICA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL CANTÓN SANTA ROSA _____ EMAPASR-EP
EMPRESA PÚBLICA DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS _____ PETROAMAZONAS EP
EMPRESA PÚBLICA DE PETRÓLEOS DEL ECUADOR _____ EP PETROECUADOR
EMPRESA PÚBLICA HIDROELÉCTRICA DE ZAMORA CHINCHIPE _____ HIDROZACHIN EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUARANDA _____ EMAPA-G
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO _____ EPMAPAP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SUCÚA _____ EPMAP-S
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE SANEAMIENTO AMBIENTAL DE BABAHOYO _____ EMSABA EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MERCADO DE PRODUCTORES AGRÍCOLAS "SAN PEDRO DE RIOBAMBA" _____ EP-EMMPA
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO _____ ESPOCH
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL _____ ESPOL
FEDERACIÓN DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS _____ FEUE
FLOTA PETROLERA ECUATORIANA _____ FLOPEC

FONDO ECUATORIANO DE INVERSIÓN DE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS E HIDROCARBURÍFEROS _____	FEISEH
FUERZA AÉREA ECUATORIANA _____	FAE
FUNDACIÓN PARA LA EXTENSIÓN POLITÉCNICA _____	FUNDESPOL
GAS LICUADO DE PETRÓLEO _____	GLP
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS _____	GADs
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO _____	IVA
INSTITUTO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA _____	INFA
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL _____	ISSPOL
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS _____	ISSFA
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL _____	IESS
INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA _____	IICA
INSTITUTO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS _____	INCOP
LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES _____	LEXI
LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL _____	LOAFYC
LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR _____	LOES
LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS _____	LOEP
LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD, ESTABILIZACIÓN Y TRANSPARENCIA FISCAL _____	LORETIF
LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS _____	LOSCCA
LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO _____	LOSEP
LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA _____	LOSNCP
LITERAL _____	lit.
MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA _____	MIDUVI
MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL _____	MIES
MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD _____	MIPRO

MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES _____ MRL
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS _____ MTOPT
NUMERAL _____ num
NÚMERO _____ N°
OFICIO _____ Of.
ORDENANZA _____ O
ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS _____ OEA
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES _____ ONGs
PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES _____ PAC
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO _____ PGE
REGISTRO OFICIAL _____ R.O.
REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO _____ R.O.S.
REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES _____ RUP
RESOLUCIÓN _____ Res.
SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN
SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN _____ SENESCYT
SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN
Y DESARROLLO _____ SENPLADES
SECRETARÍA NACIONAL DEL AGUA _____ SENAGUA
SECRETARÍA NACIONAL TÉCNICA DE
DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS
Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO _____ SENRES
SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO _____ SOAT
SISTEMA DE OELODUCTO TRANSECUATORIANO _____ SOTE
SISTEMA NACIONAL DE FINANZAS PÚBLICAS _____ SINFIPI
SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS _____ SAYCE
TONELADA MÉTRICA _____ TM
UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS _____ UARHs
UNIVERSIDAD COOPERTAIVA DE COLOMBIA DEL ECUADOR _____ UCCE

ACCIÓN COACTIVA: TEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

CONSULTA:

“¿Si es conforme a Derecho que el Ministerio, a fin de hacer efectivos sus créditos a su favor en temas de contratación pública, requiera la intervención de la Contraloría General del Estado, para el ejercicio de la acción coactiva?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Disp. Gen. Décima Primera.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 31 num. 32; 51; 53 num. 2 y 57.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 74, 105; y, 125 y 163 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 6.

Código de Procedimiento Civil Arts. 941 y 942.

Código Tributario Art. 158.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta, mediante oficios Nos. 03717 de 15 de septiembre de 2011 y 04157 de 10 de octubre de 2011, este Organismo solicitó el criterio de la Contraloría General del Estado, habiendo recibido la respuesta contenida en oficio No. 17434 de 19 de octubre de 2011.

El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en memorando No. GCJ-2011-1614-ME de 30 de agosto de 2011, manifiesta que el Ministerio “en materia de contratación pública tiene acreencias de sus contratistas por los más variados conceptos: recaudación de multas, de pagos indebidos, valores liquidados, cumplimiento de recomendaciones establecidas en los informes de auditoría y exámenes especiales, ejecución de garantías, etc.”.

Agrega que el Ministerio no cuenta con acción coactiva para hacer efectivos sus créditos provenientes de los temas de contratación pública y al efecto cita la Disposición General Décima Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En forma adicional, invoca el artículo 31 numeral 32 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que confiere acción coactiva a ese Organismo, para la recaudación de sus propios créditos y de las instituciones y empresas que

no tengan capacidad legal para ejercer coactiva. Sobre dicha base concluye que corresponde a la Contraloría General del Estado “a pedido de las Entidades que conforman el Sector Público, ejecutar la acción coactiva para la recuperación de valores a favor del Estado ecuatoriano y así precautelar sus recursos”.

Por su parte, en oficio No. 17434 DJDJ de 19 de octubre de 2011, el doctor Eduardo Muñoz Vega, Contralor General del Estado Subrogante, expone que mediante oficio DM-11-525-OF de 2 de abril de 2011, la Ministra de Transporte y Obras Públicas solicitó al Contralor General del Estado “...se sirva disponer las providencias del caso en orden a que se emita por parte de la Dirección de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de ese Organismo de Control, el Título de Crédito correspondiente, por la suma de USD 114,494,00 (CIENTO CATORCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES AMERICANOS), en contra de la Compañía Raúl Marín Constructora Ramaco Cía. Ltda.”, con ocasión del contrato que ese Ministerio suscribió con dicha compañía, para la rehabilitación de la carretera Pichincha-El Empalme, ubicada en la provincia del Guayas.

Agrega el Contralor General Subrogante, que mediante oficio 05764 DPRC-DRC de 18 de abril de 2011, ese Organismo dio respuesta al indicado pedido de esa Secretaría de Estado, expresando que no era procedente dar atención al mismo, “con fundamento en los artículos 31 numeral 32 y 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”. Agrega que, a fin de proteger los recursos públicos comprometidos en dicho contrato, la Contraloría inició el examen especial de ingeniería al proceso de contratación, ejecución y terminación del contrato en referencia, cuyos resultados serán oportunamente puestos en conocimiento del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

La acción coactiva, según el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento. Tanto el artículo 158 del Código Tributario como el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil, confieren acción coactiva a los empleados recaudadores de las respectivas instituciones públicas.

La Disposición General Décima Séptima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que ha sido citada por la entidad consultante, prescribe:

“DECIMA SEPTIMA.- El Ministerio de Transporte y Obras Públicas tendrá acción coactiva para el cobro de créditos y cualquier tipo de obligaciones que a su favor tuvieren las personas naturales o jurídicas, inclusive por aquellas obligaciones previstas en la Ley de Caminos. La coactiva se ejercerá con sujeción a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Se exceptúan de esta

disposición los temas de contratación pública que se celebren al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los mismos que se registrarán por las disposiciones de dicha Ley.

El Ministro de Transporte y Obras Públicas ejercerá la jurisdicción coactiva en toda la República y podrá delegar, mediante oficio a cualquier funcionario o empleado del Ministerio, el conocimiento y tramitación de los respectivos juicios”.

Tanto el informe jurídico del Ministerio de Obras Públicas, como el criterio del Contralor General del Estado, Subrogante, citan el numeral 32 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone:

“Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

...32. Ejercer la coactiva para la recaudación de sus propios créditos; y, de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva, en concordancia con lo previsto en el artículo 57 de esta ley”.

Por su parte, el artículo 57 de la citada Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que el procedimiento aplicable para la ejecución de las resoluciones ejecutoriadas de la Contraloría General del Estado, que confirmen responsabilidades civiles culposas. Dicha norma prescribe:

“Art. 57.- Ejecución coactiva de las resoluciones confirmatorias ejecutoriadas.- Para la ejecución de las resoluciones ejecutoriadas de la Contraloría General del Estado, que confirmen responsabilidades civiles culposas, se procederá de la siguiente manera:

1. La Contraloría General del Estado tendrá competencia para emitir títulos de crédito y recaudar, incluso mediante la jurisdicción coactiva, las obligaciones provenientes de las resoluciones ejecutoriadas expedidas por el Contralor General, por efecto de la determinación de responsabilidad civil culposa, multas y órdenes de reintegro de pagos indebidos con recursos públicos que establezcan obligaciones a favor del Gobierno Central, así como de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer coactiva;

2. Se enviará a las municipalidades, consejos provinciales y, en general, a las instituciones del Estado que tuvieren capacidad legal para ejercer la coactiva, copias certificadas de las resoluciones ejecutoriadas que establezcan obligaciones a favor de estas instituciones, para que se emita el título de crédito correspondiente

y procedan a su recaudación, de acuerdo con las leyes y regulaciones propias de la materia; y,

3. La recaudación de las obligaciones a favor de las instituciones del Estado sujetos a esta Ley, que no sean del Gobierno Central y que no tuvieren capacidad legal para ejercer la coactiva, se hará en la forma determinada en el numeral 1 de este artículo.

Una vez efectuado el pago, la Contraloría General del Estado entregará a la entidad y organismo acreedor el valor recaudado, previa la deducción del diez por ciento (10%) de dicho valor a favor de la Contraloría General del Estado, conforme lo previsto en el artículo 36 de la ley de Racionalización Tributaria; publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 321 de noviembre 18 de 1999.

Para ejecutar las resoluciones ejecutoriadas, que confirmen responsabilidades civiles culposas, expedidas en contra de personas naturales o jurídicas de derecho privado, originadas en la administración de bienes, asignaciones, subvenciones o participaciones ocasionales de recursos públicos, se atenderá a la fuente de la que provengan los recursos o beneficios y se observará lo previsto en los numerales que anteceden, según corresponda.

Los funcionarios recaudadores, comunicarán, mensualmente, a la Contraloría General del Estado sobre la emisión detallada de títulos de crédito, citaciones con autos de pago y, en su caso, de las recaudaciones efectuadas por concepto de resoluciones ejecutoriadas confirmatorias. Igual obligación tendrán en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 51 y en el numeral 2 del artículo 53 de esta Ley.

El ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, se sujetará al Código Tributario y subsidiariamente, al Código de Procedimiento Civil.

El trámite de las excepciones que interpongan los deudores, sus herederos o fiadores, se sustanciará de conformidad, con las normas pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previa la consignación a la que se refiere el artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil, cuando la resolución se haya ejecutoriado en la Función Judicial.

La Contraloría General del Estado ejercerá la acción coactiva para el cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas, emitidos o en poder del Servicio de Rentas Internas, siempre que esta provea de la información suficiente para este fin".

De las normas transcritas se desprende que el numeral 32 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, confiere acción coactiva a ese Organismo, para el cobro de los créditos a su favor, y de aquellos que correspondan a entidades que carezcan de coactiva, circunstancia en la que no se encuentra el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, que de conformidad con la citada Disposición General Décimo Séptima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, tiene acción coactiva para el cobro de todo tipo de obligaciones a su favor, con la salvedad establecida en la misma Disposición, que excluye los temas de contratación pública.

La referida exclusión obedece a que en materia de contratación pública, cualquier crédito a favor de la entidad contratante, debe ser determinado observando las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece un sistema de garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas frente a la entidad contratante, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía, según el inciso final del artículo 73 de esa Ley Orgánica.

A manera de ejemplo, cito el caso de retardo o cumplimiento tardío de obligaciones por parte del contratista, que da lugar a la imposición de multas, que son sanciones pecuniarias cuyo propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo dicha sanción inmediata, según se ha pronunciado este Organismo en oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010. Por ello, el inciso final del artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento, se puedan efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

De otra parte, el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que “En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva...”. La misma norma agrega que “Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

En consecuencia, en la liquidación de todo contrato sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sea que dicha liquidación provenga de su terminación normal o anticipada, así como cualquier valor, por cualquier concepto, que la entidad contratante determine

que el contratista le adeude, debe ser incluido en la liquidación del contrato y deducido de los valores pendientes de pago; o, en su defecto, la entidad contratante debe disponer que el contratista devuelva el respectivo valor determinado en la liquidación, dentro del término de diez días establecido en el segundo inciso del artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vencido el cual genera intereses y daños y perjuicios que la entidad debe reclamar judicialmente, según la misma norma reglamentaria.

De conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 163 de su Reglamento General, para las controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el domicilio del demandado, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Del análisis que precede se desprende que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, dispone de acción coactiva para el cobro de obligaciones a su favor, de conformidad con la Disposición General Décima Séptima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por lo que no procede que dicha Secretaría recurra para tal fin a la Contraloría General del Estado; y, que el ejercicio de la acción coactiva, no es procedente en materias relacionadas con contratación pública, reguladas en forma específica por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, que para tales efectos constituye la ley competente.

En atención a los términos de su consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, haga efectivos los créditos a su favor, en temas de contratación pública, mediante acción coactiva, ni que requiera para tal efecto la intervención de la Contraloría General del Estado. Los valores que los contratistas adeudaren o deban devolver a ese Ministerio, por cualquier concepto relacionado con contratos suscritos al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deberán determinar y liquidar por esa Secretaría de estado de conformidad con el artículo 125 del Reglamento General de esa Ley. De ser el caso, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, podrá requerir la ejecución de garantías que se rinden de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En caso de controversia, se observarán las cláusulas específicas que contengan los contratos; y, de ser necesario plantear acciones judiciales en contra del contratista, para el reclamo de valores que deba restituir, sus intereses y los respectivos

daños y perjuicios, a los que se refiere el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Ministerio solicitará a este Organismo la delegación que prevé el inciso sexto del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y coordinará la defensa con la Dirección Nacional de Patrocinio.

OF. PGE. N°: 04541, de 28-10-2011

ACCIONES DISCIPLINARIAS: NORMATIVA PARA SU APLICACIÓN –PRESCRIPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿Es procedente que para el cómputo del tiempo para que opere la prescripción de las sanciones disciplinarias impuestas a los Miembros del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, se lo haga tomando en consideración la normativa del ERJAFE como norma supletoria?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 76 num. 7 lits. b) y c).

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 113, 234, 235 y Disp. Gen. Décima Sexta.

Ley de Personal del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador Arts. 2, 47 y 48; y, 1, 3, 38, 39, 66, 67 y 115 de su Reglamento.

Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 2 lit. ch), 7, 115, 118 num. 1 y 192.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en oficio No. 2550-AJ-CTE-2011 de 7 de noviembre de 2011, expone que existen criterios jurídicos diferentes en lo que se refiere a la prescripción de las faltas disciplinarias en que incurrir los Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador.

Se agrega, que el personal del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador se encuentra regulado por la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador y su Reglamento; y, que el artículo

115 del citado Reglamento, establece que las faltas disciplinarias leves y graves prescribirán en el tiempo de treinta días, contados a partir de la fecha del cometimiento de la misma o desde el momento de su descubrimiento y las atentatorias en noventa días.

Argumenta el informe jurídico, que al ser la Comisión de Tránsito del Ecuador una Entidad que integra la Administración Pública, y por ende sus sanciones tener carácter administrativo, “al referirse al término días en cuanto a la prescripción de las faltas disciplinarias de acuerdo al Reglamento antes en mención cabe aplicar, como norma supletoria, lo establecido en el Art. 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), sobre el cómputo de términos y plazos”, concluyendo que los plazos o términos en días, se entiende que son días hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los festivos.

Sobre la base del numeral 7 letras b) y c) del artículo 76 de la Constitución de la República, que incluye como garantía del debido proceso, el derecho de defensa, argumenta el informe jurídico de la Entidad consultante que “si se trata de faltas disciplinarias en el ámbito administrativo, para dicho juzgamiento se lo hará en los días hábiles, así además, el imputado cuenta con más tiempo y oportunidad para su legítima defensa”.

El criterio de la Asesoría Jurídica, concluye que: “el cómputo para las sanciones disciplinarias para el Cuerpo Uniformado de la CTE debe de realizárselo sin contabilizar los días sábados, domingos y feriados, siendo procedentes para el cómputo solo los días hábiles, ya que el Reglamento se refiere a días”.

El contenido de la consulta exige considerar que la Disposición General Décima Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto de 2008 derogó la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 202 de 1 de junio de 1999, así como su Reglamento y las demás disposiciones que le otorguen atribuciones y competencias, “a excepción de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 805 del 10 de agosto de 1984 y la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 910 del 8 de abril de 1988 y las normas que se refieran a estas dos últimas leyes”.

De la norma transcrita se desprende que la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, está vigente.

El artículo 234 reformado de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece a la Comisión de Tránsito del Ecuador (CTE) como “una persona jurídica de derecho público, desconcentrada, de duración indefinida, con patrimonio propio y con autonomía funcional, administrativa, financiera y presupuestaria, con domicilio en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en la red estatal-troncales nacionales y demás circunscripciones territoriales que le fueren delegadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales”. En concordancia, el artículo 113 de la Ley Orgánica Reformatoria, dispone que: “...En todas aquellas normas legales en las que se hace referencia a la Comisión de Tránsito del Guayas se entenderá que se refieren a la Comisión de Tránsito del Ecuador...”.

De conformidad con el artículo 235 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el Directorio de la Comisión de Tránsito del Ecuador se conformará de la siguiente manera:

1. Un delegado del Ministerio de Sector, quien lo presidirá;
2. Un delegado del Presidente de la República;
3. El Ministro del Interior o su delegado; y,
4. Dos representantes de la Asociación de Municipalidades del Ecuador (AME).

En consecuencia, por la integración del Directorio de la Comisión de Tránsito del Ecuador, dicho Organismo integra la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, en los términos del artículo 7 y la letra ch) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone que integran el Ejecutivo: “ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.”

El artículo 192 del citado Estatuto en el título “De la potestad sancionadora. Principios de la potestad sancionadora”, del Libro II “Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva”, prescribe:

“Art. 192.- Principio de legalidad.

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal.

3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual."

El artículo 2 de la Ley de Personal de la Comisión de Tránsito del Guayas, dispone que el personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas se divide en oficiales y tropa; los oficiales a su vez se dividen en oficiales superiores y oficiales subalternos; y, la tropa en clases y vigilantes.

El régimen disciplinario al que está sujeto el personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión Nacional de Tránsito), está regulado por el Capítulo II de la Ley de Personal de la Comisión de Tránsito del Guayas. El artículo 45 de esa Ley, dispone que: "Los miembros del Cuerpo de Vigilancia que violen las leyes, reglamentos, órdenes o disposiciones a las que están sometidos, serán sancionados de acuerdo al Reglamento de Disciplina".

El artículo 47 *ibídem*, reconoce el derecho a la defensa; y, el artículo 48, dispone que: "Todas estas sanciones son independientes de las que pudieran aplicarse por medio de la justicia ordinaria, en caso de que la conducta del miembro del Cuerpo de Vigilancia, diere lugar a ello".

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento de Disciplina de la Comisión de Tránsito del Guayas, dispone que ese Reglamento "tiene como propósito normar ...las actividades disciplinarias de los Miembros del Cuerpo de Vigilancia de Oficiales y Tropa en servicio activo". Añade la misma norma que "Están obligados a cumplir lo dictaminado en el presente Reglamento en todas sus partes, los oficiales y personal de tropa de la CTG en servicio activo en las partes pertinentes, en todo momento y lugar".

El artículo 3 del citado Reglamento, define a la "disciplina" como: "la correcta observancia a las leyes y reglamentos, así como, las disposiciones emanadas del superior, para los miembros de las fuerzas policiales."

De la norma transcrita se desprende que los vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes Comisión de Tránsito del Guayas), están obligados a observar las leyes y reglamentos aplicables a los miembros de las fuerzas policiales.

El artículo 38 del Reglamento de Disciplina de la Comisión de Tránsito del Guayas, dispone que para efecto de su juzgamiento, las faltas disciplinarias se clasi-

fican en leves, graves y atentatorias; y, el artículo 39 *ibídem*, prevé que las faltas pueden ser:

- 1.- Contra la subordinación;
- 2.- Abuso de facultades;
- 3.- Contra los deberes y obligaciones;
- 4.- Contra la puntualidad y asistencia;
- 5.- Contra el decoro personal y compostura;
- 6.- Contra la propiedad;
- 7.- Contra la salubridad e higiene;
- 8.- Contra la moral; y,
- 9.- Contra la seguridad de las operaciones."

En cuanto se refiere a las sanciones, el artículo 66 del Reglamento de Disciplina de la Comisión de Tránsito del Guayas, prevé que las faltas disciplinarias se reprimirán con una de las siguientes sanciones:

- 1.- Baja de la Institución;
- 2.- Suspensión de funciones y mando;
- 3.- Arresto;
- 4.- Reprensión;
- 5.- Recargo del servicio; y,
- 6.- Fagina".

A partir del artículo 67 del Reglamento, se define cada una de las sanciones disciplinarias. Así por ejemplo, el artículo 69, prevé que el arresto consiste en la privación de libertad del miembro del Cuerpo de Vigilancia de la Institución, sea en los cuarteles, cuadras, habitaciones para oficiales y celdas para personal de tropa; y, el artículo 72 *ibídem*, dispone que: "La fagina consiste en imponer trabajos de cuartel y afines, al sancionado".

El Capítulo II del Reglamento, establece el procedimiento para la aplicación de las sanciones; y, el Título VII *ibídem*, establece a partir del artículo 91, la forma en que se integran los consejos de disciplina para juzgar a oficiales superiores, subalternos o tropa, respectivamente, Consejos a los que corresponde aplicar las sanciones a las faltas graves y atentatorias según el artículo 79 *ibídem*.

El artículo 115 del Reglamento, dispone que: “Las faltas disciplinarias leves y graves prescribirán en el tiempo de treinta días, contados a partir de la fecha del cometimiento de la misma o desde el momento de su descubrimiento y las atentatorias en noventa días”.

Conforme antes se concluyó, por la integración del Directorio de la Comisión de Tránsito del Ecuador, dicho Organismo integra la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, según los artículos 2 letra ch) y 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuyas normas en consecuencia le son aplicables a dicha Comisión.

El numeral 1 del artículo 118 del citado Estatuto, para efectos del cómputo de términos y plazos dispone: “1. Siempre que por ley no se exprese otra cosa, cuando los plazos o términos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los declarados festivos...”

En atención a los términos de su consulta se concluye que de conformidad con el artículo 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el cómputo del tiempo para que opere la prescripción de las infracciones disciplinarias de los Miembros del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, establecido en el artículo 115 del Reglamento de Disciplina de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador) corre únicamente en los días hábiles.

OF. PGE. N°: 05549, de 21-12-2011

ACCIONES Y PAQUETE ACCIONARIO: PROCEDIMIENTO PARA LA TRANSFERENCIA A INSTITUCIONES PÚBLICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TURISMO

CONSULTAS:

1. “Las instituciones públicas que tengan acciones (fincadas en un inmueble) en empresas mercantiles regidas bajo la Ley de Compañías, ¿pueden realizar la transferencias a título gratuito de dichas acciones a otras instituciones públicas que tengan un paquete accionario en la misma empresa?”

2. “De ser positiva la respuesta a la pregunta número uno, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para ejecutar la transferencia a título gratuito del paquete accionario? Si previamente se requiere o no, en el caso, un Decreto Ejecutivo del señor Presidente de la República”.

3. “De ser negativa la respuesta a la pregunta número uno, ¿cuál sería el procedimiento recomendado a seguir, en el caso de que las instituciones públicas no deseen tener en su patrimonio acciones en empresas mercantiles regidas bajo la Ley de Compañías?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 425.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4 y Disp. Trans. Segunda num. 2.2.2.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 104.

Ley de Turismo Art. 60.

Código Civil Arts. 1402 y 1634.

Ley de Compañías Arts. 188, 189 y 308.

PRONUNCIAMIENTOS:

1, 2 y 3. El Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Turismo, en el criterio jurídico contenido en el memorando No. MT-DAJ-2011-0688 de 20 de junio de 2011, transcribe el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que define qué es una empresa pública y señala que la Dirección de Asesoría Jurídica no considera pertinente analizar la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el presente caso, por considerarla ajena e inaplicable.

Sobre el particular, si bien es cierto que no se trata de una empresa pública, ni de una empresa subsidiaria, definidas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, este cuerpo legal contiene disposiciones aplicables a las sociedades anónimas y de economía mixta constituidas con anterioridad a su expedición y en las que el Estado es accionista, conforme se analizará a posteriormente.

A continuación, en el informe jurídico del Ministerio de Turismo, contenido en el memorando No. MT-DAJ-2011-0688 de 20 de junio de 2011, el Director de Asesoría Jurídica cita entre otras normas, el artículo 60 de la Ley de Turismo, que dispone que no podrán realizar servicios turísticos o actividades conexas con fines de lucro, las Fuerzas Armadas ni las entidades del sector público, el artículo 308 de la Ley de Compañías que trata sobre la compañía de economía mixta, 21 de la Ley de Compañías, referente a la transferencia de acciones, 1402 del Código Civil, referente a la donación, 1634 del mismo Código Civil, que regula la cesión de derechos y 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que establece la prohibición de efectuar donaciones a favor de personas

jurídicas de derecho privado y concluye respecto de la primera consulta, con el siguiente criterio:

“Las acciones del Ministerio de Turismo pertenecen a una empresas de economía mixta, de derecho privado, regulada por la Ley de Compañías; por lo que, es posible la transferencia del paquete accionario del Ministerio de Turismo a otro de los accionistas, en este caso el Municipio de Ibarra, puesto que se trata de una transferencia entre accionistas de una empresa de derecho privado”.

Con respecto a la segunda consulta, el informe jurídico contenido en el memorando No. MT-DAJ-2011-0688 de 20 de junio de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Turismo, cita el artículo 311 de la Ley de Compañías, ubicado en la Sección VIII de la Ley de Compañías, que trata sobre la Compañía de Economía Mixta y que dispone que se aplican a las compañías de economía mixta las normas de las sociedades anónimas, en cuanto no fueren contrarias las que contiene la Sección VIII de la misma Ley de Compañías y los artículos 188 y 189 de la Ley de Compañías, referentes a los requisitos y procedimiento para la transferencia de acciones y con respecto a la segunda consulta expresa el siguiente criterio:

“Por tanto, para la transferencia a título gratuito de las acciones del Ministerio de Turismo al Gobierno Provincial del Carchi, se deberá realizar observando las disposiciones señaladas para el efecto en la Ley de Compañías, por tratarse de actos societarios de una persona jurídica de derecho privado”.

Sobre la tercera consulta, el Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Turismo no emite ningún criterio.

A fin de analizar el tema objeto de sus consultas, es imperativo referirse a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que por su calidad de orgánica, en aplicación del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República, prevalece sobre la Ley de Turismo, la Ley de Compañías y el Código Civil, en que se fundamenta el criterio jurídico institucional. La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en lo relacionado con las empresas en que el Estado es accionista, ha previsto lo siguiente:

“SEGUNDA.- REGIMEN TRANSITORIO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS A EMPRESAS PUBLICAS:

2.1. REGIMEN TRANSITORIO PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN LAS QUE EL ESTADO, A TRAVES DE SUS ENTIDADES Y ORGANISMOS SEA ACCIONISTA UNICO...

2.2.1 Sociedades anónimas del sector eléctrico:

En las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos sea accionista mayoritario, constituidos con anterioridad a la expedición de esta Ley, cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, se observará el siguiente procedimiento:

2.2.1.1. Las acciones y los certificados de aportes para futuras capitalizaciones en las empresas eléctricas de generación, transmisión, distribución y comercialización de propiedad del Fondo de Solidaridad, serán transferidas al Ministerio Rector encargado del sector eléctrico ecuatoriano.

2.2.1.2. El Ministerio Rector encargado del sector eléctrico ecuatoriano en un plazo no mayor a 180 días, podrá: 1. Resolver la fusión, liquidación, escisión o disolución de las sociedades anónimas en las que es accionista; 2. Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios públicos o privados, de manera que éstas empresas sean propiedad del Gobierno Central en los términos señalados en esta Ley; y, 3. Constituir tenedoras de acciones de las empresas en las cuales es accionista.

En el caso de que el Ministerio Rector del sector eléctrico ecuatoriano compre las acciones de los gobiernos autónomos descentralizados, los valores correspondientes a esos títulos se entregarán con cargo a inversiones en servicios públicos en la jurisdicción de esos gobiernos y serán distintos a los que por ley les corresponda. Los egresos necesarios deberán incorporarse en el Presupuesto General del Estado en el subsiguiente año Fiscal, al valor que determine un experto contratado para el efecto, aplicando parámetros técnicos propios de la industria. El experto será seleccionado en conjunto entre el Ministerio Rector del Sector Eléctrico ecuatoriano y los gobiernos autónomos descentralizados que correspondan. De no existir acuerdo para dicha designación en un plazo máximo de treinta días, será el Ministerio Rector del Sector Eléctrico quien lo realice.

Las acciones que el Ministerio Rector del sector eléctrico ecuatoriano compre a los accionistas privados se pagarán en un plazo no mayor a 360 días, de conformidad con las disponibilidades del Presupuesto General del Estado, al valor que lo determine un experto contratado por el Ministerio Rector, quien deberá aplicar parámetros técnicos propios de la industria.

2.2.1.3. Una vez producida la compra de las acciones prevista en el número anterior, las sociedades anónimas se disolverán sin liquidarse, siguiendo el mismo procedimiento previsto en la Disposición Transitoria 2.1 anterior, y observando el mismo tratamiento para el talento humano, patrimonio, activos, pasivos y demás

aspectos previstos en dicho régimen transitorio. Los aspectos relativos a la transición que no consten en este régimen transitorio se desarrollarán en el decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza de creación de la o las empresas públicas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica.

2.2.1.4. Régimen de excepción.- Si dentro del plazo previsto en el número 2.2.1.2 no se cumpliere el proceso de compra de acciones que permita que las sociedades anónimas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica con más de un socio queden en propiedad de un solo accionista, hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, esas empresas seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado.

2.2.2. Otras empresas con participación accionaria mayoritaria del Estado

En las demás sociedades anónimas o empresas de economía mixta distintas a las previstas en el numeral 2.5 del régimen transitorio de esta Ley, en las que el Estado, directamente o a través de sus instituciones definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, sea accionista mayoritario, se seguirá un proceso análogo al referido en el numeral 2.2.1 precedente de esta Ley. Cada entidad pública accionista transferirá su paquete accionario al Ministerio Rector del sector específico, quien a su vez en un plazo no mayor de 180 días contados a partir de la promulgación de esta Ley, podrá: a) Resolver la fusión, escisión o disolución de las sociedades anónimas o de economía mixta; y, b) Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios privados.

Estarán exentas de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior las sociedades anónimas, empresas de economía mixta o las subsidiarias de éstas, con capital accionario mayoritario del Estado o de sus instituciones, que desarrollen sus actividades en sectores estratégicos o de servicios públicos, constituidas en sociedad con empresas públicas de la comunidad internacional o con subsidiarias de éstas.....”.

Como se observa del numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previamente transcrito, éste contiene un mandato general para las sociedades anónimas o empresas de economía mixta que no son empresas subsidiarias (definidas en el artículo 4 de la misma Ley Orgánica), que deben someterse al régimen allí dispuesto, previendo como única excepción las sociedades anónimas, empresas de economía mixta o las subsidia-

rias de éstas que desarrollen sus actividades en sectores estratégicos o de servicios públicos, constituidas en sociedad con empresas públicas de la comunidad internacional o con subsidiarias de éstas, por lo que se colige que a la Empresa Turística Tulcán Compañía de Economía Mixta le es aplicable el régimen transitorio dispuesto en el numeral 2.2.1. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El indicado régimen transitorio al que nos remite el numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley Orgánica, a su vez nos remite al numeral 2.1. ibídem, que en lo principal determina que las sociedades anónimas que en su momento se constituyeron con capital mayoritario de los distintos organismos y entidades del sector público, pasen a ser propiedad del Estado Central, a través del Ministerio Rector de cada área, que como accionista mayoritario podrá: a. Resolver la fusión, escisión o disolución de de las sociedades anónimas o de economía mixta; y, b. Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios privados.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, en base del numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dispone que en las demás sociedades anónimas o empresas de economía mixta distintas a las previstas en el numeral 2.5 (empresas subsidiarias) del régimen transitorio de esta Ley, en las que el Estado, directamente o a través de sus instituciones definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, sea accionista mayoritario, se seguirá un proceso análogo al referido en el numeral 2.2.1 precedente de esta Ley. Cada entidad pública accionista transferirá su paquete accionario al Ministerio Rector del sector específico, quien a su vez en un plazo no mayor de 180 días contados a partir de la promulgación de esta Ley, podrá: a) Resolver la fusión, escisión o disolución de las sociedades anónimas o de economía mixta; y, b) Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios privados, se concluye que no es procedente que el Ministerio de Turismo realice la transferencia a título gratuito de acciones de su propiedad a una compañía de economía mixta, a favor de un Gobierno Autónomo Descentralizado.

OF. PGE. N°: 04625, de 08-11-2011

AGROSEGURO: PROGRAMA DE SEGURO AGRÍCOLA Y PESQUERO ARTESANAL –SUBSIDIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA,
ACUACULTURA Y PESCA

CONSULTA:

“¿Se encuentra dentro de las facultades del Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, con sujeción a lo previsto en los artículos 154 de la Constitución, 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y, literales i) y j) del Decreto Ejecutivo No. 502, de 11 de octubre de 2010, y demás normas citadas en los antecedentes de esta consulta, constituir mediante Acuerdo Ministerial, una unidad administrativa desconcentrada, que administre un programa de Agroseguro permanente, que entregue a agricultores y pescadores artesanales, recursos públicos con la calidad de “subsidios” para apoyar el programa de seguro agrícola y pesquero artesanal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 15.
Código Orgánico de Planificación Finanzas Públicas Arts. 55, 60 y 74 num. 15.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.
Ley Orgánica de Régimen de Soberanía Alimentaria Arts. 13 lit. b), 19.
ERJAFE Art. 17 lits. i) y j).
Acuerdo N° 154 del MAGAP de 13-04-2011.
Res. N° 017 de la Procuraduría General del Estado Arts. 6 y 7.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 01977 de 25 de mayo de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de los documentos referidos en la consulta, así como el criterio del Asesor Jurídico de esa Secretaría de Estado, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, en virtud de que el criterio jurídico adjunto a la consulta, constante en memorando No. 1477 SJ/LA de 13 de diciembre de 2010, no contiene un análisis jurídico de las normas que en él se mencionan.

Esta Procuraduría insistió en los requerimientos referidos en el párrafo precedente, mediante oficio No. 02474 de 23 de junio de 2011; y, al no haber recibido respuesta, mediante oficio No. 02881 de 21 de julio de 2011, dispuso el archivo de la consulta, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 017 de

este Organismo, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010.

Mediante oficio No. MAGAP-MAGAP-2011-0518-OF de 12 de julio de 2011, ingresado el 8 de agosto del presente año, se remite copia certificada de la documentación relacionada con la consulta, por lo que procede la reactivación del trámite, de conformidad con el artículo 7 reformado, de la citada Resolución No. 17 de este Organismo, que dispone: “Art. 7.- Aún cuando se hubiere procedido al archivo de la consulta, por no haber proporcionado la entidad u organismo consultante la información o documentación requerida por esta Procuraduría, dentro del plazo señalado en el artículo anterior, puede procederse a la reactivación del trámite, siempre que el consultante presente una nueva solicitud, a la cual se adjunten todos los documentos que fueron previamente requeridos por la Procuraduría”.

En el oficio MAGAP-MAGAP-2011-0518-OF de 12 de julio de 2011, se reformula la consulta en los siguientes términos:

- “a) ¿Sobre si el Decreto 502, es el instrumento suficiente que constitucional y legalmente respalda la entrega del subsidio al Seguro Agrícola?; y,
- b) ¿Sobre si existe o no contraposición entre los literales j) y k) del artículo 1 del Decreto 502?”

A fin de contar con mayores elementos de análisis, atenta la materia de la consulta, mediante oficio No. 3435 de 29 de agosto de 2011, se requirió el criterio del Ministerio de Finanzas, Entidad que ha atendido nuestro requerimiento mediante oficio No. MINFIN-CGJ-2011-0192 de 11 de octubre de 2011, recibido al día siguiente.

En el oficio MAGAP-MAGAP-2011-0518-OF de 12 de julio de 2011, el Ministro de Agricultura expone que el numeral 2 del artículo 285 de la Constitución de la República, establece entre los objetivos específicos de las políticas fiscales, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados; y, agrega que el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 16, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, dispuso que para mitigar los efectos que tienen los riesgos de la naturaleza sobre la agricultura, el Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social y el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, diseñarán e implementarán un sistema de seguro agrícola, para lo cual el Ministerio de Finanzas asignará los recursos respectivos.

Añade el Ministro de Agricultura que la letra b) del artículo 13 de la Ley Orgánica de Régimen de Soberanía Alimentaria, establece que el Estado subsidiará total o parcialmente el aseguramiento de cosechas y de ganado mayor y menor para los microempresarios, microempresa, pequeños y medianos productores; y, que el artículo 19 *ibídem*, establece la implementación del seguro agroalimentario.

La consulta expone además que mediante Acuerdo Ministerial No. 46 publicado en el Registro Oficial No. 610 de 11 de junio de 2009, se creó la Unidad Técnico Operativa del Seguro Agrícola (UNISA), como dependencia del Despacho del Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, cuyo objetivo principal es desarrollar el sistema nacional de seguro agrícola en el Ecuador. Sobre dicha base se concluye que, el Decreto No. 502 “es el instrumento constitucional y legalmente viable para la entrega del Subsidio al Seguro Agrícola”; y, que “no existe contraposición en los literales j) y k) a los que se hace alusión el Decreto 502, más bien son complementarios, por cuanto en ellos se indica que los beneficiarios pueden ser tanto personas jurídicas como naturales.”

Idénticas conclusiones contiene el informe jurídico contenido en memorando No. 1477 SJ/LA de 13 de diciembre de 2010, cuya copia certificada se ha acompañado a la consulta. En dicho informe se citan los artículos 55 y 60 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que definen lo que se debe entender por inversión pública y sobre dicha base se argumenta que “para el tema de entrega del subsidio para el seguro agrícola...estas disposiciones legales a las que hemos hecho referencia en el antecedente del presente informe y que fundamentan la creación e implementación de este seguro”.

Por su parte, el Ministro de Finanzas, en el oficio No. MINFIN-CGJ-2011-0192 de 11 de octubre de 2011, remite el informe técnico de la Subsecretaría de Presupuestos, contenido en memorando No. MINFIN-SP-2011-0520 de 6 de octubre de 2011.

En la comunicación de la referencia, el Ministro de Finanzas expone que: “La Subsecretaría de Presupuestos del Ministerio, no puede emitir criterio técnico presupuestario al no contar con información técnica que indique el impacto o costo económico que tendría en el Presupuesto General del Estado la utilización de recursos públicos con la calidad de subsidios, y más aun las disposiciones legales respecto del incremento del presupuesto por parte de este Portafolio.” En el mismo oficio se concluye que: “Por lo expuesto, es pertinente que se nos haga llegar la información técnica necesaria sobre la cual este Ministerio emitirá el correspondiente pronunciamiento tanto técnico como legal”.

En el memorando No. MINFIN-SP-2011-0520 de 6 de octubre de 2011, el Subsecretario de Presupuestos del Ministerio de Finanzas, se refiere a la base normativa invocada por el Ministerio de Agricultura en la consulta, contenida en los artículos 15 de la Constitución, 17 del ERJAFE y letras i) y j) del Decreto Ejecutivo No. 502 y manifiesta que: “Con referencia a la creación de una unidad administrativa desconcentrada, que administre un programa de agroseguro permanente, que entregue a agricultores y pescadores artesanales, recursos públicos con la calidad de “subsidios” para apoyar el programa de seguro agrícola y pesquero artesanal, las bases legales expuestas determinan la competencia del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, como ente rector del Sector que permite la creación de la unidad administrativa desconcentrada”.

Añade el Subsecretario de Presupuestos que: “En relación al dictamen que determina el Art. 74 numeral 15 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cual dispone que dentro de los deberes y atribuciones del ente rector del SINFIP es la de “Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero” ésta Subsecretaría no puede pronunciarse o emitir criterio técnico presupuestario al no contar con información respecto al impacto que tendría en el presupuesto la utilización de recursos públicos con la calidad de “subsidios”. Por lo expuesto es necesario que la institución remita a esta Secretaría de Estado un informe técnico que determine el costo que implicaría la incorporación de este beneficio social, lo cual permitiría pronunciarse en función de los límites establecidos en la legislación vigente referente a límite de incremento del Presupuesto General del Estado”.

En atención a nuestro requerimiento, el Ministerio de Agricultura ha remitido copia certificada, entre otros documentos, del memorando No. MAGAP-SFA-2010-1988-M de 20 de octubre de 2010, por el que el Gerente de la Unidad de Seguro Agrícola del MAGAP, expone que el MAGAP “ha asumido la implementación y desarrollo del sistema de seguros agrarios orientado a pequeños y medianos productores, protegiendo los costos de producción de cultivos específicos por medio de pólizas, cuya prima está subsidiada por el estado ecuatoriano hasta en un 60%” y que para ello cuenta con el “informe de prioridad de la Secretaría de Planificación (SENPLADES), de fecha 5 de febrero del 2010”. El referido informe consta en oficio No. SENPLADES-SIP-dap-2011-7 de 6 de enero de 2011, según el considerando decimoprimer del Acuerdo No. 154 del MAGAP, de 13 de abril de 2011, cuya copia certificada también se ha remitido a pedido nuestro, que establece el agroseguro y aprueba su modelo de gestión.

El Gerente de la Unidad Técnico Operativa del Seguro Agrícola UNISA, en la comunicación a la que se refiere el párrafo que precede, expone que a fin de que el MAGAP entregue materialmente el referido subsidio, se elaboró un “proyecto de decreto ejecutivo, mismo que fue aprobado en su momento por el Ministerio de Coordinación”, pero que en reunión mantenida con funcionarios del Ministerio de Finanzas, “se ha recomendado que sea el MAGAP y su Unidad de Seguro Agrícola (UNISA) la encargada de ejecutar la parte operativa de la transferencia directa de los recursos asignados para la ejecución del programa a la compañía o compañías aseguradoras, teniendo como fundamento el decreto ejecutivo 502”.

El Gerente de la Unidad Técnico Operativa del Seguro Agrícola del MAGAP expone que la asesoría externa de esa Unidad sostiene con respecto al artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 502, “que el literal j) no aplicaría para el programa de seguro agrícola, ya que el mismo evidentemente no es para el desarrollo social, cultural, turístico, deportivo, comunitario, científico o tecnológico, el programa es un subsidio personalizado, particularizado, señalado, individualizado para fomentar la producción y productividad, forzado sería encasillarle al programa como de desarrollo social que es lo más aproximado, los cuales por lo general son de características generales que van dirigidos a un conglomerado o sector de la sociedad y no a una o varias personas individualmente concebidas; y el literal k) aparentemente precautela la entrega directa de recursos a beneficiarios finales y no a intermediarios, independientemente que los mismos entreguen un servicio o un bien, con lo que la recomendación de las funcionarias de finanzas de transferir los fondos a las aseguradoras de manera directamente (sic) sería contrario a este mandar ejecutivo; por lo cual se requeriría entre otras cosas el implementar un registro individual de los beneficiarios del subsidio en el mismo MAGAP, el que debería registrar también el pago del beneficiario hasta del 40% del valor de la prima y todo el proceso que conlleva hasta el pago final a la aseguradora por parte del mismo beneficiario y no del MAGAP, algo complejo que amerita una superestructura legal, contable, administrativa y tecnológica”.

Entre los documentos que en copia certificada se han remitido a pedido nuestro, consta el Acuerdo No. 154 del MAGAP, de 13 de abril de 2011, cuyo artículo 1 establece el “agroseguro”, como un “sistema permanente de seguridad productiva, subvencionado por el Estado, en beneficio de pequeños y medianos productores agrícolas, acuícolas, forestales, pescadores artesanales y otros agentes productivos vinculados al agro ecuatoriano”.

Los artículos 4, 5 y 7 del Acuerdo No. 154, establecen que el valor a subsidiarse corresponderá al 60% del valor total de la prima neta de la póliza, y que el 40% deberá pagar el beneficiario; y, determinan las actividades agrícolas a asegurarse y los riesgos cubiertos. El artículo 9 del citado Acuerdo No. 154 dispone:

“Art. 9.- Para viabilizar el sistema de AgroSeguro, en cuanto a su ejecución y gasto, se observará lo dispuesto en los artículos 297 y 299, inciso tercero, de la Constitución de la República del Ecuador y en el Art. 1 literales I y J del Decreto Ejecutivo No. 502, publicado en el Registro Oficial Suplemento 302, el 18 de Octubre 2010”.

Los artículos 297 y 299 de la Constitución de la República, disponen en su orden:

“Art. 297.- Todo programa financiado con recursos públicos tendrá objetivos, metas y un plazo predeterminado para ser evaluado, en el marco de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

Las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público.”

“Art. 299.- El Presupuesto General del Estado se gestionará a través de una Cuenta Única del Tesoro Nacional abierta en el Banco Central, con las subcuentas correspondientes...”.

El “Modelo de Gestión de Agroseguro”, que conforme antes ya se expuso fue aprobado por el MAGAP mediante Acuerdo Ministerial No. 154 de 13 de abril de 2011, ha sido remitido también en copia certificada a pedido nuestro. De conformidad con el artículo 7 del referido Modelo de Gestión, “El seguro con subsidio del Estado, se podrá contratar directamente en las empresas aseguradoras o en instituciones participantes por el MAGAP-UNISA”. El artículo 18 ibídem, dispone: “La institución (intermediaria en la que se aplicó la solicitud de póliza), transferirá semanalmente a la cuenta bancaria de la aseguradora participante, los valores correspondientes a las primas netas más impuestos pagados por el beneficiario de AgroSeguro. La institución participante respaldará la transferencia efectuada mediante el envío inmediato a la aseguradora de los respectivos documentos e información...”.

El Anexo No. 1 del Modelo de Gestión de Agroseguro, establece los requisitos que las aseguradoras deben cumplir previo a la suscripción del Convenio de Participación con el MAGAP; y el anexo 2 contiene los términos mínimos a ser incorporados en el Convenio de Cooperación Interinstitucional, cuyo objetivo, según la cláusula segunda es “2. Intermediar entre los productores y pescadores beneficiarios del subsidio estatal de Agroseguro, las compañías aseguradoras involucradas y MAGAP-UNISA para facilitar la contratación de las pólizas de seguro subvencionadas”.

El artículo 19 de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, establece el seguro agroalimentario, en los siguientes términos: “Art. 19.- Seguro agroalimentario.- El Ministerio del ramo, con la participación y promoción de la banca pública de desarrollo y el sector financiero, popular y solidario, implementarán un sistema de seguro agroalimentario para cubrir la producción y los créditos agropecuarios afectados por desastres naturales, antrópicos, plagas, siniestros climáticos y riesgos del mercado, con énfasis en el pequeño y mediano productor”.

El Decreto Ejecutivo No. 502 sobre cuya aplicación trata su consulta, establece políticas de cumplimiento obligatorio para “...la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva”. Las letras i) y j) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 502, a las que se refiere la consulta, en su orden disponen que:

“i) En el marco de los programas y proyectos a cargo de las entidades que conforman el Gobierno Central, se podrán realizar transferencias de recursos a otras entidades públicas como gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, previa la autorización del ministerio coordinador respectivo, para lo cual la institución interesada deberá presentar al ministerio coordinador el modelo de gestión del programa o proyecto”.

“j) Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones de la Función Ejecutiva podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a personas jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad con o sin contra-prestación de servicios, cuyo objeto sea el desarrollo social, cultural, turístico, deportivo, comunitario, científico o tecnológico, siempre bajo los principios de corresponsabilidad y cofinanciamiento.

Los consejos sectoriales de política, mediante resolución, establecerán los criterios y orientaciones generales que los ministerios y demás instituciones de la Función Ejecutiva deberán observar en la expedición de los instructivos internos correspondientes que regulen los procedimientos para la realización de las indicadas transferencias”.

Con posterioridad a la expedición del Decreto Ejecutivo No. 502, el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prohibió a las entidades y organismos del sector público “realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspon-

dan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

El artículo único del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544, prevé:

“Art. 1.- Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

Los consejos sectoriales de política, en el caso de la Función Ejecutiva, los consejos regionales y provinciales y los concejos municipales o metropolitanos en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante resolución, establecerán los criterios y orientaciones generales que deberán observar dichas entidades para la realización de las indicadas transferencias”.

De las normas transcritas se desprende que el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prohíbe a las instituciones del sector público realizar asignaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos establecidos en el Reglamento de ese Código; y, el Reglamento expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544 que establece por excepción, que las instituciones del sector público puedan realizar transferencias de recursos públicos, tanto a personas naturales como jurídicas de derecho privado, siempre que estén destinadas a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

Por tanto, la letra j) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 502 y el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 544 son concordantes al permitir, por excepción a la prohibición establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que las instituciones del sector público realicen transferencias de recursos públicos, a favor de personas de derecho privado, destinadas a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio colectivo.

En la especie, el agroseguro tiene su fundamento en la disposición del artículo 19 de la Ley Orgánica de Soberanía Alimentaria, que lo establece, y para su implementación se ha creado la Unidad Técnico Operativa del Seguro Agrícola (UNISA), como dependencia del Despacho del Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, mediante Acuerdo Ministerial No. 46 publicado en el Registro Oficial No. 610 de 11 de junio de 2009, cuyo objetivo principal es de-

sarrollar el sistema nacional de seguro agrícola en el Ecuador. En consecuencia, al estar creada dicha Unidad Técnica, no procede emitir pronunciamiento sobre la consulta inicial formulada por el Ministro encargado, tendiente a determinar si el MAGAP tiene competencia para constituir una unidad administrativa que administre el programa de agroseguro.

En cuanto se refiere al mecanismo específico para la implementación del agroseguro, mediante transferencias de recursos públicos, según la consulta reformulada mediante oficio No. MAGAP-MAGAP-2011-0518-OF de 12 de julio de 2011, corresponde analizar si el agroseguro constituye un proyecto de inversión, a efectos de que sea aplicable la excepción a la prohibición establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El artículo 55 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, define a la inversión pública en los siguientes términos: “Para la aplicación de este código, se entenderá por inversión pública al conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación”.

En concordancia, el artículo 57 del mismo Código Orgánico, prevé que los planes de inversión “son la expresión técnica y financiera del conjunto de programas y proyectos de inversión, debidamente priorizados, programados y territorializados, de conformidad con las disposiciones de este código. Estos planes se encuentran encaminados a la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y de los planes del gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados.”; y, el artículo 60 *ibídem*, dispone que:

“Art. 60.- Priorización de programas y proyectos de inversión.- Serán prioritarios los programas y proyectos de inversión que la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo incluya en el plan anual de inversiones del presupuesto general del Estado, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo, a la Programación Presupuestaria Cuatrienal y de conformidad con los requisitos y procedimientos que se establezcan en el reglamento de este código...”.

En el análisis de la consulta es pertinente considerar además que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado”; y, que según el artículo 4 de la misma Ley, “están sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas

jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualesquiera sea su monto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política de la República.”

Según se revisó en los antecedentes de este pronunciamiento, la SENPLADES ha otorgado al MAGAP, informe de prioridad para el proyecto “Agro Seguro para pequeños y medianos productores y pescadores artesanales del Ecuador”, según consta en el decimoprimer considerando del Acuerdo No. 154 del MAGAP de 13 de abril de 2011, que establece dicho proyecto y aprueba el modelo de gestión que prevé el convenio de participación a ser suscrito entre el MAGAP y las empresas aseguradoras para implementar el agroseguro en beneficio de los pequeños y medianos agricultores y pescadores.

En consecuencia, atenta la priorización del proyecto AgroSeguro, para su implementación, por tratarse de un proyecto de inversión, le es aplicable la excepción a la prohibición establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que según su Reglamento, contenido en el Decreto Ejecutivo No.544, permite que las instituciones del sector público realicen transferencias de recursos públicos, a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre que el destino de dichas transferencias sea la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio colectivo. La letra j) del Decreto Ejecutivo No. 502 sobre el que trata su consulta, es concordante con dichas normas.

El numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que ha citado el Subsecretario de Presupuestos del Ministerio de Finanzas, en el memorando No. MINFIN-SP-2011-0520 de 6 de octubre de 2011, que el titular de esa Secretaría de Estado ha remitido anexo a su oficio No. MINFIN-CGJ-2011-0192 de 11 de octubre de 2011, dispone que es atribución del Ministro de Finanzas, como rector del SINFIP “Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados...”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que todo acto que genere obligaciones que no estén contempladas en el respectivo presupuesto, requiere en forma previa dictamen del Ministerio de Finanzas, el cual es vinculante.

Las políticas para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, expedidas mediante el Decreto Ejecutivo No. 502, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 302 de 18 de octubre de 2010, son lineamientos que los Ministerios deben observar en esa materia, pero no excluyen la aplicación de normas de mayor jerarquía que regulan la formulación y ejecución presupuestaria, contenidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido con posterioridad al referido Decreto.

En consecuencia, con respecto a su consulta se concluye que sin perjuicio de la calificación de prioridad que la SENPLADES ha emitido respecto del proyecto Agroseguro, en virtud de que su implementación generará obligaciones presupuestarias para el MAGAP, ese Ministerio deberá solicitar previamente el dictamen del Ministerio de Finanzas, prescrito en el numeral 15 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, remitiéndole al efecto, toda la información técnica que el rector de la Finanzas Públicas le requiera.

Obtenido el dictamen favorable del referido Ministerio, el MAGAP podrá ejecutar el proyecto de agroseguro, realizando bajo su exclusiva responsabilidad, las transferencias de recursos públicos en que consiste el subsidio para el agroseguro, a personas jurídicas del sector privado, en el caso específico a las aseguradoras que suscriban con esa Secretaría de Estado el respectivo convenio de participación, según el modelo de gestión del Agroseguro, aprobado por el artículo 2 del Acuerdo Ministerial No. 154 de 13 de abril de 2011. Dichos recursos conservan su carácter de públicos y por tanto su gestión está sujeta al control de la Contraloría General del Estado, de conformidad con los artículos 3 y 4 de su Ley rectora.

Son de exclusiva responsabilidad de esa Secretaría de Estado, los términos y condiciones del subsidio en que consiste el Agroseguro, así como el modelo de gestión que el MAGAP ha aprobado para su implementación.

OF. PGE. N°: 04366, de 19-10-2011

ANTICIPO: PROCEDIMIENTO PARA AMORTIZACIÓN AMPLIANDO EL PLAZO

ENTIDAD CONSULTANTE: FLOTA PETROLERA ECUATORIANA, FLOPEC

CONSULTA:

“¿Considerando que el contrato en mención fue firmado al amparo de una Ley, reglamento y resoluciones vigentes a la fecha de su suscripción, los cuales difieren de las disposiciones emitidas con posterioridad acerca de la forma de amortización del anticipo; es procedente cambiar dicha forma de amortización, de acuerdo a la reforma la (sic) Disposición General Sexta del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Código Civil Arts. 7 num. 18 y 1510.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 24, 10 num. 8, 75 y 95; y, 20, 28, 139 y Disp. Gen. Sexta de su Reglamento.

D. E. N° 1869 Art. 2, R. O. S. N° 648 de 4 -08-2009 (reformado).

D. E. N° 791 de 14-06-2011, R. O. N° 469 de 14-06-2011.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 03161 de 5 de agosto de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del informe jurídico sobre el tema materia de consulta, en virtud de que el memorando No. GGR-AL-254-2011 de 7 de julio de 2011 que contiene el criterio del Asesor Jurídico de FLOPEC no contiene un análisis jurídico de las normas que en él se mencionan. En el mismo oficio, la Procuraduría requirió además, la remisión de copia certificada del contrato para la construcción del muelle del proyecto de almacenamiento de GLP en Monteverde, provincia de Santa Elena Ecuador, celebrado entre FLOPEC y el Consorcio Belfi Ciptort, al que se refiere la consulta. Dichos requerimientos se formularon de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

Con oficio No. GGR-AL-170-2011 de 16 de agosto de 2011, recibido el 17 de los mismos mes y año, FLOPEC remitió copia simple de la documentación relacionada con la consulta, por lo que mediante oficio No. 03525 de 2 de septiembre de 2011, la Procuraduría General del Estado insistió en el requerimiento, que finalmente ha sido atendido mediante oficio No. GGR-AL-188-2011 de 6 de septiembre de 2011, ingresado el 7 de septiembre del presente año.

En el oficio de consulta se expone como antecedente que el 25 de julio de 2007, FLOPEC firmó un Convenio de Alianza Estratégica No. 200707 con PETROECUADOR, con el objeto de que PETROECUADOR construya y opere el gasoducto La Libertad-Pascuales y el Terminal de Almacenamiento de Pascuales; y, FLOPEC por su parte construya y opere el Terminal Marítimo y la Planta de Almacenamiento de GLP en Monteverde, comprometiéndose a prestar el servicio de almacenamiento en tierra, a través de una tarifa a ser establecida de común acuerdo entre las partes.

El informe del Jefe de Asesoría legal y Seguros de FLOPEC, contenido en memorando No. GGR-AL-288-2011, de 9 de agosto de 2011, remitido a pedido nuestro manifiesta que, con fecha 8 de julio de 2010 se celebró el contrato de construcción del Muelle del proyecto de almacenamiento de GLP en Monteverde, Provincia de Santa Elena Ecuador, entre la Flota Petrolera Ecuatoriana FLOPEC y el consorcio Belfi-Ciport, protocolizado el 19 de julio de 2010 en la Notaría Undécima del cantón Quito.

En el numeral 2 de los antecedentes, el informe jurídico agrega que mediante oficio CBC UNEMON-042/2011, de 17 de junio de 2011, cuya copia certificada se ha remitido en atención a nuestro requerimiento, el Consorcio Belfi-Ciport “solicita se considere una reprogramación de la amortización del anticipo intentando acogerse a la reforma de la Disposición General Sexta del Reglamento General de la LOSNCP, aduciendo una afectación al equilibrio económico-financiero de los contratos cuyo plazo de ejecución involucra ejercicios fiscales plurianuales”.

El informe jurídico añade que mediante memorando No. GGR-AL-254-2011 de 7 de julio de 2011, la Asesoría Legal de FLOPEC emitió un criterio jurídico interno indicando que la legislación vigente a la fecha de celebración del contrato es la aplicable para el contrato celebrado entre las partes. Copia certificada del referido memorando ha sido remitida a pedido nuestro; en él se concluye que: “el anticipo debe amortizarse en un plazo no mayor a los 12 meses de acuerdo a la legislación aplicable a la fecha de celebración del contrato, y en atención al principio establecido en el Art. 7 numeral 18 de la Codificación del Código Civil”.

El informe del asesor legal de FLOPEC cita las cláusulas cuarta y quinta del contrato, que estipulan la forma de interpretar los términos del contrato y los documentos que forman parte de él, entre los que constan los pliegos que sirvieron de base para su celebración. Luego cita el numeral 3.12.3 del modelo de pliegos aprobados por el INCOP, que establece las reglas para la amortización del anticipo; y finalmente, invoca la Disposición General Sexta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente a la fecha

de celebración del contrato, que preveía que “se propenderá a que el anticipo sea amortizado en el mismo ejercicio presupuestario, en todo caso, el anticipo no podrá ser devengado en un período superior a un año de otorgado”.

Agrega el informe jurídico que la citada Disposición Reglamentaria fue reformada mediante Decreto Ejecutivo No. 791 de 20 de mayo de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 469 de 14 de junio de 2009, previendo que el anticipo será devengado proporcionalmente en las planillas presentadas hasta la terminación del plazo contractual.

Finalmente cita el artículo 7 del Código Civil, cuyo numeral 18 establece que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” y sobre dicha base concluye que:

“...en mérito de la normativa y cláusulas contractuales referidas y analizadas... La amortización del anticipo para la ejecución del contrato materia de este análisis, se la debe realizar en el plazo no mayor de un año tal como lo indica la Disposición General Sexta del RGLOSNCV vigente a la fecha de celebración del contrato, y como se encuentra establecida en los Pliegos y en el mismo contrato”.

El pedido de la contratista, contenido en oficio CBC UNEMO-042/2011 de 17 de junio de 2011, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, refiere la reforma de la Disposición General Sexta del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permite la amortización del anticipo hasta la terminación del plazo contractual, y solicita “sean recalculados los valores a destinar para amortizar el valor anticipado de cada una de las planillas... y así garantizar su completa amortización hasta la finalización del contrato”.

En oficio No. CBC-UNEMO 048-2011 de 18 de julio de 2011, el consorcio contratista insiste en su pedido, argumentando que la disposición reglamentaria reformada “debe ser aplicada aún en aquellos casos, de contratos suscritos con anterioridad a la fecha en que se ha dictado la norma reglamentaria.” Copia certificada de la referida comunicación se ha remitido a pedido nuestro.

Los pliegos correspondientes a la licitación de obras No. FLOPEC-UNEMON-01-10, para la “Construcción del Muelle del Proyecto de almacenamiento de GLP en Monteverde, provincia de Santa Elena-Ecuador”, que se han remitido en atención a nuestro requerimiento, en las “Condiciones Generales”, numeral 3.12.3, en cuanto se refiere a la amortización del anticipo, prevén:

“...La amortización del anticipo otorgado seguirá las siguientes reglas:

- Se efectuará en lo posible descontando (el valor de anticipo dividido para doce) de las doce primeras planillas presentadas.
- En todo caso, el anticipo otorgado no podrá ser devengado en un periodo superior a un año de otorgado”.

De la copia certificada del Formulario No. 1 de la oferta presentada por el Consorcio Belfi-Ciport, que contiene su carta de presentación y compromiso, suscrita el 14 de mayo de 2010, para la ejecución del muelle del proyecto de almacenamiento de GLP en Monteverde, provincia de Santa Elena-Ecuador, consta que dicho Consorcio presenta la oferta “luego de examinar los Pliegos de Licitación de obras” y declara que: “6. Conoce las condiciones y ha estudiado los planos, especificaciones técnicas, los Pliegos, inclusive sus alcances... y se halla satisfecho del conocimiento adquirido... 10. Se somete a las disposiciones de la LOSNCP, de su Reglamento General, las Resoluciones del INCOP que sean aplicables; además, a las exigencias y condiciones establecidas en los Pliegos y documentos contractuales”.

Por su parte, de la copia certificada del contrato sobre el que trata la consulta, celebrado entre FLOPEC y el consorcio Belfi-Ciport, se desprende que fue suscrito el 8 de julio de 2010. Su objeto, según la cláusula quinta fue estipulado en los siguientes términos:

“5.01.- El contratista se obliga para con la Flota Petrolera Ecuatoriana a ejecutar, terminar y entregar a entera satisfacción de la Contratante, en todos sus detalles, entregando debidamente operativo los trabajos que corresponden a la “CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE, DEL PROYECTO DE ALMACENAMIENTO DE GLP EN MONTEVERDE, PROVINCIA DE SANTA ELENA- ECUADOR”, trabajos que realizará la Contratista de conformidad con el detalle constante en los estudios, planos, diseños, especificaciones técnicas, memorias descriptivas y demás anexos a los Pliegos objeto de esta Licitación, y que forman parte de este Contrato...”.

El precio del contrato, estipulado en la cláusula sexta, es de USD 37'858.350,65; y, la forma de pago, según la cláusula séptima del contrato, numeral 7.01 prevé la entrega de un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato, “valor que será amortizado de conformidad con el artículo 75 de la LOSNCP”. El numeral 7.03 de la cláusula séptima del contrato, con respecto a la amortización del anticipo estipula lo siguiente:

“7.03.- La amortización total del anticipo entregado, se lo realizara (sic) descontando (el valor de anticipo dividido para doce) de las doce primeras planillas presentadas, conforme lo establecido en la Disposición General Sexta del reglamento general de la LOSNCP, según se establece en la Sección III Condiciones Generales numeral 3.12.3, de los pliegos que forman parte del presente contrato”.

El artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que si el contrato prevé el pago de anticipo, para recibirlo el contratista debe rendir previamente garantías por igual valor al del anticipo, “que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios”. Según el artículo 118 del Reglamento General de esa Ley Orgánica, la garantía de buen uso del anticipo “se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad”.

La parte final del tercer inciso del artículo 95 de la citada Ley Orgánica, dispone que: “La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo”.

Por su parte, el artículo 139 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 139.- Anticipo devengado.- En el caso de los contratos de ejecución de obras y prestación de servicios, con modalidad de tracto sucesivo, la amortización del anticipo se realizará en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado. Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del Art. 95 de la Ley, el contratista podrá demostrar mediante la presentación de todos los medios probatorios jurídicos y procesales, que el anticipo contractual que le ha sido entregado ha sido devengado en la ejecución de las obras o servicios, teniendo esta figura, las mismas consecuencias y efectos de la amortización del anticipo”.

El plazo en que se debe devengar el anticipo, está regulado por la Disposición General Sexta del citado Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma agregada por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1869, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 648 de 4 de agosto de 2009, vigente al tiempo en que se celebró el contrato materia de consulta (8 de julio de 2010). La citada Disposición ha sido materia de reforma, expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 791 de 14 de junio de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 469 de 14 de junio de 2011.

Dicha norma, al tiempo de celebración del contrato materia de consulta, disponía:

“SEXTA: La amortización del anticipo entregado con ocasión de un contrato de obra celebrado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública constará de un cronograma que será parte del contrato. La amortización del anticipo se efectuará en lo posible en las cinco primeras planillas, en todo caso, se propenderá a que el anticipo sea amortizado en el mismo ejercicio presupuestario, en todo caso, el anticipo no podrá ser devengado en un período superior a un año de otorgado”.

La norma transcrita establece que el anticipo puede ser amortizado de la siguiente forma: en las cinco primeras planillas que presente el contratista; en el mismo ejercicio presupuestario en el que se efectuó su pago; y que, en todo caso el anticipo no podrá ser devengado en un período superior a un año de otorgado, determinando en consecuencia, un plazo máximo de un año para que el anticipo sea devengado y amortizado por el contratista.

Los modelos de pliegos para las contrataciones, aprobados por el INCOP, son de uso obligatorio según el numeral 24 del artículo 6, el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los artículos 20 y 28 de su Reglamento General, norma ésta última que en su último inciso dispone: “Cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios. La entidad contratante bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y el presente Reglamento General”.

El modelo de pliegos para licitación de obras, aprobado por el INCOP, correspondiente a la época de la contratación sobre la que trata la consulta, en la parte final del numeral 3.12.3 de las Condiciones Generales prevé:

“La amortización del anticipo otorgado seguirá las siguientes reglas:

- Se efectuará en lo posible en las cinco primeras planillas, propendiendo a que finalice en el mismo ejercicio presupuestario.
- En todo caso, el anticipo otorgado no podrá ser devengado en un periodo superior a un año de otorgado”.

En la Sección V de los modelos aprobados por el INCOP, que contiene el Proyecto de Contrato, en la cláusula sexta “Forma de Pago”, el numeral 6.03, estipula:

“6.03.- La amortización del anticipo entregado se realizará conforme lo establecido en la Disposición General Sexta del reglamento general de la LOSNCP, según se establece en el numeral 1.12 (sic) (debe decir 3.12) de las condiciones generales de los pliegos que forman parte del presente contrato”.

De la Disposición General Sexta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de los modelos obligatorios aprobados por el INCOP se desprende que, al elaborar los pliegos para la respectiva contratación, en el modelo de contrato, la entidad contratante debía determinar la forma específica en que se amortizará el anticipo, pudiendo elegir entre las opciones que establecía la citada Disposición General Sexta del Reglamento General, esto es: amortizar el anticipo en las cinco primeras planillas o en el mismo ejercicio presupuestario en el que se hubiere efectuado la contratación; pero, en todo caso, el plazo máximo para amortizar el anticipo, no podía ser superior a un año desde que fue otorgado; es decir, desde que se efectuó su pago.

La opción que la entidad contratante hubiere elegido para amortizar el anticipo en cada caso, debía necesariamente constar en un cronograma que de conformidad con la citada Disposición General Sexta del Reglamento en análisis, es parte del contrato.

A partir de la reforma del 14 de junio de 2011, el texto de la Disposición General Sexta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el siguiente:

“SEXTA.- El anticipo entregado con ocasión de un contrato de obra celebrado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública será devengado proporcionalmente en las planillas presentadas hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado y constará de un cronograma que será parte del contrato”.

La reforma vigente desde el 14 de junio de 2011, ha ampliado el plazo máximo para que el anticipo se devengue, estableciendo que pueda ser hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado, según se hubiere determinado en el cronograma que debe ser parte del contrato. La citada reforma debe dar lugar a su vez, a la modificación de los modelos de pliegos de contratación por parte del INCOP, pues revisados los modelos de pliegos aprobados por ese Instituto, tanto en el Registro Oficial, como en la página del INCOP, consta que la última actualización se efectuó en agosto de 2010, que corresponde a la Resolución No. 44 del INCOP publicada en el Registro Oficial No. 254 de 10 de agosto de 2010.

Es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que: “Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados; la normativa aplicable a la gestión de dichos recursos será la que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado, con excepción de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República”.

El artículo 1510 del Código Civil, establece que: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla...”.

El numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, que establece el principio de irretroactividad de la ley, dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Toda vez que los reglamentos constituyen normas de aplicación general e integran el ordenamiento jurídico, están sujetos también al principio de irretroactividad.

Del análisis jurídico que precede se desprende, que el anticipo es un pago que se efectúa al contratista por cuenta del contrato, con recursos públicos que deben ser amortizados en su totalidad o restituidos a la entidad contratante en el evento en el que el contrato termine por causas distintas a su cumplimiento.

La forma en que se amortiza el pago del anticipo durante la ejecución del contrato, según la parte final del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde ser regulada por el Reglamento de esa Ley, cuyos artículos 139 y la Disposición General Sexta, determinan tanto la forma como el plazo máximo en que el anticipo debe ser totalmente amortizado por el contratista.

En cuanto se refiere a la forma o procedimiento de amortización del anticipo, según el citado artículo 139 del Reglamento, se debe efectuar en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo. Al efecto, la Disposición General Sexta del mismo Reglamento establece que en el contrato debe obligatoriamente constar un cronograma para la amortización del anticipo, que es parte del contrato.

En lo atinente al plazo para que el anticipo se amortice, se debe aplicar la Disposición General Sexta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente a la fecha de celebración del contrato, que como antes se concluyó establece un plazo máximo. Sin perjuicio de que la entidad contratante, de conformidad con el artículo 28 del citado Reglamento

General, determine en los pliegos de la respectiva contratación, el plazo para la amortización del anticipo y el respectivo cronograma, en función de sus características específicas, deberá sujetarse al plazo máximo establecido en la citada Disposición General Sexta del Reglamento.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 2934 de 22 de julio de 2011, sobre idéntica materia, la Procuraduría General del Estado concluyó que:

“Toda vez que la Disposición General Sexta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha sido materia de reforma, en aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas, establecido en el artículo 7 del Código Civil, se concluye que la reforma introducida por Decreto Ejecutivo No. 791, publicado en el Registro Oficial No. 469 de 14 de junio de 2011, que permite amortizar el anticipo hasta la terminación del plazo contractual, es aplicable a los contratos que se suscriban a partir de su promulgación”.

En el mismo pronunciamiento se agregó:

“Respecto de los contratos suscritos antes de la reforma de la Disposición General Sexta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como es el caso del contrato materia de consulta, se aplicará el texto anterior, incorporado por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1869, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 648 de 4 de agosto de 2009 y, por tanto, a falta de estipulación contractual específica, el anticipo se deberá amortizar en el plazo máximo de un año contado desde su pago.

En los dos casos, el cronograma para la amortización del anticipo debe constar en el contrato y forma parte de él”.

En el caso específico materia de consulta, los pliegos correspondientes a la licitación de obras No. FLOPEC-UNEMON-01-10, para la “Construcción del Muelle del Proyecto de almacenamiento de GLP en Monteverde, provincia de Santa Elena-Ecuador”, en las “Condiciones Generales”, numeral 3.12.3, que contienen idéntica previsión a la establecida en los modelos del INCOP, prevén que el anticipo no podrá ser devengado en un periodo superior a un año de otorgado y el numeral 7.03 de la cláusula séptima del contrato, que fue transcrita en los antecedentes de este pronunciamiento, estipula que: “La amortización total del anticipo entregado, se lo realizara (sic) descontando (el valor de anticipo dividido para doce) de las doce primeras planillas presentadas” conforme lo establecido en la Disposición General Sexta del reglamento general de la LOSNCP”, vigente a la fecha de celebración del contrato.

En atención a los términos de su consulta, considerando que el contrato suscrito entre FLOPEC y el Consorcio Belfi Ciport, fue firmado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, vigentes a la fecha de su suscripción, se concluye que la reforma posterior de la Disposición General Sexta del citado Reglamento que regula la amortización del anticipo ampliando su plazo, atenta su irretroactividad, no es aplicable a dicho contrato.

OF. PGE. N°: 03865, de 26-09-2011

ÁREAS VERDES: CONTRIBUCIÓN DEL PORCENTAJE POR SUBDIVISIÓN DE LOTES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“¿Cuándo se solicita una nueva subdivisión de un lote, resultante de una subdivisión anterior, la cual realizó las aportaciones globales de áreas verdes y comunales, es obligatorio volver a solicitar nuevos aportes de áreas verdes y comunales?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 264 num. 2.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. c), 55 lit. b), 57 lit. x), 424 y 470.

PRONUNCIAMIENTO:

Dentro de la documentación que se adjunta al oficio que contesto, consta el oficio No. 498-JRCU-2010 de 26 de agosto del 2011, suscrito por el Jefe de Regulación y Control Urbano, en el cual, con respecto al motivo de la consulta, manifiesta, que: “La pregunta surge cuando se fracciona un predio de una subdivisión anterior en la que ya han entregado el porcentaje de áreas verdes y comunales como por Ejm. El Sr. Lizardo Jaramillo subdividió su propiedad de 194.050 m² en seis lotes y deja un total de 40.051,10 m² de área verde y comunal, individualiza escrituras de cada uno de los lotes de la subdivisión aprobada mediante capitulaciones matrimoniales y presenta nuevamente la subdivisión de cada uno de los seis lotes, la división de estos lotes es un nuevo fraccionamiento,

entonces la consulta es, ¿Debe volver a dejar el porcentaje de acuerdo al Art. 424 del COOTAD?

Al oficio de consulta se anexa copia el oficio No. 0818-AJM-2011 de 9 de septiembre del 2011, que contiene el criterio jurídico de la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, encargada, quien, con fundamento en los artículos, 226 de la Constitución de la República, 424, 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, concluye manifestando en su informe que: “Debe respetarse las cantidades o porcentajes que dice la ley a entregarse a la Municipal y que de manera explícita dice el artículo en referencia “En toda urbanización y fraccionamiento del suelo...”, no establece de ninguna forma que en nuevas urbanizaciones y fraccionamientos del suelo no se entregarán los porcentajes que por ley deben darse a la Municipalidad; al referirse a “toda urbanización y fraccionamiento”, claramente establece la norma que en los nuevos trámites que por subdivisiones u otros que ingresen y que son de su competencia, deben entregarse los porcentajes del área útil del terreno urbanizado o fraccionado por expreso mandato legal”.

En el Art. 264 de la Constitución de la República, se señalan las competencias exclusivas de los gobiernos municipales sin perjuicio de otras que determine la ley; entre estas consta en el numeral 1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

En concordancia con la disposición constitucional citada, la letra c) del Art. 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece como atribución del gobierno autónomo descentralizado municipal: c) Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales”.

Entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el artículo 55 del indicado Código Orgánico prevé:

b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón”.

La facultad regulatoria sobre uso y ocupación del suelo, le corresponde al Concejo Municipal, al tenor del artículo 57 letra x) del COOTAD, que atribuye la competencia para: “x) Regular y controlar, mediante la normativa cantonal co-

respondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra”.

En armonía con la letra c) del artículo 54 del COOTAD, el artículo 424 del COOTAD, que motiva la presente consulta, prescribe: “En toda urbanización y fraccionamiento del suelo, se entregará a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Tales bienes de dominio y uso públicos no podrán ser cambiados de categoría. Dentro del rango establecido, no se considerarán a los bordes de quebrada y sus áreas de protección, riberas de los ríos y áreas de protección, zonas de riesgo, playas y áreas de protección ecológica”.

Agrega el artículo en mención que: “Se prohíbe todo tipo de exoneración a la contribución de áreas verdes y comunales, excepto en función del lote mínimo vigente según la planificación territorial, en cuyo caso se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral”.

De las últimas normas citadas se determina que la competencia de las Municipalidades en materia de regulación del uso y ocupación del suelo, está referida a todo el territorio del respectivo cantón, integrado por áreas urbanas y rurales, de conformidad con el artículo 264 numeral 1 de la Constitución de la República y los artículos 55 letras a y b), y 57 letra x) del COOTAD.

De dicha facultad regulatoria del uso del suelo por parte de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, nace la contribución establecida en el Art. 424 del COOTAD, de entregar el mínimo 10% y máximo 20% del área útil de terreno fraccionado. La indicada norma no se refiere a si dicha contribución debe efectuarse cada vez que se realice una subdivisión del mismo terreno.

Para efectos de inteligenciar la disposición legal antes citada, es necesario señalar que el presupuesto del artículo 424 del COOTAD, que origina la obligación de entregar un área de terreno a la municipalidad, es que un terreno sea objeto de urbanización o fraccionamiento con fines urbanísticos, lo que genera la obligación del propietario de entregar a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Es decir que por expresa disposición de la ley, el terreno sufre un menoscabo en el área útil del bien, afectando la propiedad particular, para atender a un interés superior como es el comunitario.

Dentro del contexto que queda anotado, de producirse un nuevo fraccionamiento o urbanización sobre terrenos que ya fueron objeto de la referida contribución por parte del mismo titular del dominio, existe una identidad del objeto que pretende afectarse con una nueva contribución y del sujeto obligado, por lo que es improcedente que la municipalidad imponga nuevamente esta obligación, puesto que ya fue cumplida.

Para ilustrar de mejor manera este aspecto, el libro Segundo del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, Título I, Capítulo III, Sección IV, en el Art. 43, relativo a los “Casos de habilitación de suelo en los que la contribución de áreas verdes y áreas para equipamiento comunal no son exigibles”, establece lo siguiente:

“No se exigirán las contribuciones de zonas verdes y áreas para equipamiento comunal en los siguientes casos:

a) Cuando los predios a habilitarse sean producto de divisiones anteriores en las cuales se haya contribuido con el diez por ciento (10%) para zonas verdes o áreas comunales, y cuyo titular de dominio sea el mismo propietario;”.

Cómo se aprecia del artículo en mención, el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, no exige el pago de la contribución en áreas verdes y comunales cuando ya se haya realizado dicha contribución como producto de divisiones anteriores y se trata del mismo titular del bien.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en el Art. 470 considera al fraccionamiento o subdivisión urbana, como “la división de terreno en dos a diez lotes con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto. La urbanización es la división de un terreno en más de diez lotes, de acuerdo con el régimen de propiedad horizontal y la ley de la materia”. Agrega el mencionado artículo que: “Se entenderá por reestructuración de lotes un nuevo trazado de parcelaciones defectuosas, que podrá imponerse obligatoriamente con alguno de estos fines: a) Regularizar la configuración de los lotes; y, b) Distribuir equitativamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación urbana”.

Cómo se observa, el artículo 470 del COOTAD, distingue entre fraccionamiento urbano y urbanización, según el número de lotes en que se divida el terreno y la aplicación del régimen de propiedad horizontal y la ley de la materia. La referida norma no establece que este tipo de fraccionamientos deba efectuarse exclusivamente en zonas urbanas, puesto que aún cuando el terreno materia de

la división se encuentre en una zona rural, si se ajusta a los presupuestos del artículo 470 del COOTAD, se trata de un fraccionamiento con fines urbanos o de urbanización.

En el caso que se menciona en el oficio de consulta, al subdividirse una propiedad en seis lotes, el propietario contribuyó en su oportunidad con el porcentaje correspondiente del total de la superficie del inmueble por concepto de área verde y comunal a favor del Municipio de Loja, dentro del máximo previsto en el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Por lo tanto, en contestación a los términos de la consulta planteada, de conformidad con el Art. 424 del COOTAD, cuando se solicita una nueva subdivisión de un lote de terreno que anteriormente fue subdividido y por el cual se realizó aportaciones globales de áreas verdes y comunales, cuando el titular del bien es el mismo, no cabe que el Municipio de Loja vuelva a solicitar nuevos aportes por tal concepto, por no estar establecida expresamente dicha atribución en el citado Art. 424 del COOTAD.

En todo caso, el Concejo Municipal de Loja, en aplicación del numeral 2 del Art. 264 de la Constitución de la República, y la letra b) del Art. 55, del COOTAD, que en igual tenor, disponen como atribución exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, el ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo del cantón, podría analizar la procedencia de redistribuir la contribución del porcentaje de áreas verdes y comunales realizado en la primera subdivisión, de manera que dichas áreas verdes y comunales guarden la debida proporcionalidad con la segunda subdivisión.

Para el efecto, el Municipio de Loja deberá reglamentar a través de la ordenanza respectiva, lo relativo a contribuciones en áreas verdes y comunales en terrenos urbanizados o fraccionados.

OF. PGE. N°: 04294, de 17-10-2011

ÁREAS VERDES: PORCENTAJE DE CONTRIBUCIÓN PARA FRACCIONAMIENTOS DE SUELO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE BAÑOS DE
AGUA SANTA

CONSULTAS:

1. “¿Qué debemos entender como área útil de terreno?”
2. “¿El porcentaje de áreas verdes y comunales debe exigirse para los fraccionamientos de suelo, tanto en áreas urbanas como en áreas rurales?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264 num. 1.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. c), 55 lits. a), b), 57 lit. x) y 466.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 44 lit. b).
Normas de Arquitectura y Urbanismo de Quito R. O. N! 83 de 24-10-2008 Art. 295.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Procurador Sindico de esa Municipalidad, respecto a esta consulta, emite su criterio que consta en el oficio No. AJ-760-2011 de 13 de septiembre de 2011, y expresa que: “En lo que tiene relación a las áreas útiles de los terrenos considero que la aplicabilidad de esta norma, debe ser realizada en función del uso del suelo, ya que determinados terrenos son 100% útiles para la agricultura pero no son útiles para realizar una construcción”.

El Art. 264 de la Constitución de la República, entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales sin perjuicio de otras que determine la ley, en el numeral 1 le señala planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

La letra c) del Art. 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, le faculta: “Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales”.

El Art. 55 del mismo Código Orgánico, en la letra a) entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal, le dispone planificar junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad; en la letra b) le señala ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

Entre las atribuciones del concejo municipal, en la letra a) del Art. 57 del COOTAD, le corresponde el ejercicio de la facultad normativa en las materias de su competencia, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones; en la letra e) le faculta aprobar el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del concejo cantonal de planificación y las instancias de participación ciudadana, así como evaluar su ejecución y el mismo artículo, le dispone en la letra x) regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia y establecer el régimen urbanístico de la tierra.

De las normas citadas se desprende que entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales consta la planificación del desarrollo cantonal con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural; estando facultados los municipios para establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, determinando las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o fraccionamiento; así como regular y controlar mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón.

El Art. 466 del COOTAD, respecto de las atribuciones en el ordenamiento territorial, dispone que corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, por lo cual los planes y políticas de ordenamiento territorial de este nivel racionalizarán las intervenciones en el territorio de los gobiernos autónomos descentralizados. Agrega en el inciso segundo que el plan de ordenamiento territorial orientará el proceso urbano y territorial del cantón o distrito para lograr un desarrollo armónico, sustentable y sostenible, a través de la mejor utilización de los recursos naturales, la organización del espacio, la infraestructura y las actividades conforme su impacto físico, ambiental y social con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes y alcanzar el buen vivir.

De la norma del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que antecede, se desprende que corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales el control sobre el uso y ocupación del suelo en el respectivo cantón. Así mismo se determina en la norma mencionada que el plan de ordenamiento territorial orientará el proceso urbano y territorial del cantón mediante la utilización de los recursos, la organización del espacio, la infraestructura conforme su impacto físico, ambiental y social.

La letra b) del Art. 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe lo siguiente:

“Art. 44. b).- Los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital definirán y regularán el uso y ocupación del suelo que contiene la localización de todas las actividades que se asiente en el territorio y las disposiciones normativas que se definan para el efecto.

Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón. Las decisiones de ordenamiento territorial de este nivel, racionalizarán las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados.

Los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital no confieren derechos sino en virtud de las estipulaciones expresas constantes en la Ley y en la normativa de los gobiernos autónomo descentralizados municipales y distritales.

Respecto de los planes de ordenamiento territorial cantonales y/o distritales se aplicarán, además, las normas pertinentes previstas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)”.

De la norma del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que antecede, se desprende que los planes de ordenamiento territorial cantonal, definirán y regularán el uso y ocupación del suelo, correspondiéndole exclusivamente a los municipios, la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, cuyos planes de ordenamiento territorial se regirán por las disposiciones pertinentes del COOTAD.

Respecto al tema específico de su consulta, debo manifestarle que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no define el significado de “Área Útil de Terreno”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas define el término “Área” como la medida de superficie/espacio de terreno que ocupa un edificio”. (Tomo I- Pág. 356- Editorial Heliasta- Buenos Aires- 1997)

En cuanto al término “Útil” el mencionado Diccionario señala que: “En lo inmobiliario se refiere a la propiedad dividida, con respecto a la que goza y disfruta directamente de la cosa”. (Ibídem Tomo VIII – Pág. 290)

Guillermo Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico citado, define la acepción “Terreno” (“Edificado”) como: “Todo aquel en que se halle un edificio o construcción; y principalmente, en poblado y en superficie de alguna consideración con respecto a extensión total, sin perjuicio de amplios jardines o parques”. (Tomo VIII- Pág. 53).

A manera de ilustración, cabe resaltar que las Normas de Arquitectura y Urbanismo de Quito expedidas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, mediante la Ordenanza Municipal No. 3746, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 83 de 24 de octubre de 2008, Sección 5ta. “Definiciones”, en el Art. 295 determinan que área útil de construcción o área computable, son los espacios destinados a diferentes usos y actividades que se contabilizan en el cálculo de los coeficientes de ocupación. Se establece que no son parte de las áreas útiles los espacios abiertos en general, ni los patios de servicios abiertos, terrazas descubiertas, estacionamientos descubiertos, áreas comunales abiertas, pozos de iluminación y ventilación.

Las mencionadas Normas en el Art. 295 citado, definen el área útil (neta) urbanizable, como: “El resultado de descontar del área bruta urbanizable del terreno, las áreas de vías o pasajes, las áreas correspondientes a afectaciones de vías y derechos de vías, áreas de protección de quebradas, ríos, las áreas de protección especial: oleoductos, poliductos, líneas de alta tensión, canales de aducción a centrales hidroeléctricas, acueductos y canales de riego”.

Por lo expuesto, de conformidad con los Artículos 264 numeral 1 de la Constitución de la República, 54 letra c) y 57 letra x) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales les atribuyen la de planificar el desarrollo cantonal, establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, determinando las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento, así como regular y controlar mediante la normativa cantonal el uso del suelo en el territorio del cantón, se concluye que es competencia de la Municipalidad de Baños de Agua Santa determinar mediante ordenanza qué comprende el área útil de terreno que deberá considerarse dentro de

la regulación y control del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, acorde con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales.

2. Respecto del tema de su consulta, debo manifestarle que esta Procuraduría se ha pronunciado a través de los oficios Nos. 03486, 03487 y 03488 de 1 de septiembre de 2011, cuyas copias anexo, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre el particular.

OF. PGE. N°: 04642, de 09-11-2011

**BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, FUNDACIÓN MALECÓN 2000 Y
MINISTERIO DE CULTURA: COMPETENCIA PARA EL
PAGO DE VALORES POR DERECHOS DE USO DE SUELO,
INSTALACIONES, EQUIPOS Y TRANSFERENCIA**

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. ¿Es procedente que el Banco Central del Ecuador asuma el costo total del derecho de Uso de Suelo y de la Edificación del Centro Cultural Libertador Simón Bolívar, anteriormente Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo del Banco Central del Ecuador, adquirido mediante contrato celebrado el 23 de diciembre de 1998, ante el Notario Público Trigésimo Segundo del cantón Guayaquil, por el monto de USD 10'000,000.00, con una vigencia de 99 años contados a partir del 30 de marzo de 1998, una vez que la Ley Reformativa a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en su Disposición General Cuarta, inciso sexto, manda que el Banco Central del Ecuador transfiera todos los bienes culturales y no culturales y derechos que formen parte de su gestión cultural a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura?.

2. De no ser procedente, ¿Dichos valores que fueron pagados de manera anticipada por el Banco Central del Ecuador a la Fundación Malecón 2000, deben ser asumidos por el Ministerio de Cultura y, por tanto, esa Cartera de Estado debe pagar al Banco del Ecuador esos valores por ser beneficiaria de la cesión del contrato de Derecho de Uso de Suelo y la Edificación del Centro Cultural Libertador Simón Bolívar?.

3. ¿ Es procedente que el Banco Central del Ecuador asuma el costo total del derecho de uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía de la Edificación, adquirido mediante contrato celebrado el 24 de julio de 2000, ante la Notaria Pública Suplente Trigésima Primera Natacha Roura Game, por el monto de USD 9'923.012.00, con una vigencia de 99 años contados a partir del 30 de marzo de 1998, una vez que la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en su Disposición General Cuarta, inciso sexto, manda que el Banco Central del Ecuador debe transferir todos los bienes culturales y no culturales y derechos pertenecientes a su gestión cultural a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura?.

4. De no ser Procedente, ¿Dichos valores que fueron pagados de manera anticipada por el Banco Central del Ecuador a la Fundación Malecón 2000, deben ser asumidos por el Ministerio de Cultura y, por tanto, esa Cartera de Estado debe pagar al Banco Central del Ecuador esos valores por ser beneficiaria de la cesión del contrato de derecho de uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía de la Edificación?.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 58.

Código Civil Arts. 583, 597, 1625 y 1628.

Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado Arts. 84 lit. i) y Disp. General Cuarta.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público Art. 57.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. El informe jurídico del Banco Central del Ecuador, contenido en oficio No. AL-ULC-340-I de 2 de mayo de 2011, expone que mediante Ley Especial No. 122, publicada en el Registro Oficial No. 3789 de 7 de agosto de 1998, denominada Ley Especial para la Construcción del Museo del Banco Central del Ecuador en la ciudad de Guayaquil, se autorizó a esa entidad financiera pública a suscribir en forma directa con la Fundación Malecón 2000, el contrato para la construcción de la citada edificación.

Agrega que al amparo de dicha Ley, mediante escritura pública de 23 de diciembre de 1998, otorgada ante el Notario Trigésimo Segundo del Cantón Guayaquil, instrumento cuya copia certificada ha sido remitida a pedido nuestro, el Banco Central del Ecuador suscribió con la Fundación Malecón 2000, el Contrato de Concesión de Derecho de Uso del Suelo y Edificación, por el cual la Fundación Malecón 2000 concede el derecho de uso del inmueble materia del contrato a favor del Banco Central del Ecuador, para ser destinada en forma total y exclusiva

al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador en Guayaquil, según consta de la Cláusula Quinta referida al objeto contractual, por el precio de USA \$ 10'000,000 y plazo de 99 años contados a partir del 30 de marzo de 1998, estipulados en ese contrato.

Añade que la Disposición General Cuarta de Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 40 de 5 de octubre de 2009, establece que el Banco Central del Ecuador debe transferir todos los bienes culturales y no culturales y derechos que formen parte de la gestión cultural del Banco Central, a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura.

Sobre dicha base normativa, el Asesor Legal del Banco Central del Ecuador argumenta que: “con la vigencia de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el citado plazo (para ejercer el derecho de uso de la edificación del Centro Cultural Libertador Simón Bolívar anteriormente Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo del Banco Central del Ecuador) se vio interrumpido, pues de conformidad con la Disposición General Cuarta de la citada Ley, que disponía que el Banco Central del Ecuador debía traspasar todas sus actividades culturales al Ministerio de Cultura hasta el 5 de octubre de 2010, éste trasladó a esa Cartera de Estado tanto el personal que laboraba en el Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo en la ciudad de Guayaquil, como los bienes muebles dedicados a su gestión cultural, con lo cual la Entidad dejó de realizar actividades culturales en el citado Museo, restando por definir el procedimiento a seguir con el contrato de uso de suelo y edificación...”.

Concluye el informe jurídico que “una vez que el Banco Central del Ecuador, en cumplimiento del inciso sexto de la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, transfiera la titularidad de los Derechos de Uso de Suelo y Edificación que tiene sobre el inmueble en el cual funciona el Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo de Guayaquil al Ministerio de Cultura, transfiera también la obligación de asumir el pago por dicho derecho a la Fundación Malecón 2000, a partir del 5 de octubre de 2010 y, por consiguiente, reponga al Banco Central del Ecuador el valor correspondiente a los 86 años de derecho de uso de suelo y edificación por los cuales éste realizó el pago anticipado, salvo que, a criterio del señor Procurador General del Estado, le sea aplicable al presente caso, el inciso quinto de la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario publicada que a la letra manda: “Los contratos celebrados por el Banco Central del Ecuador con terceros, para la ejecución de actividades culturales y sociales serán válidos y sus cláusulas serán de estricto cumplimiento por las partes firmantes, hasta su vencimiento a menos que surja una causal de rescisión de contrato”.

Por su parte, el criterio jurídico del Ministerio de Cultura, contenido en oficio No. 156-MC-DAJ-2011 de 9 de junio de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica, remitido como anexo al oficio de la Ministra de Cultura No. 0957-MC-DM-11 de 14 de junio de 2011, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, expone:

“De acuerdo con lo citado en la consulta formulada por el Banco Central, se colige que para poder construir y mantener las instalaciones del denominado Centro Cultural Libertador Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, se ha firmado un contrato entre dicha Entidad y la Fundación Malecón 2000, el cual genera derechos como el de uso de suelo y edificación por el plazo allí consignado, para lo cual se ha efectuado una erogación conforme a las estipulaciones contenidas en tal instrumento contractual; es decir, no se trata de un contrato de arriendo o de otra naturaleza, que por efectos de la ley se vea terminado o rescindido, sino que se trata de una subrogación de derechos que mantiene el Banco Central para ser transferidos a favor del Ministerio de Cultura y, que en el caso específico de contratos la Disposición General Cuarta en su inciso quinto dispone que éstos son válidos y se mantendrán vigentes hasta su vencimiento, teniendo que la Ley no menciona en absoluto, que la transferencia de los bienes y derechos materia de análisis, signifique pago o compensación de ninguna naturaleza por parte de esta Cartera de Estado”.

Sobre dicha base, el Asesor Jurídico del Ministerio de Cultura concluye que: “Si bien el Banco Central del Ecuador, ha cancelado a la Fundación Malecón 2000 de manera anticipada el valor del contrato materia de consulta; con la transferencia de los bienes culturales y no culturales que está obligado a efectuar a favor del Ministerio de Cultura en cumplimiento de la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, éste debe también transferir la titularidad de los Derechos de Uso de Suelo y Edificación que tenía sobre el inmueble en el cual funciona el Centro Cultural Libertador Simón Bolívar, así como las obligaciones futuras que provengan de su funcionamiento; teniendo en consecuencia, que el Ministerio de Cultura, nada tiene que cancelar al Banco Central por el pago anticipado realizado, ya que como lo señalo, la transferencia se la debe efectuar por mandato de ley”.

De la copia certificada del contrato de concesión de derecho de uso de suelo y edificación, celebrado el 23 de diciembre de 1998, entre el Banco Central del Ecuador y la Fundación Malecón 2000, suscrito ante el Notario Trigésimo Segundo del Cantón Guayaquil, se desprende que su objeto, según la cláusula quinta, fue estipulado en los siguientes términos:

“QUINTA.- OBJETO.- En base a los antecedentes expuestos, la Fundación Malecón 2000 otorga al Banco Central del Ecuador el derecho de Uso del Suelo y de la Edificación a ser construida por aquella, para ser destinada en forma total y exclusiva al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, en la ciudad de Guayaquil, para lo cual el Banco Central del Ecuador entrega diez millones de dólares, conforme se estipula en la cláusula siguiente”.

La cláusula sexta del mismo contrato, prevé que: “El Banco Central del Ecuador pagará a la Fundación Malecón 2000, por el derecho de uso del Suelo y el derecho de uso total y exclusivo de la Edificación destinada al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, la suma de US\$10'000.000,00 (Diez millones de dólares de los Estados Unidos de América)”. La misma cláusula estipula la forma de pago, mediante abonos a ser cancelados en las fechas establecidas en dicho contrato; respecto del último abono, según la citada cláusula, el plazo de pago venció el 15 de julio del 2001.

La cláusula séptima estipula: “VIGENCIA: El derecho al uso del edificio destinado en forma total y exclusiva al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador en la ciudad de Guayaquil y de los sectores adyacentes al mismo, que mediante este contrato le otorga la Fundación Malecón 2000, tendrá una vigencia de noventa y nueve años, contados a partir del treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho, fecha en la que se inscribió en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el contrato de comodato celebrado entre la Municipalidad de Guayaquil y la Fundación Malecón 2000. En tal virtud, concluido el plazo del Comodato, referido en el párrafo precedente se dará por terminado el presente contrato, revertiéndose suelo y edificio a la Muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil, en la que se consolidará el dominio sin lugar a reclamo o indemnización de ninguna especie a favor del Banco Central del Ecuador”.

La cláusula novena prevé la obligación de la Fundación Malecón 2000, de construir el edificio destinado al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador y cuyo derecho de uso se otorgó por ese instrumento.

La cláusula décimo primera estipula las causas de terminación del contrato, que son las siguientes: “a) Por cumplimiento de las obligaciones contractuales, b) Por haber fenecido el plazo estipulado en la cláusula séptima precedente; y, c) Por incumplimiento de la Fundación Malecón 2000, a cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato”.

De las cláusulas citadas se desprende que el contrato suscrito el 23 de diciembre de 1998, entre el Banco Central del Ecuador y la Fundación Malecón 2000,

tuvo por objeto conceder al Banco Central del Ecuador, el derecho de uso de la edificación destinada al funcionamiento del Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo del Banco Central del Ecuador, actual Centro Cultural Libertador Simón Bolívar, por el plazo de 99 años, contados desde el 30 de marzo de 1998 según la cláusula séptima; y, que al efecto, el Banco Central del Ecuador efectuó el pago de USA \$10.000.000 a la Fundación Malecón 2000, en la forma prevista en la cláusula sexta. Del tenor de la consulta se desprende que el Banco Central del Ecuador efectuó el pago estipulado en la cláusula sexta del contrato, en su totalidad.

Con respecto al traspaso de las actividades culturales del Banco Central del Ecuador al Sistema Nacional de Cultura, la Disposición General Cuarta de la Ley Reformativa a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 40 de 5 de octubre del 2009, sobre cuya aplicación trata su consulta, prescribe:

“CUARTA.- Se crean dos comisiones especiales: Una para definir políticas y supervisar el traslado de las actividades culturales del Banco Central del Ecuador al Sistema Nacional de Cultura, liderada por el Ministerio de Cultura y otra comisión para similares propósitos en lo que corresponda al traspaso del Programa del Muchacho Trabajador, dirigida por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, quienes en su ámbito, deberán definir el proceso de traspaso de actividades culturales y sociales que desarrolla el Banco Central del Ecuador, hasta un año después de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial. Las comisiones especiales en un lapso no mayor de ocho (8) días, presentarán al Directorio sus propuestas de organización y administración internas en base de esta Ley.

Todo el personal del Banco Central del Ecuador que forme parte de las direcciones culturales regionales y del Programa del Muchacho Trabajador, así como el personal permanente contratado en dichas oficinas, que hayan laborado por más de dos años consecutivos en el Banco Central del Ecuador o que estén laborando para la institución, formarán parte de las instituciones correspondientes que definan las comisiones especiales, mediante los procedimientos legales, bajo las escalas salariales establecidas por la SENRES. Se establecerán los mecanismos legales y operacionales para que no se afecten voluntaria o involuntariamente los derechos laborales.

Las comisiones especiales presentarán en sesenta días, las proformas presupuestarias correspondientes al año 2010.

Todos los derechos y obligaciones de personas naturales o jurídicas, así como prestaciones o créditos en beneficio de las actividades culturales y sociales del

Banco Central del Ecuador, quedan obligados al cumplimiento pecuniario o en especie según fuere el caso con respecto a la ejecución de tales derechos y obligaciones.

Los contratos celebrados por el Banco Central del Ecuador con terceros, para la ejecución de las actividades culturales y sociales serán válidos y sus cláusulas serán de estricto cumplimiento por las partes firmantes, hasta su vencimiento a menos que surja una causal de rescisión de contrato.

Hasta el 31 de julio de 2010, se transferirán todos los bienes culturales y no culturales y derechos pertenecientes al Banco Central del Ecuador que formen parte de la gestión cultural del Banco Central, a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura, con excepción del Museo Numismático y la Biblioteca económica.

El 31 de julio de 2010, se transferirán todos los bienes y derechos pertenecientes al Banco Central del Ecuador que formen parte de la gestión del Programa del Muchacho Trabajador, al Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Durante la transferencia se considerarán criterios técnicos para la elaboración de los inventarios que precautelen las reservas arqueológicas y demás bienes culturales en el marco de la Constitución y de la Ley de Patrimonio Cultural”.

De la norma transcrita se desprende que, el sexto inciso dispone en forma específica la transferencia de derechos que formen parte de la gestión cultural del Banco Central, a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura, por lo que no existe duda sobre la procedencia de que se efectúe la transferencia de los derechos de uso del que el Banco Central del Ecuador es titular, en virtud del contrato celebrado con la Fundación Malecón 2000 el 23 de diciembre de 1998, sobre el que tratan sus consultas.

En oficio No. SE-1282-2010 de 14 de mayo de 2010, el Banco Central del Ecuador formuló a este Organismo una consulta también relacionada con la aplicación de la Disposición General Cuarta de la Ley Reformativa a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que ordena el traslado de las actividades culturales del Banco Central del Ecuador al Sistema Nacional de Cultura. Dicha consulta estuvo referida específicamente a la instrumentación de la transferencia de bienes inmuebles y fue atendida mediante el pronunciamiento contenido en el oficio No. 15112 de 6 de julio de 2010, en el que concluí:

“...la transferencia de los bienes que forman parte de la gestión cultural del Banco Central del Ecuador a la entidad del Sistema Nacional de Cultura que establez-

ca el Ministerio de Cultura, tiene origen en la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y por tanto por su carácter especial no contraviene la prohibición general establecida en la letra i) del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que impide al Banco Central conceder ayudas o donaciones en beneficio de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada.

El mecanismo para instrumentar la transferencia de bienes del Banco Central al Ministerio de Cultura, es el previsto en el segundo inciso del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, esto es donación, es decir transferencia de dominio a título gratuito, que en cuanto se refiere a inmuebles se sujetará al procedimiento establecido en el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que exonera de la obtención de insinuación judicial a las donaciones que se efectúen entre instituciones del Estado”.

Las actuales consultas del Banco Central del Ecuador, están referidas no a la transferencia de inmuebles, sobre las que trató el pronunciamiento referido en el párrafo anterior, sino respecto de la transferencia del derecho de uso del que es titular el Banco Central del Ecuador, sobre el inmueble edificado y los equipos instalados en dicha edificación, destinados al funcionamiento del Centro Cultural Libertador Simón Bolívar del Banco Central del Ecuador en Guayaquil, en el marco del Proyecto Malecón 2000; y, tiene por objeto determinar si el pago que esa institución financiera efectuó en forma anticipada y por todo el tiempo por el que le fue concedido el derecho de uso instrumentado en dichos contratos, debe ser restituido por el Ministerio de Cultura al efectuarse la transferencia de dicho derecho.

El artículo 1625 del Código Civil dispone que: “Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de convención con el acreedor”.

En concordancia, el artículo 1628 del Código Civil prevé que “La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda...”.

En la especie, la transferencia de bienes y derechos relacionados con la gestión cultural del Banco Central del Ecuador, en beneficio del Sistema Nacional de Cultura, está prescrita en forma expresa por la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, norma que

ha previsto también que los contratos celebrados por el Banco Central del Ecuador con terceros, para la ejecución de las actividades culturales y sociales serán válidos y sus cláusulas serán de estricto cumplimiento por las partes firmantes, hasta su vencimiento.

Con respecto a los derechos y obligaciones provenientes de contratos celebrados por el Banco Central del Ecuador para la ejecución de las actividades culturales, el quinto inciso de la Disposición General Cuarta de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, establece que dichos contratos y por tanto los derechos y obligaciones que de ellos se deriven, se cumplan hasta su vencimiento, salvo que existiera una causa de rescisión.

Por tanto, los derechos y obligaciones derivados de los contratos celebrados entre el Banco Central del Ecuador y la Fundación Malecón 2000, deben continuar ejecutándose en la forma estipulada en dichos instrumentos, produciéndose en consecuencia una subrogación legal, en los términos que establecen los artículos 1625 y 1628 del Código Civil, por la que el Ministerio de Cultura ocuparía el lugar del Banco Central del Ecuador en la relación contractual de ésta institución financiera pública con la Fundación Malecón 2000, por la que ésta última le confirió el derecho de uso de la edificación destinada al funcionamiento del Museo del Banco Central en Guayaquil.

La Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, no ha establecido el título por el que debe efectuarse la transferencia de bienes y derechos de la gestión cultural que debe realizar el Banco Central en beneficio del Sistema Nacional de Cultura, por lo que corresponde atender a la naturaleza de los bienes y derechos objeto de la transferencia.

En mi pronunciamiento contenido en oficio No. 15112 de 6 de julio de 2010, al que se hizo referencia en los antecedentes del presente, que trató sobre la transferencia de bienes, se concluyó que el mecanismo para instrumentar dicha transferencia es el previsto en el segundo inciso del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, esto es donación, es decir transferencia de dominio a título gratuito.

Idéntico criterio es aplicable al tema actual materia de sus consultas, pues los derechos son bienes incorpóreos en los términos del artículo 583 del Código Civil, que se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, según el artículo 597 íbidem.

En consecuencia, la transferencia del derecho de uso de la edificación destinada al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, que es el objeto

del contrato celebrado entre la Fundación Malecón 2000 y el Banco Central del Ecuador el 23 de diciembre de 1998, ordenada por la Disposición General Cuarta de la citada Ley Orgánica Reformatoria de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, al estar referida a derechos constituidos sobre un inmueble, debe observar el procedimiento del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, que prescribe:

“Art. 57.- Concepto.- Traspaso es el cambio de asignación de un bien mueble o inmueble que se hubiere vuelto innecesario o inútil para una entidad u organismo en favor de otro, dependiente de la misma persona jurídica, que lo requiera para el cumplimiento de sus fines, como en el caso de los ministerios de Estado o sus dependencias.

Cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia de dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación”.

Al tratarse de una transferencia de derechos dispuesta por la ley, en virtud de ella se produce también la subrogación de la institución del Sistema Nacional de Cultura que el Ministerio de Cultura determine, en los derechos de uso provenientes del referido contrato, de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil.

En atención a los términos de su primera y segunda consultas se concluye que el Banco Central del Ecuador asumió el costo total del derecho de Uso de Suelo y de la Edificación del Centro Cultural Libertador Simón Bolívar, anteriormente Museo Antropológico y de Arte Contemporáneo del Banco Central del Ecuador, al haber celebrado el contrato suscrito con la Fundación Malecón 2000, el 23 de diciembre de 1998, ante el Notario Público Trigésimo Segundo del cantón Guayaquil, por el monto de USD 10'000,000.00, con una vigencia de 99 años contados a partir del 30 de marzo de 1998. En consecuencia, toda vez que la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en su Disposición General Cuarta, inciso sexto, manda que el Banco Central del Ecuador transfiera todos los bienes culturales y no culturales y derechos que formen parte de su gestión cultural a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura, corresponde efectuar la transferencia del derecho de uso de la edificación en que funciona el Museo del Banco Central del Ecuador en Guayaquil, proveniente del referido contrato, mediante donación.

Por tanto, siendo una transferencia de derechos, a título gratuito, los valores que fueron pagados de manera anticipada por el Banco Central del Ecuador a la Fundación Malecón 2000, por concepto de los derechos de uso de la edificación destinada al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, no deben

ser asumidas por el Ministerio de Cultura, que al subrogar al Banco Central en el contrato suscrito adquiere las obligaciones de dicho contrato, en el estado en que se encuentren.

3 y 4. El 24 de julio del año 2000, mediante escritura otorgada ante el Notario Trigésimo Primero del Cantón Guayaquil, cuya copia certificada ha sido remitida a pedido nuestro, el Banco Central del Ecuador y la Fundación Malecón 2000, celebraron el contrato, cuyo objeto según su cláusula quinta fue estipulado en los siguientes términos:

“... la Fundación Malecón Dos Mil otorga al Banco Central del Ecuador, el Derecho de uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía, a ser construidos e incorporados en la edificación cuyo uso le fue concesionado para el funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, dentro del proyecto Malecón Dos Mil en la ciudad de Guayaquil, en virtud del contrato celebrado el día veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho...”

Según la cláusula sexta del contrato, el Banco Central del Ecuador pagó a la Fundación Malecón 2000, por el derecho de uso, la suma de USA \$9'923.012; y el plazo de vigencia del derecho de uso de fue de 99 años “contados a partir del 30 de marzo de mil novecientos noventa y ocho...”

El 05 de octubre del año 2001, las mismas partes suscribieron un adéndum al contrato referido en los párrafos precedentes, que tuvo por objeto modificar la forma de pago prevista en el referido contrato. Copia certificada del adéndum ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento.

Al tema que motiva sus consultas tercera y cuarta, referidas a la transferencia del derecho de uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía, construidos e incorporados en la edificación cuyo uso le fue concesionado para el funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, dentro del proyecto Malecón Dos Mil en la ciudad de Guayaquil, es aplicable idéntico criterio al expresado al absolver sus dos consultas anteriores, referidas a la transferencia del derecho de uso respecto de la citada edificación.

En consecuencia, se concluye que la transferencia del derecho de Uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía, construidos e incorporados en la edificación destinada al funcionamiento del Museo del Banco Central del Ecuador, dentro del proyecto Malecón Dos Mil en la ciudad de Guayaquil, es una transferencia ordenada por la Disposición General Cuarta de la citada Ley Orgánica Reformatoria de la Ley de Régimen Monetario y

Banco del Estado, para cuya instrumentación se debe observar el procedimiento de donación de conformidad con el artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

Toda vez que la transferencia de derechos de la gestión cultural del Banco Central del Ecuador al Sistema Nacional de Cultura fue dispuesta por la Cuarta Disposición General de la Ley Reformativa de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que fue transcrita en los antecedentes de este pronunciamiento, en virtud de ella se produce la subrogación del Ministerio de Cultura en los derechos de uso provenientes del referido contrato, de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil.

En atención a los términos de su tercera y cuarta consultas se concluye que el costo total del derecho de Uso de los Acabados Interiores, Equipos, Instalaciones, Equipamiento y Museografía de la Edificación construida para ser destinada al funcionamiento del Muso del Banco Central del Ecuador en Guayaquil, objeto del contrato celebrado el 24 de julio de 2000, fue asumido por el Banco Central del Ecuador, en los términos en que dicho contrato fue suscrito, esto es por el monto de USD 9'923.012.00, con una vigencia de 99 años contados a partir del 30 de marzo de 1998.

En consecuencia, toda vez que la Ley Reformativa a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en su Disposición General Cuarta, inciso sexto, manda que el Banco Central del Ecuador transfiera todos los bienes culturales y no culturales y derechos que formen parte de su gestión cultural a la institución del Sistema Nacional de Cultura que establezca el Ministerio de Cultura, corresponde efectuar la transferencia del derecho de uso proveniente del referido contrato, mediante donación, de conformidad con el segundo inciso del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público. Y, por tratarse de una transferencia de derechos, a título gratuito, los valores que fueron pagados de manera anticipada por el Banco Central del Ecuador a la Fundación Malecón 2000, por concepto de los derechos de uso, no deben ser asumidos por el Ministerio de Cultura, que al subrogar al Banco Central en el contrato suscrito adquiere las obligaciones de dicho contrato, en el estado en que se encuentren.

OF. PGE. N°: 03452, de 30-08-2011

BANCO DEL PACÍFICO: NATURALEZA JURÍDICA, TRANSFERENCIA DE ACCIONES Y ACTIVIDADES OPERATIVAS DE UNA EMPRESA PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PROVINCIAL DE VIVIENDA EP.

CONSULTA:

“¿Siendo el Banco Central del Ecuador el único accionista del Banco del Pacífico S.A., podría considerarse el indicado Banco dentro de la banca pública; y si está dentro de esa categoría la Empresa Provincial de Vivienda EP, podría efectuar todas las actividades operativas de una Empresa Pública con esa Institución Bancaria?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226, 292, 299 y 425.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Disp. Trans. Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 34, 77, 161m y 162.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 3.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Art. 3.

Código Civil Art. 1957.

D. E. N° 941 Art. 1 y Disp. Trans.

PRONUNCIAMIENTO:

El oficio que contiene la consulta expone que mediante Ordenanza No. 003-HCPP-2010, el Consejo Provincial de Pichincha creó la Empresa Provincial de Vivienda EP, cuyo objeto, según el artículo 2 de dicha Ordenanza, es la planificación, construcción y comercialización de proyectos y programas de vivienda social en la Provincia de Pichincha.

Añade que: “En conocimiento de que el Banco del Pacífico S.A., tiene como único accionista al Banco Central del Ecuador, sin embargo, continúa siendo una Sociedad Anónima, se hace necesario determinar si una empresa pública podrá efectuar sus actividades operativas bancarias con esa entidad bancaria privada”.

Por su parte, el informe jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. 257-MM-DJ-EPV-2011 de 13 de octubre de 2011, cita el artículo 299 de la Constitución de la República, que dispone que los recursos públicos se manejarán en la banca pública; y, el artículo 226 *ibídem*, que prevé: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”.

Sobre dicha base, el informe jurídico concluye que es: “de importancia financiera para la Empresa Provincial de Vivienda EP., o de cualquier otra Empresa Pública, que se determine claramente la situación operativa del Banco del Pacífico S.A., si en su condición de tener como único accionista al Banco Central del Ecuador, puede calificarse como banca pública o privada y si a través de esa Institución bancaria se puede efectuar todas las actividades operativas de la Empresa”.

De la Ordenanza No. 003-HCPP-2010, publicada en el Registro Oficial No. 146 de 9 de marzo de 2010, se desprende que la Empresa Provincial de Vivienda EP, es una persona jurídica de carácter público que asumió la administración y operación de la sociedad anónima “compañía de Vivienda Provincial COVIPROV S.A., que se constituyó como empresa pública en aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuerpo normativo al que se halla sujeta dicha empresa.

El artículo 299 de la vigente Constitución de la República, que ha citado el informe jurídico de la empresa pública consultante, dispone que: “El Presupuesto General del Estado, se gestionará a través de una Cuenta Única del Tesoro Nacional abierta en el Banco Central, con las subcuentas correspondientes”. El inciso final de esa norma, prescribe que: “Los recursos públicos se manejarán en la banca pública, de acuerdo con la Ley”.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que: “Los recursos públicos se manejarán a través de la banca pública, considerando en lo pertinente, las respectivas normas técnicas y las capacidades de gestión de las entidades que conforman la banca pública. El cobro, pago o transferencia de dichos recursos se podrá realizar a través de otras entidades financieras”.

El artículo 292 de la Carta constitucional define al Presupuesto General del Estado como “el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”.

Por su parte, el inciso final del artículo 34 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo.

Si bien de conformidad con el artículo 77 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas “No se consideran parte del Presupuesto General

del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”; el artículo 101 *ibídem*, prescribe que: “En la formulación de las proformas presupuestarias del sector público, incluidas las de las empresas públicas, gobiernos autónomos descentralizados, banca pública y seguridad social, “se observarán obligatoriamente las normas técnicas, directrices, clasificadores y catálogos emitidos por el ente rector del SINFIP”.

El artículo 161 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece el Sistema Único de Cuentas, conformado por la Cuenta Única del Tesoro Nacional; las subcuentas de los gobiernos autónomos descentralizados; las cuentas de la Seguridad Social; las cuentas de las empresas públicas; y, las cuentas de la banca pública; y, dispone que su operatividad constará en el reglamento.

Con respecto a la recaudación de ingresos públicos, las Normas de Control Interno, expedidas por Acuerdo de la Contraloría General del Estado, en el cuarto inciso del acápite 403-01, prevén que: “La recaudación de los recursos públicos podrá hacerse de manera directa o por medio de la red bancaria privada. En ambos casos se canalizará a través de las cuentas rotativas de ingresos abiertas en los bancos corresponsales”.

Con respecto a las cuentas rotativas de ingresos, la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Finanzas No. 447, dispone:

“4.4.4 CUENTAS EN BANCOS CORRESPONSALES (ROTATIVAS DE INGRESOS)

El depositario oficial de los fondos públicos, podrá designar bancos corresponsales de entre aquellos que conforman la red bancaria privada, a los que se sumará en casos necesarios, el Banco Nacional de Fomento.

Las Entidades u Organismos mantendrán cuentas en los bancos corresponsales para efectos de las recaudaciones que constituyan ingresos, que se denominarán Cuentas Rotativas de Ingresos.

La apertura de las Cuentas Rotativas de Ingresos en los bancos corresponsales se efectuará previa la suscripción del respectivo convenio entre la Entidad u Organismo y el banco corresponsal, en el que se especificará las condiciones, plazos, compromisos y obligaciones de las partes, sin requerir para ello autorización de la unidad responsable del Tesoro Nacional ni del depositario oficial”.

De la norma transcrita se desprende que las instituciones financieras privadas pueden actuar respecto de las instituciones públicas, como bancos corresponsales del depositario oficial de los fondos públicos, para la recaudación de ingresos, previa la suscripción de un convenio entre la respectiva entidad y el banco corresponsal.

El numeral 4.4.4.5 de citada Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, establece las condiciones para la operación de las cuentas rotativas de ingresos, en los siguientes términos:

“Las entidades y organismos no podrán utilizar las Cuentas Rotativas de Ingresos para propósitos diferentes de su concepto. Los débitos a las Cuentas Rotativas de Ingresos corresponderán únicamente a los que efectúe el depositario oficial a la cuenta del respectivo banco, como contrapartida del acreditamiento en la cuenta auxiliar CCU Autogestión o cuentas de transferencia Gobiernos Seccionales, a favor de las entidades u organismos.

Los intereses que generen los saldos de las Cuentas Rotativas de Ingresos de las Entidades u Organismos del Gobierno Central y entidades autónomas y descentralizadas, serán controlados y calculados por el depositario oficial de los fondos públicos, quien dispondrá el traslado de dichos fondos mensualmente de la cuenta del banco corresponsal en el plazo de 5 días luego de que los intereses se hayan devengado, en el caso del Gobierno Central a la cuenta auxiliar CCU Fiscales y en el caso de las descentralizadas y autónomas a la cuenta auxiliar CCU Autogestión; tratándose de cuentas de gobiernos seccionales se transferirán a las cuentas de transferencia de las instituciones que los generaron.

Las entidades u organismos son responsables, de manera exclusiva, de vigilar el correcto y oportuno cumplimiento de las cláusulas que al respecto se encuentren incorporadas en los convenios vigentes de apertura de las Cuentas Rotativas de Ingresos.

Las entidades u organismos públicos que mantienen Cuentas Rotativas de Ingresos en los bancos corresponsales, no podrán tener cuentas adicionales para esos propósitos en el mismo banco.

Las instituciones públicas que recaudan valores por la venta de bienes y servicios deberán utilizar obligatoriamente la cuenta rotativa de ingresos en banca privada corresponsal del depositario oficial de los fondos públicos.

Las cajas recaudadoras estarán vigentes en aquellas instituciones que por su situación geográfica no tengan acceso a la red bancaria privada o al Banco Nacional

de Fomento, en consecuencia las instituciones solamente podrán recibir recursos a través del depósito en la respectiva cuenta rotativa de ingresos y conformidad a lo dispuesto en la norma relativa a Conceptos de Afectación”.

El numeral 8 de la citada Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, dispone que: “...los recursos públicos que las instituciones públicas no financieras, determinadas como tales por la Constitución de la República y leyes vigentes, así como aquellas empresas que están migrando del status societario de Sociedad Anónima a Empresas Públicas, y las que debiendo hacerlo por mandato legal aún no han iniciado dicho proceso, mantengan en depósitos a la vista en el sistema financiero privado, sean retirados dentro de los plazos que para el efecto establezca el ente rector de las finanzas públicas, y trasladados a una o varias cuentas del Sistema Único de Cuentas del Banco Central del Ecuador, de conformidad con el cronograma que para el efecto determine el ente rector de las finanzas públicas”.

En concordancia, el numeral 9 de la misma Normativa prescribe que:

“9. Las entidades o instituciones mencionadas en el numeral 8, deberán abrir cuentas en el Banco Central del Ecuador por fuera de la Cuenta Única del Tesoro y/o en la Banca Pública, a fin de manejar sus flujos de operación. Para este propósito, el Ministro a cargo de las finanzas públicas o su delegado, conjuntamente con el respectivo ministerio coordinador, se encargarán de conocer el flujo de caja que haya sido aprobado en legal y debida forma por cada institución, a fin de determinar y aprobar el porcentaje de liquidez que se manejará en una cuenta operativa dentro del Banco Central y/o Banca Pública. Para tal efecto las entidades o instituciones deberán reportar tanto al ente rector de las finanzas públicas, como al respectivo Ministerio Coordinador hasta el último día laborable del mes de enero de cada año”.

Las normas transcritas obligan a las empresas públicas, a trasladar los recursos que tuvieren en instituciones financieras privadas, a la banca pública; y, a mantener y manejar un porcentaje de liquidez, en una cuenta operativa dentro del Banco Central y/o la banca pública.

Con respecto a los depósitos a plazo e inversiones que mantuvieren las instituciones públicas en la banca privada, el numeral 12 de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, dispone también su traslado a la banca pública, en los siguientes términos:

“12. Los recursos que las instituciones o entidades mencionadas en el numeral 8 mantengan en el sistema financiero privado en depósitos a plazo o en inversiones

de cualquier tipo, deberán ser trasladados en un término máximo de cuarenta y ocho horas, a partir de su fecha de vencimiento, a una cuenta especial dentro de la Cuenta Única del Tesoro, o ser utilizados mediante cualquier otro mecanismo de inversión que se establezca en forma conjunta entre la entidad, su respectivo Ministerio Coordinador y el ente rector de las finanzas públicas. Para estos efectos se respetarán los límites máximos de traspaso de recursos públicos por institución financiera privada, que se establezcan en el cronograma emitido por el ente rector de las finanzas públicas”.

El numeral 13 *ibídem*, prescribe:

“13. Los recursos públicos que tengan el carácter de restringidos o se encuentren comprometidos en garantía, deberán ser transferidos al Banco Central y/o a la Banca Pública de conformidad con el numeral precedente, salvo que dichos recursos estuvieren con anterioridad a la expedición de esta norma, sujetos contractualmente a otro tipo de condiciones, las cuales se respetarán hasta su vencimiento. Las instituciones o empresas públicas deberán demostrar con el correspondiente contrato, al ente rector de las finanzas públicas, la imposibilidad de transferir dichos recursos”.

De conformidad con el numeral 15 de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, las empresas públicas que deban acreditar pagos por anticipos en contratación de obras, bienes o servicios, deberán realizar tales pagos en cuentas de la banca pública; y, el numeral 17 *ibídem*, dispone que “Todas las cuentas rotativas de ingresos o cuentas de recaudación que tengan las instituciones públicas no financieras, empresas públicas y sociedades anónimas que deben migrar a empresas públicas por disposición legal, en el sistema financiero privado, podrán mantenerse en el mismo, sin perjuicio de la obligación que tendrán las instituciones públicas de informar a sus respectivos ministerios coordinadores y al ente rector de las finanzas públicas sobre el detalle de las mismas”.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con el artículo 299 de la Constitución de la República y 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las instituciones del sector público en general y las empresas públicas en particular, deben manejar los recursos públicos a través de la banca pública, considerando al efecto, las disposiciones contenidas en la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Finanzas No. 447, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 259 de 24 de enero de 2008, así como las Normas de Control Interno expedidas por Acuerdo de la Contraloría General del Estado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 14 de diciembre de 2009.

Para el manejo de flujos de operación, las empresas públicas deben abrir cuentas en el Banco Central del Ecuador, por fuera de la Cuenta Única del Tesoro y/o en la Banca Pública, de conformidad con el numeral 9 de Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público.

En consecuencia, por la excepción establecida en la parte final del artículo 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cobro, pago o transferencia de recursos públicos se podrá realizar a través de otras entidades financieras, esto es de bancos privados, siempre que se trate de bancos corresponsales del depositario oficial, en los que se pueden mantener únicamente cuentas rotativas para la recaudación de ingresos públicos, de conformidad con el numeral 4.4.4.4 de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público; y, el cuarto inciso del acápite 403-01 de las Normas de Control Interno.

Atento el contenido de la consulta, es pertinente considerar que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 941 de 18 de noviembre de 2011, ha dispuesto la transferencia a la Corporación Financiera Nacional, de la totalidad de las acciones del Banco del Pacífico S.A., en los siguientes términos:

“Art. 1.- Requierase del Banco Central del Ecuador la totalidad de las acciones de las que es titular en el Banco del Pacífico S.A. y asimismo se dispone al Banco Central que transfiera la totalidad de dichas acciones, a título gratuito, a favor de la Corporación Financiera Nacional, para viabilizar de mejor manera las operaciones que ésta realiza”.

La Disposición Transitoria del citado Decreto Ejecutivo No. 941, establece que la transferencia de acciones se instrumente en el plazo de 60 días, contados a partir de la fecha en que dicho Decreto fue expedido.

Con respecto a la naturaleza jurídica del Banco del Pacífico S.A., en pronunciamiento contenido en oficio No. 07227 de 5 de mayo de 2009, la Procuraduría General del Estado concluyó que: “las instituciones financieras cuyas acciones se han transferido al Estado, como es el caso específico del Banco del Pacífico S.A., continúan siendo personas jurídicas de derecho privado y por tanto, sus actividades deben desarrollarse al amparo del marco legal que regula los actos y contratos de esta clase de personas”.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las instituciones del sistema financiero privado se constituyen bajo la forma de una compañía anónima.

El segundo inciso del artículo 1957 del Código Civil, dispone que: “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

La transferencia de la totalidad de las acciones del Banco del Pacífico S.A., del Banco Central del Ecuador a la Corporación Financiera Nacional, dispuesta por el artículo 1 del citado Decreto 941, no altera la naturaleza jurídica privada de dicha institución financiera.

Finalmente es oportuno considerar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, define a los recursos públicos en los siguientes términos:

“Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 14638 de 11 de junio de 2010, se absolvió una consulta de la Municipalidad de Quito relacionada con la naturaleza jurídica del Banco del Pacífico, que fue formulada con el siguiente tenor: “El Banco Central ha señalado que las instituciones financieras sujetas a control de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuyo capital sea de entidades del Estado constituyen una institución financiera pública, ¿es legal y válido que los recursos públicos puedan ser depositados en una cuenta abierta en el Banco del Pacífico?”

En el pronunciamiento de la referencia concluí que: “Es imperativo señalar que el hecho de que las acciones de una institución financiera, cuya especie societaria es una compañía anónima, pertenezcan al Estado, no implica un cambio en su naturaleza jurídica privada, convirtiéndole en una institución pública”.

En el mismo pronunciamiento se examinó que en materia de inversiones financieras del sector público, el inciso segundo del artículo 1 de la Regulación del Banco Central del Ecuador No. 197-2009 de 7 de agosto de 2009, que sustituye el Capítulo II “Reglamento para las Inversiones Financieras del Sector Público” del Título Noveno “Depósitos e Inversiones Financieras del Sector Público” del Libro I “Política Monetaria-Crediticia” de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador, dispone que: “Para la aplicación de este Capítulo, las instituciones financieras públicas son las instituciones financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuyo capital sea de propiedad de entidades del Estado”.

El pronunciamiento hizo notar que la Regulación citada del Banco Central, se aplica sólo en relación al Capítulo “De las Inversiones Financieras del Sector Público” y no a los depósitos en general; y, sobre la base del artículo 425 de la Constitución de la República que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, concluí que: “En virtud de que la Constitución de la República es la norma de mayor jerarquía, debe aplicarse al caso consultado lo dispuesto en el artículo 299 de la misma, por lo que en atención a los términos de su consulta, los recursos públicos deben manejarse en la banca pública, sin que la Regulación del Banco Central en la que se basa la premisa de su décima consulta pueda ser aplicada a los depósitos que no constituyan inversiones financieras”.

Del análisis que precede y en atención a su consulta se concluye que, aún cuando el Banco Central del Ecuador sea el único accionista del Banco del Pacífico S.A., calidad que corresponderá a la Corporación Financiera Nacional, una vez que se efectúe la transferencia de la totalidad de acciones dispuesta por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 941, el Banco del Pacífico S.A. conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado y en consecuencia, aún cuando sea una entidad financiera cuyas acciones corresponden en su totalidad al Estado, no puede ser considerado banca pública.

En consecuencia, la Empresa Provincial de Vivienda EP, no puede efectuar todas sus actividades operativas con el Banco del Pacífico S.A., sino que de conformidad con el numeral 9 de Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, debe abrir una cuenta en la banca pública, para el manejo de los flujos de operación de dicha empresa pública.

Mediante convenio, esa empresa pública podría abrir una cuenta rotativa de ingresos en un banco privado corresponsal del depositario oficial, de conformidad con el numeral 4.4.4.5. de la Normativa del Sistema de Administración Financie-

ra del Sector Público y el acápite 403 de las Normas de Control Interno, expedidas por Acuerdo de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 05518, de 19-12-2011

BIENES INMUEBLES DE TAME: VENTA

ENTIDAD CONSULTANTE: TAME

CONSULTA:

“...Si TAME es o no sujeto pasivo de la disposición antes expuesta (Decreto Ejecutivo No. 435), para que mi representada, de manera directa pueda establecer el procedimiento técnico y financiero, para la recuperación de las inversiones generadas por la actividad aerocomercial, propia de TAME y procesar las ventas de los bienes inmuebles de su propiedad”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4, 5 num. 1 y Disp. Trans. Tercera.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 4 num. 4, 34, 77, 91 y Disp. Gen. Décima Sexta.

Ley N° 104, R. O. N° 506 de 23-08-1990.

Ley N° 77, R. O. N° 644 de 20-10-2022 Art. 1.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 2, 7 y 23.

D. E. N° 740, R. O. S. N° 442 de 6-05-2011 Arts. 1, 2, 4 y 7.

D. E. N° 435, R. O. S. N° 252 de 6-08-2010 Art.1.

D. E. N° 798, R. O. N° 485 de 6-07-2011 Arts. 3, 4 nums. 2, 3, 5 y 6 y Disp. Gen. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos para su análisis, mediante oficios Nos. 01411 y 01412 de 15 de abril de 2011, este Organismo requirió el criterio institucional de la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público (INMOBILIAR) y del Ministerio de Defensa Nacional.

Mediante oficios Nos. 02500 y 02501 de 23 de junio de 2011, la Procuraduría General del Estado insistió en los referidos requerimientos, habiéndose recibido

respuesta únicamente por parte del Ministro de Defensa Nacional, en oficio No. MDN-2011-0998-OF de 22 de junio de 2011, ingresado el 27 de junio del presente año.

En la consulta se expone que TAME Línea Aérea del Ecuador, es una empresa estatal que forma parte del sector público, creada mediante Ley Especial No. 104, publicada en el Registro Oficial No. 506 de 23 de agosto de 1990, reformada por el artículo 3 de la Ley No. 133, publicada en el Registro Oficial No. 1002 de 2 de agosto de 1996.

Agrega la consulta que TAME se encuentra adscrita a la Fuerza Aérea Ecuatoriana, y que por tal razón mantiene su naturaleza jurídica inalterada y conserva sus modalidades de organización, funcionamiento y administración, según la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Añade la consulta que desde su creación, los recursos económicos con los que TAME ha contado, provienen de su propia actividad aerocomercial y que por tanto no ha formado parte del Presupuesto General del Estado.

Explica que la actividad aerocomercial contempla erogaciones significativas en costos directos e indirectos relacionados con las operaciones de los equipos aeronáuticos, que obligan a mantener reservas monetarias significativas para solventar reparaciones mayores de los componentes de las aeronaves y sus chequeos técnicos, tratándose de costos que inciden de manera drástica en los resultados financieros de cada período económico; y, que, las reservas monetarias de esa Empresa se han mantenido en calidad de inversiones temporales realizadas en el sistema financiero nacional, por lo que al ocurrir el feriado bancario, aquellas que se habían efectuado en el Filanbanco, al disponerse la liquidación de dicha institución financiera, pasaron a la Agencia de Garantía de Depósitos.

Concluye que, dentro de los registros contables, debidamente sustentados con los registros catastrales, se encuentran en el patrimonio de esa empresa, activos fijos inmuebles, según el siguiente detalle: "a) Terreno La Atarazana-Guayaquil; b) Terreno Macas; c) Terreno Machala; d) Terreno Calderón-Quito; e) Suites Estadio de la Liga No. 127 y 128 (dos suites); f) Sexto piso, edificio Atahualpa-Guayaquil; g) Edificio Buen día-6 pisos- Guayaquil; h) Edificio Nieto- 2 oficinas- Cuenca, y, i) Edificio Centro Seguros Bolívar 118-120-122-Cali".

Finalmente expone que mediante Decreto Ejecutivo No. 435, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 252 de 6 de agosto de 2010, se ha dispuesto que todos los órganos que forman la Administración Pública Central e Institucio-

nal, traspasarán a título gratuito a INMOBILIAR, el dominio de los inmuebles de su propiedad que no estén siendo utilizados en sus actividades principales.

El informe del Director Jurídico de TAME, contenido en oficio No. EY-1k-2011 000444 de 11 de abril de 2011, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 11 de abril del presente año, expone que: “Conforme lo dispone el Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley No. 104 de creación de TAME que le confiere autonomía administrativa y financiera, es jerárquicamente superior al indicado Decreto Ejecutivo No. 435; por lo que existe el fundamento legal para que TAME enajene directamente los bienes inmuebles de su propiedad. Estos hechos permitirán que se recupere el patrimonio que fue afectado por las consecuencias del denominado feriado bancario...”.

Agrega el citado informe jurídico que el producto de esa enajenación será utilizado en los proyectos de inversión de la empresa, entre otros, la construcción del edificio para TAME en el nuevo aeropuerto ubicado en el sector de Tababela.

Por su parte, el Ministro de Defensa Nacional, en el oficio No. MDN-2011-0998-OF de 22 de junio de 2011, en atención a los requerimientos efectuados por esta Procuraduría en oficios Nos. 01412, 01978, 02501 de 15 de abril, 25 de mayo y 23 de junio de 2011, expone que mediante Decreto Ejecutivo No. 740 de 21 de abril de 2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 6 de mayo de 2011, se adecua la naturaleza jurídica de la compañía TAME Línea Aérea del Ecuador, como empresa pública, pasando a ser una persona de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa, operativa y de gestión, bajo el control del sector defensa, acorde con los objetivos establecidos en el Sistema Nacional de Planificación, las orientaciones determinadas por el Comité de Industrias de la Defensa, y bajo las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Concluye el Ministro de Defensa que: “no le compete pronunciarse sobre la consulta formulada por TAME, debido a que la mencionada empresa ya no está adscrita al Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Ecuatoriana”.

Para analizar su consulta se considera que mediante Ley No. 104, promulgada en el Registro Oficial No. 506 de 23 de agosto de 1990, se expidió la Ley Constitutiva de la Empresa Estatal de Aviación Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos (TAME), adscrita a la Fuerza Aérea Ecuatoriana, con domicilio en la ciudad de Quito, personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, cuya denominación cambió por la de TAME LÍNEA AÉREA DEL ECUADOR, mediante Ley Reformatoria No. 133, publicada en el Registro Oficial No. 1002 de 2 de agosto de 1996.

El artículo 1 de la Ley No. 77, publicada en el Registro Oficial No. 644 de 20 de agosto de 2002, dispuso que la empresa estatal TAME LINEA AEREA DEL ECUADOR, se transforme en una compañía de economía mixta, que en adelante se denominaría “TAME Línea Aérea del Ecuador CEM”, con personería jurídica y patrimonio propio, que se regiría por las disposiciones de esa Ley, la Ley de Compañías y sus estatutos y reglamentos. La Disposición Transitoria Primera de la misma Ley No. 77, previó la transformación de TAME en compañía de economía mixta, sin embargo, dicha transformación no operó.

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 740 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 6 de mayo de 2011, se ha dispuesto adecuar la naturaleza jurídica de TAME, como empresa pública. El artículo 1 del citado Decreto Ejecutivo, dispone:

“Art. 1.- Adecuar la naturaleza jurídica de la Compañía Estatal TAME Línea Aérea del Ecuador, como EMPRESA PÚBLICA, por lo tanto, a partir de la expedición del presente decreto ejecutivo Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos, TAME, se denominará: Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP” que será una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa, operativa y de gestión, bajo el control del sector de la Defensa, acorde con los objetivos establecidos en el Sistema Nacional de Planificación; las orientaciones determinadas por el Comité de Industria de la Defensa; y, las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Según el quinto considerando del citado Decreto Ejecutivo 740, el Comité de Industria de la Defensa, en reunión de 29 de septiembre de 2010, recomendó al Presidente de la República, al amparo de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que la Empresa TAME Línea Aérea del Ecuador, adecue su naturaleza jurídica como empresa pública y permanezca bajo el control y administración del sector Defensa.

La citada Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, prescribe:

“Las empresas bajo la actual dependencia o control de las Fuerzas Armadas mantendrán su naturaleza jurídica inalterada y conservarán las mismas modalidades de organización, funcionamiento y administración hasta que se constituya el Comité de Industria de la Defensa Nacional...”

El Comité de Industria de la Defensa Nacional, en base a elementos objetivos y parámetros definidos, recomendará en un plazo no mayor de 180 días al go-

bierno nacional, mantener o no el control o administración de dichas empresas. Con el referido informe y dentro del plazo de noventa días las empresas que queden bajo control de las Fuerzas Armadas adecuarán su naturaleza jurídica al marco de la presente Ley. En las que se decida que las Fuerzas Armadas no continúen participando se iniciarán los procesos de desinversión, sin menoscabo de aquellos que a la fecha de expedición de la presente Ley se encuentren ejecutando...”.

De conformidad con el artículo 2 de Decreto Ejecutivo No. 740 de creación de TAME EP, el objeto principal de esa empresa pública “comprende el transporte comercial, aéreo, público, interno e internacional de pasajeros, de carga y correo; así como, en el campo de la defensa y seguridad nacional; y, las actividades complementarias conexas al objeto principal”.

El artículo 4 del Decreto Ejecutivo 740, dispone que TAME EP se subroga en los derechos y obligaciones de la Compañía Estatal TAME AEROLÍNEA DEL ECUADOR, que se extinguirá por disposición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. El segundo inciso del mismo artículo 4 del Decreto Ejecutivo 740, prevé que los activos, pasivos y en general, todos los bienes, derechos y obligaciones de TAME AEROLÍNEA DEL ECUADOR, se transfieren en forma total a TAME EP.

De conformidad con el artículo 7 del Decreto Ejecutivo de creación de TAME EP, el Directorio de esa empresa pública se integra por: El Ministro de Defensa Nacional o su delegado, quien lo presidirá; el titular del Organismo Nacional de Planificación o su delegado. El miembro delegado por el Presidente de la República, que en este caso, se designa a la Ministra de Transporte y Obras Públicas; el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o su delegado, y el Comandante General de Fuerza más antiguo o su delegado.

La disposición final del Decreto Ejecutivo de Creación de TAME EP encarga de su ejecución al Ministro de Defensa Nacional.

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

El numeral 1 del artículo 5 de la misma Ley Orgánica, dispone que la creación de empresas públicas se hará mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva.

Por tanto, por su creación mediante Decreto Ejecutivo No. 740, según el numeral 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, TAME EP, tiene el carácter de empresa pública de la Función Ejecutiva, sujeta a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por tanto es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, en los términos que prescribe el artículo 4 de esa ley, sujeta al control del sector Defensa según el artículo 1 del citado Decreto 740.

Por su parte, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece su ámbito de aplicación en su artículo 2, que prevé que la Función Ejecutiva comprende: “ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central”; que según el mismo artículo conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

El artículo 7 del citado Estatuto, dispone que la Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

De conformidad con el artículo 23 del mismo Estatuto, la estructura de los órganos, entidades de derecho público y empresas públicas que no obstante no encontrarse formalmente adscritas a la Presidencia de la República o a algún Ministerio de Estado, sean controladas por la Presidencia de la República o algún Ministerio de Estado en vista de la presencia de sus delegados en los órganos de dirección de dichas entidades y empresas públicas, se registrarán por sus reglamentos orgánicos funcionales, los cuales guardarán conformidad con las leyes que los rigen y, en cuanto fuere aplicable, con las disposiciones de ese Estatuto.

De las normas citadas se desprende que por su creación mediante Decreto Ejecutivo, en virtud de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, TAME es en la actualidad una empresa pública de la Función Ejecutiva, de conformidad con los artículos 4 y 5 numeral 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y por tanto, integra la administración pública institucional de la Función Ejecutiva, de conformidad con

los artículos 2 letra ch), 7 y 23 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Según el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 740 de creación de TAME EP, su objeto principal, es el transporte comercial, aéreo público, interno e internacional de pasajeros, carga y correo, así como en el campo de la defensa y seguridad nacional, y las actividades complementarias conexas al objeto principal.

Es pertinente considerar que sin perjuicio de su autonomía, las empresas públicas están sujetas al ámbito de aplicación del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, según sus artículos 34 y 4 numeral 4, por lo que su planificación y presupuesto que según el artículo 77 *ibídem*, no forma parte del Presupuesto General del Estado, deben guardar armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, cuya observancia es obligatoria para el sector público.

En concordancia, el artículo 91 *ibídem*, dispone que los recursos provenientes de actividades empresariales públicas nacionales ingresarán al Presupuesto General del Estado, una vez descontados los costos inherentes a cada actividad y las inversiones y reinversiones necesarias para el cumplimiento de la finalidad de cada empresa.

La Décima Sexta Disposición General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, confiere al ente rector de las finanzas públicas (Ministerio de Finanzas), competencia para dictar las políticas, normas y reglas que regulen la gestión, administración y uso de los bienes públicos de la Administración Central e Institucional incluidas sus empresas públicas y banca pública, sin perjuicio de las facultades que para el efecto tengan otras entidades del Ejecutivo y la Contraloría General del Estado.

La Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, fue inicialmente creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1479, publicado en el Registro Oficial No. 495 de 24 de diciembre de 2008.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 435, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 252 de 6 de agosto de 2010, sobre cuya aplicación trata su consulta, se dispuso:

Art. 1.- Todos los órganos que forman la Administración Pública Central e Institucional, traspasarán a título gratuito a la UNIDAD DE GESTION INMOBILIARIA DEL SECTOR PÚBLICO, INMOBILIAR (actual Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público), el dominio de todos los bienes inmuebles que sean de su

propiedad y que no estén siendo utilizados en sus actividades principales en el plazo no mayor de sesenta días desde la expedición del presente decreto, con excepción de los bienes dispuestos para la seguridad interna y externa del Estado, los bienes que integran el patrimonio cultural y áreas protegidas...”.

Posteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 798 publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011 derogó el Decreto Ejecutivo No. 1479, y en su artículo 1 dispuso la transformación de la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público en la “Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR”, adscrita a la Secretaría Nacional de la Administración Pública. El artículo 6 del citado Decreto 798 dispone que la Secretaría subrogará en todos los derechos y obligaciones a la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público.

El artículo 3 del Decreto Ejecutivo 798 establece que el ámbito de acción de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria INMOBILIAR, “será respecto de los bienes inmuebles urbanos de las siguientes entidades: ...2. Las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva y las empresas en las que el Estado posea participación accionaria mayoritaria”.

El numeral 2 del artículo 4 del mismo Decreto Ejecutivo No. 798, confiere a INMOBILIAR competencia para desarrollar y administrar el Catastro Único de Bienes Inmuebles del Estado; y, el artículo 5 *ibídem*, dispone que las máximas autoridades de las entidades detalladas en el artículo 3 de ese Decreto, en el plazo improrrogable de sesenta días, “entregarán a la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, la información completa de todos los bienes inmuebles que, a cualquier título, mantengan registrados como activos inmobiliarios en sus balances, al igual que la información de aquellos bienes inmuebles que se encuentren en patrimonios autónomos de fideicomisos cuyo constituyente o beneficiario sea una institución pública”.

La Disposición General Primera del Decreto Ejecutivo No. 798 establece que la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR “podrá intervenir en la forma expresada en este decreto respecto de los bienes dispuestos para la seguridad interna y externa del Estado y de los que integran el patrimonio cultural, natural y de áreas protegidas, a petición expresa de las máximas autoridades que ejerzan la titularidad de dominio”.

El Decreto Ejecutivo No. 798, que transformó la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, en la “Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR”, si bien no ha derogado expresamente el Decreto Ejecutivo 435, sobre cuya aplicación trata su consulta, sí lo modifica tácitamente, pues mien-

tras el Decreto Ejecutivo No. 435 dispuso la transferencia a INMOBILIAR de los inmuebles de propiedad de las entidades de la Función Ejecutiva, que no estén siendo utilizados en sus actividades principales, el Decreto Ejecutivo 798 expedido en forma posterior, no contiene norma alguna que disponga la transferencia de tales bienes a la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, si no que, en su artículo 5 establece la obligación de las máximas autoridades de las entidades sujetas a su aplicación, de entregar a la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, “la información completa de todos los bienes inmuebles que, a cualquier título, mantengan registrados como activos inmobiliarios en sus balances, al igual que la información de aquellos bienes inmuebles que se encuentren en patrimonios autónomos de fideicomisos cuyo constituyente o beneficiario sea una institución pública”.

Las funciones de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, están determinadas en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 798, cuyos numerales 3, 5 y 6 le asignan competencia para “3. Establecer la situación técnica y jurídica de los bienes inmuebles de propiedad, en uso o en posesión” de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de dicho Decreto; “5. Coordinar con las direcciones de Avalúos y Catastros de las municipalidades, y con la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, la elaboración de avalúos previo a la compra, venta, permuta, comodato, subasta o remate, donación o arriendo de inmuebles de o para las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto; y, “6. Asesorar a las instituciones del sector público en lo relacionado a bienes inmuebles”.

El artículo 4 del Decreto Ejecutivo 798 le confiere a INMOBILIAR la rectoría del Sistema Nacional de Gestión Inmobiliaria del Sector Público y le confiere facultad de emitir las políticas y directrices sobre el uso correcto y eficiente de los inmuebles de propiedad de las entidades sujetas a su ámbito de aplicación.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 740, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 6 de mayo de 2011, EP TAME es una persona jurídica de derecho público, dotada de autonomía administrativa y de gestión, creada mediante Decreto Ejecutivo; y, por tanto, como empresa pública de la Función Ejecutiva, EP TAME está sujeta al ámbito de acción de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, de conformidad con el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 798, publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011 y, consecuentemente, EP TAME debe seguir las políticas que en materia inmobiliaria dicte la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, y deberá entregarle la información completa sobre los inmuebles que consten como activos en sus balances, para lo

cual contará con un plazo de sesenta días contados a partir de la expedición del referido Decreto Ejecutivo No. 798.

OF. PGE. N°: 02865, de 20-07-2011

CAUCIÓN: OBLIGACIÓN DE LOS SERVIDORES MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE BALSAS

CONSULTA:

“¿Deberán ser caucionados para el ejercicio de sus funciones todos los servidores municipales a excepción del Ejecutivo, los Concejales y trabajadores eventuales?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 339, 340, 343 y 344.

Ley Orgánica del Servicio Público Art. 21.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 2, 3 y 31.

Reglamento para Registro y Control de Caucciones Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 04145 de 10 de octubre de 2011 le requirió a usted, el envío del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico de esa Municipalidad respecto del objeto de su consulta, lo cual fue atendido con el oficio No. 513-GADMB-2011 de 18 de octubre de 2011.

El Procurador Síndico Municipal en el informe que consta en el oficio No. 095-PSGADMB-2011 de 14 de octubre de 2011, manifiesta que “haciendo una correcta aplicación de las normas Constitucionales y legales, considero que a excepción del ejecutivo, los señores Concejales y los trabajadores eventuales, todos los demás servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Balsas deben ser caucionados para el ejercicio de sus funciones”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 339 establece que en cada gobierno regional, provincial y municipal habrá una unidad financiera que estará dirigida por un servidor designado por

el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, de conformidad con la ley, quien deberá reunir los requisitos de idoneidad profesional en materia financiera y poseer experiencia sobre ellas. En su artículo 340 dispone que la Contraloría General del Estado “fijará el monto y especie de la caución que deberá rendir la máxima autoridad financiera para el ejercicio de su cargo”.

El artículo 343 del citado Código Orgánico, prescribe que en cada gobierno regional, provincial, metropolitano y municipal habrá un tesorero que será designado por el ejecutivo de cada gobierno, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley. En su artículo 344 dispone que el tesorero “Rendirá caución, cuya cuantía será fijada por la Contraloría General del Estado”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 21 dispone que los servidores públicos, que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos, tienen obligación de prestar caución a favor de las respectivas instituciones del Estado, en forma previa a asumir el puesto.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el artículo 31 prescribe que además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución de la República, la Contraloría General del Estado tendrá entre otras, la siguiente: “11. Registrar las cauciones rendidas por los servidores públicos a favor de las respectivas instituciones del Estado”.

El Reglamento para Registro y Control de Cauciones, en el artículo 2 dispone que para responder por el fiel cumplimiento de los deberes, tienen la obligación de prestar caución a favor de las respectivas instituciones del Estado, los servidores públicos que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos. Agrega, que tales recursos comprenden todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, según lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Añade el inciso segundo del artículo 2 del Reglamento citado que: “Se exceptúa de esta obligación a los Ministros de Estado, Subsecretarios, funcionarios y dignatarios de elección popular, funcionarios cuyo nombramiento corresponde a la Función Legislativa, los custodios o encargados de fondos de caja chica cuyo monto fijo no sea mayor a cincuenta dólares, los bibliotecarios y otros servidores que trabajen en bibliotecas”.

Concluye el artículo 2 del Reglamento para Registro y Control de Cauciones que: “La exoneración de rendir caución no exime de las responsabilidades ad-

ministrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que pudieran establecerse contra los servidores públicos”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prescribe que para efectos de esa Ley, se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 340 y 344 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 21 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 2 del Reglamento para Registro y Control de Cauciones que quedaron citados, se concluye que están obligados a rendir caución a favor de la Municipalidad del Cantón de Balsas, únicamente la máxima autoridad financiera municipal; el tesorero de esa unidad financiera y los servidores públicos de esa Municipalidad que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos, entendiéndose como tales, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 04661, de 10-11-2011

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: CREACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD

CONSULTAS:

1. “¿Se puede considerar al Ministerio de Industrias y Productividad como una institución sin fin de lucro, en los términos establecidos en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación?”.

2. “¿Puede el Ministerio de Industrias y Productividad a través de la Dirección de Defensa del Consumidor establecer y administrar un Centro de Mediación para la solución de conflictos que entre particulares surjan en materia de derechos de los consumidores?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts.52, 141, 190, 225 y 226.

Ley de Arbitraje y Mediación Arts. 39 y 52.

Ley de Defensa del Consumidor Art. 81; y, Disps. Trans. de su Reglamento.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 4, 6 y 16 lit. i).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 190 de la citada Constitución, reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, cuyos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Según el Art. 226 de la citada Carta Constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

De conformidad con el Art. 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece: “Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje...”.

El Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que “Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprocesal”.

Del tenor de los artículos invocados de la Ley de Arbitraje y Mediación, se desprende que estas disposiciones facultan a las “instituciones sin fines de lucro” para organizar centros de arbitraje y mediación, en su orden, sin hacer distinción

alguna entre entidades de derecho público o privado, ni especificar las actividades a las que deben sujetarse los centros de arbitraje que se organicen.

El segundo inciso del Art. 141 de la Constitución de la República, prescribe que la “Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

De su parte, el Art. 225 de la Constitución de la República, establece que el sector público comprende:...”1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social”; mientras que, el artículo 227 de la referida Constitución prescribe que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

El artículo 16, letra i) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ubica dentro de la Función Ejecutiva al Ministerio de Industrias y Productividad. Según el Art. 4 del Estatuto citado, “los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios”.

El Art. 6 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que “las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos”.

De los últimos artículos citados, se desprende que la función ejecutiva, como parte del sector público, tiene como atribuciones en el ámbito de su competencia, las facultades de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales para servir al interés general de la sociedad y tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos. Por lo

tanto, los ministerios y entidades que integran dicha función ejecutiva, no persiguen fines de lucro.

Consecuentemente, en contestación a los términos de la consulta, al ser el Ministerio de Industrias parte de la Función Ejecutiva y por ende parte del Sector Público, puede ser considerada como una institución sin fines de lucro, en los términos establecidos en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

2. En el Título II, Capítulo Tercero, Sección Novena de la Constitución de la República, referida a Personas Usuarias y Consumidoras, se encuentra ubicado el Art. 52 que dispone:

“Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

El Art. 81 de la Ley de Defensa del Consumidor, establece que: “Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas.

En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda”.

El artículo final de la Disposiciones Transitorias del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, dispone que la ejecución de las disposiciones de dicho reglamento estarán a cargo del Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, actual Ministerio de Industrias y Competitividad.

En aplicación del Art. 52 de la Constitución de la República y de la mencionada disposición transitoria, mediante Acuerdo No. 247 del Ministerio de Industrias y Productividad, publicado en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 2009, se cambió la denominación de la “Subsecretaría de Innovación Tecnológica y Compras Públicas” por el nombre de “Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor”.

El Art. 2 del mencionado Acuerdo, dispone que la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor se encargará de: “...3. Controlar la aplicación de la normativa vigente sobre protección a consumidores de productos industriales, y...4. Definir políticas de promoción, difusión y mecanismos de protección a consumidores de productos industriales”.

De la normativa citada, se desprende que de conformidad con el Art. 52 de la Constitución de la República, las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, para lo cual la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores. Entre estos mecanismos, se encuentran la mediación y arbitraje como medios de solución a conflictos que se presenten en materia de protección de consumidores y usuarios.

Por lo tanto, en aplicación del inciso final de las Disposiciones Transitorias del Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor, el Ministerio de Industrias y Competitividad a través de al Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor, puede establecer y administrar un Centro de Arbitraje para solucionar los conflictos que surjan entre particulares en materia de derechos de los consumidores.

OF. PGE. N°: 03043, de 28-07-2011

CONCEJAL SUPLENTE: PRINCIPALIZACIÓN, SESIONES PRÓRROGA DE FUNCIONES Y RECONSIDERACIONES -LICENCIA DE ALCALDE Y VICEALCALDE

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SIGCHOS

CONSULTAS:

1. “¿Cuál es el proceso para principalizar a un Concejal Suplente?”.
2. “¿Cuándo y en qué circunstancias debe principalizarse a un Concejal Suplente?”.
3. “¿Es procedente que el Alcalde, o Vicealcalde cuando hace las veces de alcalde, pueda hacerle partícipe de una sesión a un Concejal Suplente sin antes haberlo convocado?”.
4. “¿Es procedente que un Concejal, sin que haya presentado su documentación a la Comisión de Mesa, y sin que sea convocado se principalice dentro de la sesión de Concejo?”.
5. “¿Si el Concejo Municipal sesionó con todos los señores Concejales, que son 7, de los cuales el señor Vicealcalde presidió la sesión, por licencia del señor Alcalde titular, y al no habersele convocado a la señorita Concejala suplente del señor Vicealcalde, es válida la sesión?”.
6. “¿El Concejo Municipal, puede sesionar aún en el caso que el señor Vicealcalde, encargado de la alcaldía, no haya convocado a su suplente, y por ende no se cuente con ella?”.
7. “¿Si al señor Vicealcalde en el tiempo de encargo de la alcaldía, se le termina el período legal para el cual fue electo como Vicealcalde, es legal que convoque a sesión y se elija la segunda autoridad ejecutiva, o es procedente que se prorrogue en funciones hasta cuando asuma el alcalde titular luego de su licencia?”.
8. “¿El criterio del Procurador Síndico Institucional, es de cumplimiento obligatorio para la Cámara Edilicia y el Ejecutivo Municipal?”.
9. “¿Bajo qué circunstancias legales no puede sesionar el Concejo Municipal?”.
10. “¿Es procedente que la Institución Municipal quede en acefalía de una de sus autoridades, aún que sea por un momento?”.

11. “¿Dentro del COOTAD, cual es la base legal para derogar, revocar o reconsiderar una decisión adoptada por la Cámara Edilicia?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 233, 237 num. 3 y 253.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica Electoral y de Organización Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia Arts. 3, 57, 59, 60, 62, 99, 165, 167, 319, 359 y 364.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 57 lit. o), 60 lit. u), 61, 62 lit. a), 317, 318, 320, 326 y 327.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, relacionado con las candidaturas pluripersonales dispone que éstas se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes.

El artículo 165 de la citada Ley Orgánica Electoral, establece que las autoridades electorales proclamarán “electas o electos” como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como “suplentes” de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

Si bien cada concejal principal tiene su respectivo suplente, que se proclama electo de manera conjunta, según dispone el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular. En consecuencia, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del concejal principal, salvo que la ausencia del principal sea definitiva.

Téngase en cuenta además que, el artículo innumerado agregado continuación del artículo 167 de la mencionada Ley Orgánica, determina que en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

De lo expuesto se concluye que el proceso para principalizar a un concejal suplente, se encuentra contemplado en el artículo 165 de la Ley Orgánica Elec-

toral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, según el cual, el concejal suplente asume la dignidad de concejal principal cuando el titular se encuentre ausente; y además, conforme al artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la referida Ley Orgánica, en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva, deberá ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Similar análisis jurídico consta en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04052 de 4 de octubre de 2011, dirigido al Alcalde de San Cristóbal.

2. Al absolver la primera consulta manifesté que corresponde al concejal suplente asumir la dignidad de concejal únicamente cuando se encuentre ausente el titular; además, en caso de ausencia del concejal alterno, deberá convocarse por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y, en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la misma fuerza política, le corresponderá ejercer esa representación al siguiente candidato más votado.

Por tanto, de conformidad con los artículos 165 e innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, referidos en la primera consulta, se concluye que el concejal suplente deberá principalizarse únicamente cuando el titular se encuentre ausente de manera temporal o definitiva.

En este sentido me pronuncié en oficio No. 04052 de 4 octubre de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de San Cristóbal.

3. Al absolver la primera consulta manifesté que el concejal suplente asume la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular; y, en consecuencia, el concejal suplente no actúa de manera permanente sino temporal en el Concejo Municipal en reemplazo del concejal principal, salvo que la ausencia del principal sea definitiva.

De acuerdo con el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la indicada Ley Orgánica Electoral dispone que en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación, y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Respecto de la convocatoria, el artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone que la convocatoria a las sesiones ordinarias, de los consejos regionales, concejos metropolitanos, concejos municipales y de las juntas parroquiales rurales, la realizará el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado “con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha prevista y se acompañará el orden del día y los documentos que se traten”.

De las normas citadas se desprende que, una es la convocatoria a un concejal suplente para que se principalice, de conformidad con el artículo innumerado posterior al artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral, la cual la debe efectuar la Secretaría del Concejo; y, otra la convocatoria a sesión de Concejo, que corresponde efectuar al ejecutivo del respectivo GAD, según el artículo 318 del COOTAD, y debe ser dirigida a los Concejales titulares y a los suplentes principalizados.

Por tanto, teniendo en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva del concejal alterno y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva.

En atención a los términos de su consulta se concluye que no es procedente que el Alcalde, o Vicealcalde cuando hace las veces de Alcalde, pueda hacerle partícipe de una sesión a un Concejal Suplente sin que antes la Secretaría de Concejo lo hubiere convocado a principalizarse, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador.

4. De conformidad con el artículo 60 letra u) del mencionado Código Orgánico, corresponde al alcalde “...u) Integrar y presidir la comisión de mesa”.

El artículo 326 del COOTAD, dispone que los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados conformarán comisiones de trabajo las que emitirán conclusiones y recomendaciones que serán consideradas como base para la discusión y aprobación de sus decisiones.

De acuerdo con el artículo 327 del COOTAD, la comisión de mesa, entre otras que ahí se especifican, tiene el carácter de permanente; y agrega: “Los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados regularán su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad previstos en la Constitución, de acuerdo con las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades”.

Por tanto, respecto de la comisión de mesa mencionada en su consulta, es de competencia del propio Concejo Municipal de Sigchos regular su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad establecidos en la Constitución, en atención a las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades.

En cuanto a la principalización de un concejal, al absolver las consultas anteriores manifesté que en virtud de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Política de la República del Ecuador, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales; por lo que, el concejal suplente asume la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular; y que, conforme artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la referida Ley Orgánica, en caso de ausencia del concejal alterno, corresponde asumir al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva deberá ejercer dicha representación el siguiente candidato más votado. La convocatoria para principalizarse deberá ser realizada por la Secretaría del Concejo, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral.

Por lo expuesto, tal como manifesté al absolver la consulta anterior, se deberá convocar al concejal suplente a través de Secretaría, y solo después puede participar o actuar en una sesión de Concejo, en reemplazo del concejal titular.

5. Al absolver la primera consulta manifesté que cada concejal principal tiene su respectivo suplente que se proclama electo de manera conjunta según dispone el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, correspondiendo al suplente asumir la

titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en ausencia del titular; por lo que, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del concejal principal.

En el caso que motiva su consulta, al haber asumido el Vicealcalde la dignidad de Alcalde por licencia de su titular, correspondía al suplente del Vicealcalde asumir las funciones de concejal titular.

Por tanto, cuando el vicealcalde se encuentre encargado de las funciones de alcalde titular, su suplente debe ser principalizado durante el tiempo que el vicealcalde ejerza las funciones de alcalde, con fundamento en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia.

En el caso que motiva su consulta, de conformidad de lo dispuesto en el artículo 5 del COOTAD, las actuaciones del Concejo Municipal, son responsabilidad de dicho cuerpo colegiado, en virtud de la autonomía reconocida en la indicada disposición legal, por lo que no me corresponde pronunciarme sobre la validez de los actos del Concejo Municipal de Sigchos.

6. Al absolver la tercera consulta expresé que, conforme al artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos, y como suplente de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

Manifesté que, de acuerdo con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la indicada Ley Orgánica, en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación, y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Hice referencia asimismo al artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, según el cual, corresponde al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados convocar a sesiones ordinarias con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha prevista, acompañando el orden del día y los documentos que se traten.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Po-

líticas dispone en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva, deberá ejercer dicha representación el siguiente candidato más votado, se concluye que es responsabilidad del Concejo sesionar sin que se haya convocado por Secretaría al concejal suplente del Vicealcalde para que actúe en dicha sesión.

Sin perjuicio de lo expuesto, de conformidad con el artículo 320 del referido COOTAD, los concejos municipales pueden reunirse para adoptar decisiones válidamente en cualquier clase de sesión, con la presencia de la mayoría absoluta, conformada por la mitad más uno de los miembros del órgano legislativo, salvo lo dispuesto en dicho Código Orgánico.

En este sentido me pronuncié en oficio No. 00521 de 18 de febrero de 2011, respecto al quórum para la adopción de decisiones en el Concejo Municipal de Portoviejo.

7. El artículo 253 de la Constitución de la República prescribe que cada cantón tendrá un concejo cantonal integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicealcalde.

El artículo 57 letra o) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece que corresponde al concejo municipal elegir de entre sus miembros al vicealcalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El artículo 61 del referido COOTAD, expresa que el vicealcalde es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal, elegido por el concejo municipal de entre sus miembros. Agrega que, su designación no implica la pérdida de la calidad de concejal; y que reemplazará al alcalde en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la Ley.

Por su parte, el artículo 62 del mencionado Código Orgánico, determina que son atribuciones del vicealcalde: "a) Subrogar al alcalde o alcaldesa, en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure la misma. En caso de ausencia definitiva, el o la vicealcaldesa asumirá hasta terminar el período. La primera autoridad reemplazante recibirá la remuneración correspondiente a la primera autoridad del ejecutivo".

Los incisos primero y segundo del artículo 317 del COOTAD, disponen lo siguiente:

“Sesión inaugural.- Los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, una vez acreditada su calidad de tales por el Consejo Nacional Electoral, se instalarán en sesión inaugural convocada por el ejecutivo electo del correspondiente gobierno autónomo en la sede respectiva, de acuerdo con la ley que regula los procesos electorales. De existir quórum, declarará constituido al órgano legislativo.

Los consejos regionales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible; y, de fuera de su seno, al secretario del consejo o concejo de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo. Los consejos provinciales elegirán de la misma forma al secretario”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, agregó a continuación de la Disposición Transitoria Quinta del referido Código de la Democracia, la Disposición Transitoria Séptima que regula la situación de los vicealcaldes elegidos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en los siguientes términos:

“El período para el cual fueron nombrados los vicealcaldes, miembros de las comisiones legislativas cantonales y de las comisiones de las Juntas Parroquiales rurales determinados por la ley, culminará a los dos años de su elección. Al término de este período deberá realizarse una nueva elección de vicealcaldes, de los miembros de las comisiones legislativas municipales y de las Juntas Parroquiales Rurales, quienes terminarán su gestión a la finalización del período para el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009.

En el caso de las Juntas Parroquiales, los vicepresidentes o vicepresidentas, se entenderán elegidos por todo el período”.

La letra o) del artículo 57 del COOTAD dispone que es atribución del Concejo Municipal, elegir de entre sus miembros al Vicecalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El artículo 319 del COOTAD, dispone que los órganos legislativos de los GADs, y entre ellos los concejos municipales, “se podrán reunir de manera extraordinaria por convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado o a petición de al menos una tercera parte de sus miembros. La sesión extraordinaria será convocada con al menos veinte y cuatro horas de anticipación

y en ella se tratarán únicamente los puntos que consten de manera expresa en la convocatoria.”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el Vicealcalde está actuando como Alcalde, de conformidad con el Art. 62 letra a) del COOTAD, como tal le corresponde efectuar la respectiva convocatoria al Concejo, para la elección del Vicealcalde.

8. El artículo 253 de la Constitución de la República, prescribe que cada cantón tendrá un concejo cantonal que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá u vicealcalde. Agrega que: “La alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa”.

El artículo 59 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que el alcalde “es la primera autoridad el ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal”.

De conformidad con el artículo 60 del mencionado Código Orgánico, corresponde al alcalde: “a) Ejercer la representación legal del gobierno autónomo descentralizado municipal; y la representación judicial conjuntamente con el procurador síndico; b) Ejercer de manera exclusiva la facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal; ...i) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir, previo conocimiento del concejo, la estructura orgánico funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal”.

El inciso primero del artículo 359 del COOTAD, prescribe que el procurador síndico, el tesorero, los asesores y los directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción designados por la máxima autoridad ejecutiva del respectivo nivel de gobierno; agrega que, estos funcionarios serán designados previa comprobación o demostración de sus capacidades en las áreas en que vayan a asesorar o a dirigir”. En su inciso segundo dispone que, la representación judicial del respectivo gobierno autónomo descentralizado la ejercerá el procurador síndico conjuntamente con el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado.

De lo expuesto se desprende que, el Alcalde es la máxima autoridad administrativa del concejo cantonal, que ejerce la representación legal y de manera exclusiva, la facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado; en tanto que la representación judicial la ejerce el alcalde conjuntamente con el procurador

síndico municipal, además del asesoramiento legal que le corresponda a este último por sus funciones.

Concordante con lo expuesto, cabe tener presente que el artículo 364 del COOTAD expresa que los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de su fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos; entendiéndose por acto administrativos “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización, no contiene normativa que obligue al concejo y al ejecutivo municipal a aplicar de manera obligatoria el criterio del Procurador Síndico Municipal.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al procurador síndico municipal, entre otras funciones, el asesoramiento del gobierno autónomo descentralizado municipal; y, conforme a su artículo 364, los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados están facultados para dictar o ejecutar actos en ejercicio de su función administrativa, se concluye que no es de obligatorio cumplimiento para la Cámara Edilicia y el Ejecutivo Municipal el criterio del Procurador Síndico.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene disposiciones relativas a las responsabilidades del Concejo o del Ejecutivo municipal, cuando actúen en contra del informe del Procurador Síndico Municipal; no obstante lo cual, cabe considerar al respecto, lo que señala el tratadista Roberto Dromi en su obra “Derecho Administrativo”, 10ª edición actualizada, (pág. 468), en los siguientes términos: “En materia de dictámenes, la responsabilidad recae en el órgano activo que emite la resolución final; como regla común el órgano consultivo carece de responsabilidad, excepto el caso en que la opinión técnico-jurídica fuere expresada con mala fe, desviación del poder, o de otra manera antijurídica e ilícita. El dictamen difiere también de la aprobación por ser emisión de juicio con alcance de control previo, que a veces incide en la validez y la perfección del acto, pero nunca le otorga eficacia”.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Concejo, el Ejecutivo Municipal y el Procurador Síndico serán responsables de sus actos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 233 de la Constitución de la República que expresa: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsa-

bles administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.

9, 10 y 11. La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en su artículo 237 numeral 3, determina como función del Procurador General del Estado, la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades.

Los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado determina que corresponde al Procurador General del Estado, absolver las consultas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de los máximas autoridades de los organismo y entidades del sector público.

Las consultas novena, décima y onceava formuladas por usted no están referidas a la inteligencia de normas jurídicas, sino a eventuales situaciones que pudieran ocurrir en el seno del Concejo Municipal; motivo por el cual, me abstengo de atender las consultas planteadas.

OF. PGE. N°: 05552, de 21-12-2011

CONCEJALES: REEMPLAZO, REMUNERACIONES, PAGO DE APORTES AL IESS Y LICENCIAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PAQUISHA

CONSULTAS:

1. “¿Es legal que un concejal principal, encargue o solicite se convoque a su suplente por cualquier motivo en cualquier tiempo, para que lo reemplace en sus funciones?”
2. “¿Cuál sería la forma o modalidad para pagar a los concejales suplentes que se hayan principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, tomando en consideración que en la actualidad los concejales perciben remuneración por el desempeño de sus funciones?”

3. “¿Se puede afectar la remuneración de los concejales titulares para el pago de los concejales suplentes que hayan actuado en reemplazo del titular, o se debe pagar de otra partida, sin perjudicar la remuneración del principal así éste no haya actuado?”

4. “¿En caso de ser legal el pago a los concejales suplentes, se debe cancelar los partes (sic) al IESS por los días actuados?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 26, 27, 28, 50, 108, 109 y 110; y, 40 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57 lit. s) y 358.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia Arts. 99 y 165.

Ley de Seguridad Social Arts. 2 y 11.

Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS Art. 14.

Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo Arts. 11 y 12.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Procurador Síndico Municipal en su informe y respecto a esta consulta, expresa que: “Es procedente y legal que se principalice o convoque al concejal suplente cuando su principal no pueda hacerlo por causas plena y debidamente justificadas, con el fin de evitar que estos encargos se constituya en costumbre o permanentes”.

El Ministerio de Relaciones Laborales en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, se ha referido a la procedencia de que el Concejo conceda licencias a sus miembros, en los siguientes términos:

“En lo relacionado a las licencias de los Concejales Municipales el Código Orgánico en el artículo 57 literal s) establece como atribución del Concejo Municipal la facultad de conceder licencias a sus miembros, que acumuladas, no sobrepasen sesenta días, adicionando que en el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogarse este plazo”.

En el mismo oficio el Ministerio cita además los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el régimen de licencias y permisos, con o sin remuneración, según el caso y expone: “El artículo 27 regula las licen-

cias con remuneración como derecho de los servidores públicos para diferentes fines, y dependiendo de cada una de ellas los días de concesión; en tanto que en el artículo 28 se norma a las licencias sin remuneración y para otros fines, como facultativa de la autoridad nominadora”.

Agrega el Ministerio de Relaciones Laborales que: “En el caso de los Concejales de los Municipios, el Código Orgánico se ha referido de manera general a la concesión de licencias a sus miembros hasta sesenta días, sin diferenciar si ellas pueden ser con o sin remuneración y precisando únicamente enfermedad catastrófica y calamidad doméstica como extensivas, por lo que se deberá para su concesión, dependiendo del caso, guardar armonía con lo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico”.

El Art. 57 letra s) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que corresponde al concejo municipal: “Conceder licencias a sus miembros, que acumulados, no sobrepasen sesenta días. En el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogar este plazo”.

Como se puede observar de la norma de la letra s) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no distingue entre licencia con remuneración o sin remuneración, por lo que el otorgamiento de tales licencias, debe guardar armonía con las previsiones del Capítulo 2 del Título III, artículo 26 y siguientes de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regula los casos en que proceden bien sea la licencia remunerada o sin remuneración, observando los límites establecidos en la citada norma del COOTAD.

En el caso de los concejales, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, con respecto a tales dignatarios, es el Concejo Municipal. De ahí que es a este organismo al que según la letra s) del Art. 57 del COOTAD, le corresponde la atribución de conceder licencias a los concejales, caso en el que también se produce la ausencia temporal de los concejales.

El Capítulo 2 del Título III de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el Capítulo III del Título II de su Reglamento General, bajo el título de “Licencias, Comisiones de Servicio y Permisos”, establecen las diferentes clases de licencias, con o sin remuneración, a las que tienen derecho los servidores públicos.

Se reconocen licencias con remuneración, según el artículo 27 de la LOSEP, en los casos de enfermedad que imposibilite la realización de labores; enfermedad catastrófica, accidente grave; maternidad o paternidad; en caso de calamidades domésticas. Estos casos están también regulados por los artículos 33 al 39 del

Reglamento General de la LOSEP. Las licencias sin remuneración se regulan por el artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 40 de su Reglamento General.

El Art. 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dispone que las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y suplentes; el Art. 165 *ibídem*, prevé que las autoridades electorales proclamarán electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos y como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

De las normas citadas se desprende que cada concejal principal tiene su respectivo suplente, los mismos que se proclaman electos de manera conjunta, y por lo tanto, le corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal durante la ausencia del titular.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el Art. 57 letra s) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere atribuciones al concejo municipal para conceder licencias a su miembros, cuyo régimen de licencias con y sin remuneración se encuentran previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se concluye que no es procedente que el Concejal principal encargue o solicite se convoque a su suplente por cualquier motivo en cualquier tiempo para que lo reemplace en sus funciones, sino cuando la ausencia del concejal se derive de una licencia con remuneración, en los casos determinados en las letras a) a la j) del artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Público, o de licencia sin remuneración, según las previsiones de las letras a) a la e) del artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y en cualquier caso, con autorización del Concejo Municipal, organismo competente para conceder licencia a los concejales, conforme la letra s) del artículo 57 del COOTAD.

En similares términos ha concluido la Procuraduría General del Estado en los oficios Nos. 01485 y 01638 de 21 de abril y 4 de mayo de 2011, en cuanto al régimen de licencias aplicable a los Concejales.

2. Con respecto a esta consulta, el Procurador Síndico Municipal considera que: “El pago al concejal suplente debe hacerse por día laborado, es decir obteniendo la parte proporcional de la remuneración total del concejal principal, en forma de honorario o subrogación”.

El Art. 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, con respecto a las candidaturas

unipersonales dispone que éstas se presentarán en listas completas con candidatos principales y suplentes.

El Art. 165 de la citada Ley Orgánica Electoral, establece que las autoridades electorales proclamarán “electas o electos” como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como “suplentes” de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscrito como tales.

Si bien cada concejal principal tiene su respectivo suplente, que se proclama electo de manera conjunta, según dispone el Art. 165 de la Ley Orgánica Electoral, corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular. En consecuencia, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del Concejal principal.

Esta Procuraduría se ha pronunciado con respecto de la remuneración de los concejales en el sentido de que, de conformidad con el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, fijar las escalas remunerativas del sector público y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la referida Ley Orgánica, tiene competencias para: “a) Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público...d) Realizar estudios técnicos relacionados a las remuneraciones e ingresos complementarios del sector público. Al efecto, establecerá los consejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas”; por lo que, el órgano Legislativo de esa Municipalidad podrá expedir la Ordenanza que determine la remuneración de los concejales municipales, en la forma que prescribe el Art. 358 del COOTAD, una vez que el Ministerio de Relaciones Laborales hubiere determinado los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y los concejales de cada Municipio.

El artículo 108 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, dispone que cuando una persona designada entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, el pago de los servidos prestados será proporcional al tiempo efectivamente trabajado; y agrega que, el pago se hará en forma de honorarios en relación con el tiempo de labor, aplicando el gasto a la partida correspondiente.

Dicha disposición es concordante con el artículo 110 de la LOSEP, el cual dispone que las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas.

De las normas antes referidas se desprende que la Ordenanza que fije las remuneraciones de los concejales principales, deberá asimismo regular en ella, lo

relacionado con los suplentes de los concejales y prever en su presupuesto municipal, los recursos necesarios para efectuar pagos por concepto de reemplazo efectuado por los Concejales suplentes de los concejales titulares.

En atención a los términos de su consulta se concluye que el Concejal suplente que se haya principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, no tiene derecho a recibir la remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional que le corresponda por el tiempo que dure el reemplazo, la cual deberá ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con los artículos 108 y 110 de la LOSEP antes referido.

3. El Procurador Síndico Municipal con respecto a esta pregunta se limita a expresar: “El Concejal que no haya laborado debe afectársele su remuneración, a fin de pagar a los concejales suplentes por el encargo realizado”.

Al absolver la segunda consulta hice referencia al artículo 108 de la LOSEP, el cual determina que el pago de los servicios prestados por una persona que entrarte al servicio después del primer día hábil de dicho mes será proporcional al tiempo efectivamente trabajado, pago que se hará en forma de honorarios; y mencioné asimismo el artículo 110 de la referida Ley Orgánica, el cual dispone que las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas.

Con este antecedente concluí que el Concejal suplente que se haya principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, no tiene derecho a recibir la remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional que le corresponda por el tiempo que dure el reemplazo, la cual deberá ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con los artículos 108 y 110 de la LOSEP.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme a los artículos 108 y 110 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el pago a una persona que entre al servicio público después del día hábil de dicho mes será proporcional al tiempo efectivamente laborado en forma de honorarios y que las remuneraciones entre dos personas no serán fraccionables dentro de un mismo mes, se concluye que la remuneración de los concejales titulares no puede ser afectada para realizar el pago a los concejales suplentes que hayan actuado en reemplazo de dichos titulares, sino que la afectación o no de la remuneración del titular dependerá si su ausencia se produce en virtud de licencia con sueldo o vacaciones, casos en los que el Concejal principal tiene derecho a recibir su remuneración, mientras que si la ausencia se origina en una licencia sin sueldo, el Concejal principal no tiene derecho a percibir su remuneración.

4. El Procurador Síndico Municipal en relación a esta consulta señala que: “Por ser un pago ocasional en forma de honorario o subrogación no habría derecho a que se le haga aportes al Seguro Social”.

El Director General del IESS, con el oficio No. 64000000-1906 TR11702 de 13 de junio de 2011, en atención al requerimiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 02040 de 26 de mayo de 2011, manifiesta lo siguiente:

“La Ley de Seguridad Social en el artículo 2 declara sujeto de las prestaciones debidas por el Seguro General Obligatorio, a toda persona que ejecute una obra, preste un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella. En concordancia, el inciso segundo del artículo 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, establece que para el cálculo del aporte al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada, es todo ingreso regular susceptible de apreciación pecuniaria percibido por efecto de su actividad personal, que en ningún caso será inferior al establecido por el IESS, de conformidad con el artículo 11 de su misma Ley, cuyo inciso tercero establece que para efecto del aporte, en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad”.

En el mismo oficio se señala que: “Adicionalmente los artículos 11 y 12 del Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, disponen la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio a todas las categorías de afiliación definidas por los artículos 2, 9 y 10 de dicha Ley”.

Concluye el Director General del IESS, expresando que: “Los concejales suplentes del Municipio del Cantón Paquisha, en calidad de servidores públicos ejercen un cargo o función, perciben una remuneración mensual fijada por acto normativo o resolución, son sujetos de aportación al Seguro General Obligatorio en calidad de afiliados, por lo que deben cotizar sobre la totalidad de las rentas percibidas, en función de su actividad”.

El Art. 2 de la Ley de Seguridad Social, dispone que son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella.

El Art. 11 de la mencionada Ley, relacionado con la materia gravada para efecto del aporte al Seguro General Obligatorio, establece que: “en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad”.

El Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, en el Art. 14 determina que para el cálculo del aporte al Seguro General Obligatorio de los trabajadores con relación de dependencia, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular y susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el trabajador por efecto de su actividad personal.

Según el Art. 109 de la LOSEP, en caso de no haber fondos disponibles en la partida específica para el pago de servicios prestados durante una fracción de mes, “tal pago se efectuará por dicha fracción aplicando a la partida presupuestaria establecida para el efecto, dentro del grupo de gastos de personal de la respectiva entidad, en forma de honorarios”.

El Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, define los gastos en personal en los siguientes términos: “5.1. GASTOS EN PERSONAL Comprende los gastos por las obligaciones con los servidores y trabajadores del Estado, por servicios prestados”.

Respecto de los honorarios, dicho Clasificador expresa: “5...1.05.07 Honorarios. Asignación para cubrir los servicios por los días laborados de una servidora o servidor, cuyo registro del nombramiento no se hubiere llevado a cabo en el primer día hábil del mes; los pagos a favor de personas caucionadas mientras no sean legalmente reemplazadas”.

Del Art. 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, se desprende que procede la afiliación y aporte al seguro general obligatorio, cuando el servidor percibe ingresos regulares. Sin embargo, en el caso de los concejales suplentes, dicha premisa no se cumple, pues conforme se ha examinado, dichos dignatarios podrán percibir honorarios, según el Art. 109 de la LOSEP, únicamente por los días en que por la ausencia del titular, deban ser principalizados y ejerzan el cargo de concejal.

Por tanto, con respecto a la afiliación al IESS de los Concejales Suplentes, la Procuraduría General del Estado difiere del criterio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, expresado en el oficio No. 64000000- 1906 TR11702 de 13 de junio de 2011, antes transcrito; pues, los Concejales Alternos no ejercen funcio-

nes permanentes sino solo en forma temporal, en caso de ausencia del Concejal principal al que reemplazan; y, por tanto, no perciben remuneración mensual unificada como ingreso regular sino honorarios correspondientes al tiempo que dure el reemplazo.

De lo expuesto se determina que los Concejales Alternos no tienen derecho a recibir remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional de la remuneración del titular, de acuerdo al tiempo que dure el reemplazo, que debe ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con el Art. 109 de la LOSEP. En el caso de que el reemplazo dure por un mes, el valor de los honorarios que debe percibir el concejal alterno, corresponderá al valor de la remuneración mensual unificada del concejal principal, pero en virtud de que la actuación del Concejal alterno sigue siendo temporal, no constituye ingreso regular y por tanto no da lugar a su afiliación al IESS.

Distinto es el caso del Concejal alterno, que debe principalizarse en forma definitiva, por quedar vacante el cargo del Concejal al que reemplaza, evento éste último en el que son aplicables los Arts. 107 y 108 de la LOSEP, que en su orden disponen:

“Artículo 107.- Primer día de remuneración.- La remuneración se pagará desde el primer día del mes siguiente al de la fecha de registro del nombramiento o contrato, salvo el caso en que éste se haya llevado a cabo el primer día hábil del mes. En caso de que dos personas ejercieren el mismo puesto el mismo día, y, éste fuere el primer día del mes, al segundo se le pagará con cargo a la partida honorarios durante el primer mes.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior se pagará desde el día en que inicie el ejercicio efectivo de sus funciones...”.

“Artículo 108.- Pago de honorarios.- Cuando, dentro de un mes quedare vacante un puesto comprendido en el inciso primero del artículo anterior y la persona designada para tal cargo entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, el pago de los servicios prestados será proporcional al tiempo efectivamente trabajado y cancelado con cargo a la partida correspondiente.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, los derechos de las y los servidores se reconocerán desde el primer día del ejercicio de sus funciones. Se hará en forma de honorarios en relación con el tiempo de labor, aplicando el gasto a la partida correspondiente”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, toda vez que los Concejales alternos no perciben ingresos regulares por concepto de remuneración, sino únicamente honorarios que se cancelan en función del tiempo que dure la ausencia del titular al que reemplazan, no se cumplen los requisitos que exigen el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social y el artículo 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS para que proceda su afiliación al seguro general obligatorio. Mientras que, en el caso de que el Concejal alterno deba principalizarse por ausencia definitiva del Concejal principal, procederá su afiliación al IESS a partir del primer día de ejercicio efectivo de funciones y para efectos del pago de sus haberes se observarán los artículos 107 y 108 de la LOSEP, que prevén que cuando dentro de un mes quedare vacante un puesto, la persona que entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, deberá percibir el pago de sus servicios en proporción al tiempo efectivamente trabajado, en forma de honorarios, y la remuneración se pagará desde el primer día del mes siguiente al de la fecha de registro de su ingreso.

En similares términos se pronunció la Procuraduría General del Estado con el oficio No. 03086 de 01 de agosto de 2011.

OF. PGE. N°: 03845, de 22-09-2011

CONCEJALES: REGISTRO DE JORNADA DE TRABAJO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TISALEO

CONSULTAS:

1. “¿Deben o no los Señores Concejales (las) cumplir una jornada diaria de trabajo de ocho horas”.
2. “Registrar (los Concejales) su asistencia al igual que lo hacen el resto de servidores del GADM de Tisaleo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229 y 237.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 22 lit. c), 23 lit. b), 25 lit. d), 57 lit. d), 58 lits. a) y b), 59, 329 y 356.
Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 22, 23, 24 y 25.

Ordenanza de Funcionamiento del Concejo Municipal de Tisaleo y de sus Comisiones Art. 16.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Al oficio de consulta se adjunta copia del Informe No. 117-PSGADMT-A-2011 de 24 de octubre de 2011, suscrito por el Procurador Síndico de esa Municipalidad, quien respecto del asunto consultado expresa que: “En opinión del suscrito Procurador, los Señores (as) Concejales (las) que perciben remuneración mensual, no están obligados a cumplir la jornada diaria de trabajo de ocho horas, así como tampoco a registrar su asistencia, de conformidad a lo estipulado en los Arts. 58 y 329 del COOTAD, disposiciones legales en las cuales están señaladas de manera expresa las funciones y/u obligaciones de aquellos”.

La Municipalidad de Tisaleo, con fecha 31 de enero de 2011, aprobó la “Ordenanza de Funcionamiento del Concejo Municipal de Tisaleo y de sus Comisiones”, que respecto de la jornada de trabajo de los Concejales, en el Art. 16 dispone lo siguiente:

“Art. 16.- De las jornadas de trabajo.- El trabajo de los concejales será a tiempo completo, entendiéndose como tal, la disponibilidad que deben tener para realizar las gestiones de carácter municipal inherentes a su dignidad, funciones y atribuciones. Por lo tanto no estarán sujetos a horario alguno dado su condición de autoridades de elección popular”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en atención a varias consultas formuladas sobre idéntica materia por otras Municipalidades, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, con el oficio No. 0163 de 27 de enero de 2011, habiéndose recibido respuesta por parte del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, ingresado en la misma fecha.

De conformidad con el Art. 229 de la Constitución de la República, serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Idéntica disposición consta en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

La letra b) del Art. 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece como derecho del servidor, percibir una remuneración justa, proporcional a la función; este derecho está relacionado a su vez con el deber del servidor de cumplir per-

sonalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del Art. 22 de la LOSEP.

El Art. 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el Art. 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados según el numeral 2 de dicha norma, podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial y que la jornada ordinaria: “Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales”. Similar disposición consta en el Art. 24 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

El segundo inciso de la letra a) del Art. 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuanto a la jornada ordinaria de trabajo dispone que: “Para las instituciones determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, que justificadamente requieran que las o los servidores laboren en horarios diferentes al establecido en este literal, deberán obtener la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales. Se exceptúan de esta autorización a los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, facultad que será competencia de la máxima autoridad.

En cuanto a la jornada de trabajo de los concejales, el Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL- AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, manifiesta que si los Concejales van a percibir remuneración, tomando como base las normas generales de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponderá al Concejo Municipal “expedir la regulación para normar temas institucionales, como es la jornada y horario de trabajo, debiendo laborar 160 horas por mes”.

Los artículos 59 y 356 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disponen que el alcalde es la primera y máxima autoridad ejecutiva de cada gobierno autónomo descentralizado, “cumplirán sus funciones a tiempo completo y no podrán desempeñar otros cargos ni ejercer la profesión”, excepto la cátedra universitaria en los términos previstos en la Constitución y en este Código.

De conformidad con el Art. 58 del COOTAD, a los concejales les corresponde: “a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del concejo municipal; b) Presentar proyectos de ordenanzas cantonales, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal; c) Intervenir en el consejo

cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe el concejo municipal; y, d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley”.

El artículo 329 del COOTAD, prescribe que la función de concejal, es obligatoria; su letra g) les prohíbe: “g) Desempeñar el cargo en la misma Corporación”. El artículo 355 del mismo Código, dispone que sus deberes y atribuciones son los señalados expresamente en la Constitución y en este Código, pero no ha determinado que cumplan funciones a tiempo completo, como sí lo ha hecho respecto de la primera y máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal.

La letra d) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización confiere al Concejo Municipal competencia para regular temas institucionales específicos.

De las normas citadas se desprende que en el caso de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, y de los concejales en concreto, ninguna norma del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, ha regulado sobre su jornada u horario de trabajo, ni ha dispuesto que laboren a tiempo completo.

Roberto Dromi, al tratar sobre el empleo público, concluye: “En conclusión, cualquiera que sea la forma jurídica que reviste, la relación es, esencialmente, de empleo, y las distintas denominaciones que reciba el órgano-individuo (funcionario, agente, empleado, etc.) hacen al efecto de establecer las diferentes jerarquías de los cargos y los regímenes jurídicos en que queda encuadrado el sujeto empleado público”; y, entre los derechos del empleado público, el mismo autor hace referencia a la retribución o remuneración:

“La retribución, sueldo o contraprestación por los servicios o trabajos que el agente realiza y que el Estado le paga periódicamente es un derecho al cual se hace acreedor aquél a partir de que preste efectivamente el servicio. El sueldo a pagar es una obligación del Estado que nace del carácter contractual de la relación de empleo público”.

Como se puede observar, de la cita anterior, el derecho a la retribución o remuneración surge de la efectiva prestación del servicio por parte del servidor público, es decir, que debe guardar proporcionalidad con la actividad que realiza el servidor y por lo tanto con el horario que efectivamente dedica a sus funciones.

Atenta la relación que existe entre el derecho a percibir remuneración proporcional a la función, según la letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio

Público, y el deber de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del artículo 22 de la LOSEP, se concluye que los concejales están obligados a asistir a las sesiones y deliberaciones del concejo municipal, intervenir en el concejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones a las que hayan sido designados, al tenor del artículo 58 del COOTAD, sin que ello signifique que deban cumplir las ocho horas diarias que establece como jornada ordinaria el artículo 25 de la LOSEP y el artículo 24 de su Reglamento General.

Por lo expuesto, en cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo de los concejales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que de conformidad con el inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra d) del artículo 57 del COOTAD, es responsabilidad del Concejo Municipal fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se les fije, dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD y sobre cuyo procedimiento de fijación, ya se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en oficios Nos. 01464 y 01465 de 20 de abril de 2011; 01483, 01484, 1485, 1488 de 21 de abril de 2011; 1493 de 25 de abril de 2011; 01548 y 01549 de 27 de abril de 2011; y 1638 de 4 de mayo de 2011.

2. La Constitución de la República, en el Art. 237 numeral 3 dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

De conformidad con los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador absolver consultas jurídicas, con carácter de vinculantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas

legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

En la aplicación de dichas normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 1 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

Su consulta no se enmarca dentro de las disposiciones legales invocadas, puesto que no se trata de la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino de pronunciarme respecto de un asunto que es de resolución interna de ese Gobierno Municipal, lo cual no es de mi competencia.

Por lo expuesto, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

OF. PGE. N°: 04799, de 21-11-2011

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: CONVOCATORIA A CARGOS DE DOCENTE TITULAR ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LOSEP

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

CONSULTA:

“Procede o no seguir con el trámite del Concurso de Merecimientos y Oposición para los cargos de docente titular de la Universidad Técnica de Ambato, que se convocaron entre junio de 2009 y julio de 2010 que no continuaron porque no se conformaron las Comisiones de Calificación, considerando además la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior publicada el 12 de octubre de 2010”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 355.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 47, 48, 70 , 147, 149, 150, 152, 169 y Disp. Trans. Décima Tercera.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 84 y 169.

Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad

Técnica de Ambato Arts. 4 al 16.

Estatuto de la Universidad Técnica de Ambato Art. 17 lits. g), o), y q).

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se manifiesta que: “La Universidad Técnica de Ambato con el objeto de incrementar su planta docente con nombramiento, realizó entre los meses de junio de 2009 y julio de 2010, las convocatorias para los concursos de Merecimientos y Oposición para llenar las vacantes existentes en las diferentes Unidades Académicas para lo cual los aspirantes procedieron a entregar su documentación, todo esto al amparo de la normativa vigente a esa fecha: Ley de Educación Superior; el Estatuto Universitario; el Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad”.

Se expresa además que: “Una vez realizada las convocatorias para los Concursos de Merecimientos y Oposición, no se llegó a conformar la Comisión de Calificación conforme disponía el Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, con el objeto de dar inicio a la apertura de sobres como la respectiva calificación de méritos, razón por la cual se dilataron los trámites, mientras tanto avanzaba la discusión de la nueva normativa que regiría la educación superior”.

Se agrega en el mismo oficio que: “Con fecha 12 de Octubre de 2010 se expide la Ley Orgánica de Educación Superior, misma que deroga toda la normativa existente que se oponga a ella, y deja sin efecto la normativa institucional”.

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio del Procurador (E) de la Universidad Técnica de Ambato, que consta del oficio No. UTA-P-832–2011 de 13 de junio de 2011, quien señala lo siguiente:

“Con el objeto de atender esta consulta en relación a los Concursos de Méritos y Oposición, se solicitó al Dr. Carlos Fuentes Director de Recursos Humanos y Secretario de la Comisión de Calificación, certifique si se ha realizado la Calificación de Méritos de los Concursos de Merecimientos y Oposición para llenar las vacantes de docentes de las diferentes Unidades Académicas. Esta autoridad responde mediante oficio DRH-D-0101-2011 que en ninguno de los casos se ha realizado calificación de méritos, con la excepción del Concurso de Análisis de Principios de Derecho y Derecho Laboral, Gestión del Derecho Tributario Facultad de Ciencias Administrativas, que presentó como novedad: Calificado méritos, Consulta por Nepotismo, y que realizada la consulta al Procurador General del Estado, se inhabilitó la continuidad del concurso por aclaración de la prohibición constitucional de NEPOTISMO, constante en oficio No. 00219 del 28 de Diciembre del 2010”.

Se expresa en el informe del Procurador (E) que: “El Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, que fue aprobado mediante Resolución 0676-CU-P-2008 del 30 de abril del 2008, en su Capítulo III de los Concursos de Merecimientos y Oposición, Artículos 4 al 16, establecía la forma en la que se organizaban los respectivos concursos para llenar los cargos vacantes de docentes en la institución, normativa que ha dejado de tener efecto, debido a la publicación de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior”; y agrega: “Al no haberse conformado siquiera la Comisión de Calificación, nunca continuaron los concursos tanto que no existió apertura de sobres, menos aún calificación de merecimientos y a partir del 12 de octubre de 2010, que entra en vigencia una nueva Ley Orgánica de Educación Superior, no procede seguir adelante con los Concursos de Merecimientos y Oposición mencionados”.

Concluye el informe del Procurador (E) de dicha Universidad con el siguiente criterio: “No es procedente iniciar la calificación de carpetas y el trámite sucesivo, vista la expedición de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior; sugiriendo proceder a declarar desiertos dichos actos administrativos y ordenándose convocar a nuevos concursos de meritos y oposición al amparo de lo dispuesto en la nueva Ley Orgánica de Educación Superior y de lo que disponga su Reglamento”.

El Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, aprobado por el Consejo Universitario de dicha Universidad mediante la Resolución No. 0676-CU-P-2008 de 30 de abril de 2008, en el Art. 7 prevé la integración de la Comisión de calificación para la selección de los docentes de dicha Universidad; y, en el Art. 8 dispone que: “Para la calificación del concurso, la Comisión examinará que los participantes cumplan con los requisitos señalados en el presente Reglamento, previa verificación de que los documentos sean legales y válidos. Los aspirantes que no cumplieran con estos requisitos quedarán fuera de concurso”.

El Art. 14 del Reglamento citado señala que: “Sobre la base de la calificación obtenida en los merecimientos y oposición, la comisión elaborará un acta en la cual se dará a conocer los resultados definitivos del concurso, para conocimiento y aprobación del H. Consejo Universitario. Se extenderá el nombramiento al aspirante que haya obtenido el mayor puntaje, que en ningún caso podrá ser inferior a setenta y cinco (75) puntos”.

El Estatuto de la Universidad Técnica de Ambato, entre las atribuciones del Consejo Universitario en las letras g), o), y q) del Art. 17 le señala las siguientes: “g) Dictar, reformar, derogar, e interpretar con carácter obligatorio los Reglamentos Generales y Especiales de la UTA, de conformidad con la legislación vigente; o) Autorizar la convocatoria a Concursos de Merecimientos y Oposición de Do-

centes... de conformidad con el presupuesto vigente y Reglamentos pertinentes y q) Aprobar los resultados de los Concursos de Merecimiento y Oposición, de conformidad con los Reglamentos pertinentes”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 47 dispone:

“Art. 47.- Órgano colegiado académico superior.- Las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares obligatoriamente tendrán como autoridad máxima a un órgano colegiado académico superior que estará integrado por autoridades, representantes de los profesores, estudiantes y graduados”.

El Art. 48 de la mencionada Ley Orgánica, prevé que el Rector es la primera autoridad ejecutiva de la universidad o escuela politécnica pública o particular, ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial; presidirá el órgano colegiado académico superior de manera obligatoria y aquellos órganos que señale el estatuto respectivo.

Respecto al régimen aplicable de los servidores docentes e investigadores del sistema nacional de educación superior, la Ley Orgánica de Educación Superior el inciso segundo del Art. 70 dispone:

“Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación...”.

De su parte, con respecto a la carrera docente, el Art. 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prescribe:

“Artículo 84.- Carrera Docente.- El personal docente comprendido en todos los niveles y modalidades gozará de estabilidad, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico, percibirá una remuneración justa de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. Estarán sujetos a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio. Así como los docentes e investigadores de las universidades que se regirán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución. En el caso de las y los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por esta Ley”.

El Art. 169 de la Ley Orgánica en estudio, entre las atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior en el ámbito de esta ley le dispone: "...k) Aprobar los estatutos de las instituciones de educación superior y sus reformas; y, m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos: ...4.- De Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior".

Como quedó señalado, al tenor del inciso segundo del Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, en concordancia con el Art. 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, anteriormente citados, los docentes e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos que se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Por otra parte, conforme a los Arts 147 y 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por profesores e investigadores; titulares, invitados, ocasionales u honorarios; a su vez los profesores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares.

El Art. 150 de la Ley Orgánica de la referencia, entre los requisitos para ser profesor titular principal de una universidad o escuela politécnica pública o particular del Sistema de Educación Superior, en la letra a) señala: "Tener título de posgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que ejercerá la cátedra"; y en el inciso final respecto de los profesores titulares, agregados o auxiliares dispone que "deberán contar como mínimo con título de maestría afín al área en que ejercerán la cátedra y los demás requisitos que se establecerán en el reglamento respectivo".

El primer inciso de la Disposición Transitoria Décima Tercera de la Ley Orgánica de Educación Superior, prevé que el requisitos de doctorado (PhD o su equivalente) exigido para ser profesor titular principal, de una universidad o escuela politécnica será obligatorio luego de 7 años a partir de la vigencia de esta Ley. De no cumplirse esta condición, los profesores titulares principales perderán automáticamente esta condición.

De las normas citadas se desprende que la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, exige como requisito para ser docente titular principal de una universidad tener título de nivel de posgrado mención doctorado, PhD o su equivalente; en tanto que para los docentes titulares, agregados o auxiliares se requiere tener título de maestría, requisitos que no estaban dispuestos en la anterior Ley Orgá-

nica de Educación Superior, actualmente derogada, pero en vigencia cuando se convocaron a los concursos de merecimientos, entre junio de 2009 y julio de 2010, según señala en su consulta.

El Art. 152 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Art. 152.- Concurso público de merecimientos y oposición.- En las universidades y escuelas politécnicas públicas, el concurso público de merecimientos y oposición para acceder a la titularidad de la cátedra deberá ser convocado a través de al menos dos medios de comunicación escrito masivo y en la red electrónica de información que establezca la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, a través del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador y en los medios oficiales de la universidad o escuela politécnica convocante.

Los miembros del jurado serán docentes y deberán estar acreditados como profesores titulares en sus respectivas universidades y estarán conformados por un 40% de miembros externos a la universidad o escuela politécnica que está ofreciendo la plaza titular”.

De las normas precedentes se establece que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por profesores e investigadores que serán titulares, invitados, ocasionales u honorarios; así mismo se determina que, en las universidades y escuelas politécnicas públicas para acceder a la titularidad de la cátedra, se deberá convocar al respectivo concurso público de merecimiento y oposición en los términos del Art. 152 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Así mismo se establece que las atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior constan en el Art. 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, entre estos se destacan: Aprobar los estatutos de las instituciones de educación superior y sus reformas; así como el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

De otra parte, la Ley Orgánica de Educación Superior, en la Disposición Cuarta del Régimen de Transición prevé lo siguiente:

“Cuarta.- Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley”.

La Disposición Transitoria Décima Séptima de la mencionada Ley Orgánica dispone:

“Décima Séptima.- Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior”; y agrega: “En este plazo, cualquier proceso eleccionario se registrá por la presente Ley”.

De otra parte, la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior previene:

“Vigésima.- El Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución, deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación de dicho personal”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en la Derogatoria Quinta dispone: “Se derogan todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley”; y, la Derogatoria Sexta señala: “Se deroga toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a la presente Ley”.

De las normas anteriormente referidas, se establece que la Ley Orgánica de Educación Superior vigente desde el 12 de octubre de 2010, en su Disposición Transitoria Décima Séptima concede a las Universidades y Escuelas Politécnicas un plazo de 180 días para que reformen sus estatutos y para adecuarlos a la indicada Ley Orgánica. Adicionalmente, corresponde al Consejo de Educación Superior aprobar la reforma de los estatutos de las Universidades y Escuelas Politécnicas y expedir en un plazo de ciento ochenta días el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, según lo determinan en su orden, las Disposiciones Transitoria Décima Séptima y Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Por lo expuesto, en atención a lo preceptuado en las Disposiciones Transitoria Décima Séptima y Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior y la Derogatoria Sexta de la Ley Orgánica de Educación Superior que derogó toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a dicha Ley, se concluye que la Universidad Técnica de Ambato no puede continuar con el trámite del Concurso de

Merecimientos y Oposición para los cargos de docente titular de esa Institución que fueron convocados entre los meses de junio de 2009 y julio de 2010, esto es antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación referida.

OF. PGE. N°: 03406, de 26-08-2011

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: PERSONAL BAJO EL RÉGIMEN DE CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: ORQUESTA SINFÓNICA DE CUENCA

CONSULTA:

“¿Si es legal, pertinente o no, que la Orquesta Sinfónica de Cuenca, de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, como excepción y por esta ocasión, a los músicos de la Orquesta Sinfónica de Cuenca a la fecha de promulgación de dicha Ley, es decir, al 6 de octubre de 2010, que entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que hayan mantenido vigentes contratos de servicios ocasionales continuos e ininterrumpidos, previo al concurso de méritos y oposición en el que se valorará la experiencia en el puesto, ingresen directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, a pesar de que no cumplan con el perfil ocupacional establecido en el Manual de Puestos Institucional que fue presentado a la SENRES y mediante Resolución No. SENRES-2008-000314, de 03 de diciembre de 2008, la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público SENRES (Actual Ministerio de Relaciones Laborales) revisó y clasificó sesenta y tres puestos de la Institución, de acuerdo a la Lista de Asignaciones aprobada, haciendo prevalecer la experiencia en el cargo, tal como se demuestra en el informe de la Unidad Administradora del Talento Humano, considerando que en el área musical del país éste (es) el factor preponderante que ha garantizado la permanencia de los músicos en las instituciones musicales del país y en consideración de la carencia de institutos de formación académica dentro de esta área?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 66 num. 2 y 4.

Ley Orgánica del Servicio Público Disp. Trans. Séptima; y, 107 y Disp. Trans. Séptima de su Reglamento.

D. S. N° 1260 R. O. N° 181 10-11-1972.

A. M. N° 142 R. O. S. N° 155 de 15-06-2011 Arts. 1, 2 y 12 lit b2).

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio de consulta manifiesta que: "...el personal contratado ha mantenido por más de 4 años atrás a la fecha de expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público, contratos por servicios ocasionales y que por su preparación y experiencia se les ha procedido a renovar en forma ininterrumpida y permanente, por ende los contratos que venían manteniendo dejaron de ser de carácter OCASIONAL debido a que su actividad se viene desarrollando en forma permanente y responde a la misión institucional al pertenecer al proceso agregador de valor, por lo que cabe una reflexión respecto de la naturaleza de dichos contratos. Por lo que, apejándonos a los preceptos constitucionales se les considere su particularidad de formación académica y disponga se proceda con el concurso interno de méritos y oposición atendiendo esta particularidad a fin de que luego de dicho proceso se proceda con el otorgamiento del nombramiento permanente del personal que se encuentra bajo las condiciones de contratado en forma ocasional por más de 4 años a la fecha de expedición de la LOSEP".

A su oficio adjunta el informe sin fecha y sin número, suscrito por el Jefe de la Unidad Administradora del Talento Humano de esa institución, de la cual se desprende que en la Orquesta Sinfónica de Cuenca se encuentran laborando nueve personas en calidad de instrumentistas de la Orquesta, bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales durante más de cuatro años, calculado desde la última entrada ininterrumpida hasta el 6 de octubre de 2011, fecha de vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Agrega en su oficio que, de acuerdo con lo manifestado por la Unidad Administradora del Talento Humano de esa Institución "el personal que se encuentra inmerso dentro de lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, no cumpliría con el perfil de puestos parcialmente con lo establecido en el Manual de Puestos Institucional, debido que son egresados universitarios de la carrera, tecnólogos, bachilleres técnicos de especialidad en música y en un caso especial es autodidacta con clases magistrales de maestros en el citado instrumento".

"La Orquesta Sinfónica de Cuenca, como entidad del sector público (según consta en el Decreto Supremo No. 1260, publicado en el Registro Oficial No. 181 de 10 de noviembre de 1972) cuenta con personal administrativo y musical (instrumentistas) detallado de la siguiente manera:

- Personal con nombramiento cincuenta y siete (57) de los cuales 14 son Administrativos, 2 de Nivel Jerárquico Superior (Director Ejecutivo y Director Técnico Musical) y cuarenta y tres Instrumentistas. (43)
- Personal bajo la modalidad de contratos, diez (10), todos Instrumentistas que pertenecen al proceso Agregador de Valor.
- A la fecha se encuentran laborando un total de 67 personas.
- Adicionalmente y de acuerdo con la Agenda Técnico Musical se van incorporando contratos de servicios ocasionales y profesionales para atender las necesidades puntuales según las obras a ejecutar.

Debido principalmente al no contar con las creaciones de nombramiento suficientes y por la necesidad institucional se ha venido renovando los contratos de los músicos bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales año tras año, para atender la programación de agenda técnico musical”.

El Asesor Jurídico de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, con respecto al Art. 20 del derogado Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera, vigente a la fecha en que fueron expedidos los contratos de servicios ocasionales que motivan la presente consulta, manifiesta que: “De acuerdo a esta disposición que estuvo vigente y que se encontraban sujetos los contratos de servicios ocasionales, se suscribieron para satisfacer una necesidad temporal, sin embargo, en el presente caso, la Orquesta Sinfónica de Cuenca, ha suscrito los contratos de servicios ocasionales, para satisfacer esa necesidad inicial temporal, pero debido a la particularidad de la prestación se ha visto obligada a la renovación de éstos contratos por muchos años atrás a la fecha, perdiéndose de esta forma la temporalidad que dio inicio a la suscripción de los contratos ocasionales”.

Se agrega en el citado informe emitido por el Asesor Jurídico de la Orquesta Sinfónica de Cuenca que “De acuerdo al informe emitido por la Jefatura de Administración del Talento Humano, sobre la formación académica se establece que la mayoría de servidores contratados bajo la modalidad de servicios ocasionales, tienen estudios en carrera de música, tanto a nivel de bachillerato en Conservatorio de Música como también son estudiantes o egresados de la carrera de música en universidades del país, como también personal autodidacta; así como los años de servicios, demostrando que ostentan una permanencia promedio de 6 años en la institución mediante contratos ocasionales consecutivos.

Esta permanencia consecutiva del personal bajo la modalidad de servicios ocasionales ha ido desvirtuando la característica de temporalidad de los mismos, lo

que lleva a considerar ciertos derechos fundamentados en los principios contemplados en la Constitución en los Artículos 1, numeral 2 y 5 y 326, derechos que se entienden se desarrollarán de manera progresiva y no regresiva en beneficios de los servidores de la Institución.

El personal contratado a lo largo de todos estos años han venido colaborando dentro del proceso Agregado de Valor siendo necesarios para el normal desarrollo de los productos que ofrece la Institución y el cumplimiento de planes, programas y proyectos; sin embargo de lo cual, no se ha podido formalizar su permanencia garantizándoles una tranquilidad emocional, material y no discriminación como lo garantiza el Art. 66 numeral 2 y 4 de la Constitución así como garantizar una estabilidad institucional en los servicios que brinda optimizando la experiencia adquirida del personal”.

Con relación a la excepción establecida por la Ley Orgánica del Servicio Público, referida a que aquellos servidores que a la fecha de vigencia de la Ley hayan mantenido vigentes contratos de servicios ocasionales continuos e ininterrumpidos por más de cuatro años, previo el concurso de méritos y oposición, puedan ingresar directamente a la carrera del servicio público, esta Procuraduría se pronunció en oficio No. 603 de 23 de febrero de 2011, en atención a una consulta formulada por la Orquesta Sinfónica de Loja, en el siguiente tenor: “Con los fundamentos jurídicos precedentes, y de conformidad con el inciso primero de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, como excepción y por esta ocasión, los músicos de la Orquesta Sinfónica de Loja que a la fecha de promulgación de dicha Ley, es decir, al 6 de octubre de 2010, que entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP- que, como se indicó anteriormente, hayan mantenido vigentes contratos de servicios ocasionales continuos e ininterrumpidos, previo el concurso de méritos y oposición, ingresarán directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, siempre que no se trate de aquellos puestos excluidos de la carrera”.

En el mismo pronunciamiento se agregó que: “se deben contabilizar los años de servicios de los músicos de la Orquesta Sinfónica de Loja, en base a los contratos de servicios ocasionales que se hayan mantenido vigentes, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos por más de cuatro años en forma continua e ininterrumpida, a la fecha de promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir al 6 de octubre de 2010”.

Su consulta igualmente se relaciona con la excepción previamente referida, constante en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prescribe:

“SÉPTIMA.- Como excepción y por esta ocasión, las personas que a la presente fecha mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos, previo el concurso de méritos y oposición, en el que se les otorgará una calificación adicional que será regulada en el reglamento a esta ley, en función de la experiencia en el ejercicio del cargo, ingresarán directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, siempre que no se trate de aquellos puestos excluidos de la carrera; sin perjuicio, de la re-clasificación que a futuro pudiera realizarse para ubicarlos en el grado que le corresponda y de las acciones que pudieran efectuarse de ser el caso, ante el incumplimiento de las normas legales vigentes, a la fecha de suscripción de los respectivos contratos...”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Séptima del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público expresa que de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP, los servidores que a la fecha de publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, “mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales, por más de cuatro años, en la misma institución pública, de forma ininterrumpida, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos ocasionales; ingresarán a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían percibiendo, previo un concurso interno de méritos y oposición, que se realizará al interior de cada institución y en las unidades en que laboran las y los servidores públicos sujetos a éste tipo de contratos, y su ejecución estará bajo la responsabilidad de las UATH”.

En su inciso segundo determina que en este proceso de concurso interno de méritos y oposición, se valorará la experiencia en el puesto, en la institución con la que ha suscrito los contratos de servicios ocasionales con una asignación de 2 puntos adicionales por cada año de servicio, o su proporcional.

En el inciso tercero de la mencionada Disposición se establece que, las instituciones, entidades y organismos del Estado en forma posterior a la evaluación, deberán crear los puestos que serán ocupados por las y los servidores de que trata esta disposición, para que obtengan su nombramiento permanente, “que deberán ser cubiertas con la asignación presupuestaria de la institución, sin que esto implique incremento en la masa salarial”.

En el inciso final de la referida disposición reglamentaria se dispone que, a partir de la publicación del presente Reglamento General en el Registro Oficial, “en un plazo máximo de ciento ochenta días, deberán haber concluido los concursos

de méritos y oposición; y, posteriormente en el plazo máximo de seis meses se deberá proceder a la creación de puestos correspondientes. Transcurridos estos Plazos el Ministerio de Relaciones Laborales realizará la verificación respectiva para constatar su estricto cumplimiento”.

De las citadas disposiciones de la LOSEP y su Reglamento General de aplicación se desprende que, por excepción y por esta ocasión, los servidores que a la fecha de vigencia de la referida Ley Orgánica mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución de forma ininterrumpida, a través de renovación o firma de nuevos contratos ocasionales, ingresarán a la carrera del servicio público en el mismo nivel remunerativo que venían percibiendo, previo concurso interno de méritos y oposición, bajo responsabilidad de las Unidades de Administración del Talento Humano, para lo cual se deberá valorar la experiencia en el puesto; y, luego de la evaluación, se deberán crear los puestos para que dichos contratados obtengan su nombramiento permanente, siempre que se cuente con la asignación presupuestaria para tal efecto, cuya verificación de los puestos creados para constatar su estricto cumplimiento deberá ser efectuada por el Ministerio de Relaciones Laborales.

El segundo inciso del artículo 181 del Reglamento General de la LOSEP dispone que: “El Ministerio de Relaciones Laborales establecerá las políticas y normativa mediante la cual se llevarán a cabo los procesos para las convocatorias a los concursos de méritos y oposición utilizando medios escritos y electrónicos”.

El Ministro de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial No. 142, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 155 de 15 de junio de 2011, expidió la “Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal”, que en su artículo 2 dispone su aplicación en toda las instituciones determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, entre las cuales se encuentra la Orquesta Sinfónica de Cuenca; y en su Disposición Transitoria Segunda contempla el procedimiento de concurso de méritos y oposición interno que deben observar las instituciones, entidades y organismos del Estado para el ingreso a la carrera del servicio público de los servidores que mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años de manera ininterrumpida, en aplicación de las Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP y de su Reglamento General.

El artículo 1 de la citada Norma prevé que ésta tiene por objeto establecer el procedimiento y los instrumentos de carácter técnico y operativo que permitan a la Unidad de Administración de Recursos Humanos de las instituciones del Estado sujetas al ámbito de la LOSEP y su Reglamento General, escoger a la persona más idónea entre los aspirantes para ocupar un puesto público, en función de la

relación entre los requerimientos establecidos en la descripción y el perfil de los puestos institucionales y las competencias de los aspirantes.

La experiencia forma parte de la calificación de los méritos, de conformidad con la letra b2) del artículo 12 de la citada Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, que dispone que en las bases del concurso de méritos y oposición, se identificarán los requisitos del puesto, y que en cuanto a la experiencia, prevé que se identifique “la necesidad o no y el tipo de experiencia que requiere el puesto de trabajo, determinada en el Manual de puestos institucional o el Manual de puestos genéricos.” El mismo artículo prevé que: “En ninguno de los dos manuales mencionados, se establecerá como requisito experiencia en el sector público”.

Con respecto a los contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma entidad, La Disposición Transitoria Segunda de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal contiene la siguiente previsión especial:

“CONSIDERACION EXCEPCIONAL PARA CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES POR MAS DE CUATRO AÑOS EN LA MISMA INSTITUCION.- De conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP y la Disposición Transitoria Séptima de su Reglamento General, por esta única ocasión, las y los servidores que a la fecha de publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es al 6 de octubre del 2010, mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años de manera ininterrumpida, en la misma institución pública, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos ocasionales, ingresarán a la carrera del servicio público en el mismo nivel remunerativo que venían percibiendo, previo un concurso interno de méritos y oposición que se realizará en cada institución y dentro de las unidades administrativas en las que vienen laborando.”

“Para la realización del concurso de méritos y oposición interno se observará las siguientes etapas... c) Concurso de Méritos y Oposición Interno.- En esta etapa se realizará el concurso de méritos y oposición interno. Contendrá los siguientes componentes:

c.1 Mérito.-

c.1.1 Postulación.- Consiste en la recepción de hojas de vida y la documentación establecida en el segundo inciso del literal b) del presente artículo, de las y los aspirantes internos, su verificación y análisis. La UATH emitirá un informe técnico

sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para el puesto, respecto a los que ostenten las y los servidores. Cada servidora o servidor podrá postular como aspirante, únicamente, en el concurso relativo a su último puesto.

c.1.2 Evaluación y Selección.- En esta parte se desarrollarán las pruebas de conocimientos y competencias técnicas, las pruebas psicométricas y las entrevistas, de conformidad con las ponderaciones y el procedimiento determinado en los artículos del 19 al 26 de esta norma.

El puntaje para superar el componente de Evaluación del concurso de méritos y oposición interno será de setenta y cinco puntos sobre cien (75/100). Quienes no obtuvieren este puntaje, no serán susceptibles de la puntuación adicional establecida en el segundo inciso de la Disposición Transitoria Séptima del Reglamento a la LOSEP, y, como consecuencia, no podrán ingresar al servicio público.

c.2 Oposición.- En esta parte se recogen las eventuales impugnaciones presentadas respecto de las capacidades, aptitudes y méritos de las personas que fueron evaluadas favorablemente. La recepción y el trámite de oposición será realizado por un Tribunal establecido de conformidad con los artículos 31 al 33 de esta norma y el cual declarará la idoneidad de la o el servidor. La o el servidor que obtuviere el mínimo establecido en el literal c.1.2) de la presente Disposición Transitoria, y que haya sido declarado idóneo por el Tribunal de Méritos y Oposición correspondiente, será declarado ganadora o ganador del concurso de méritos y oposición interno...”

Mas adelante, la misma Transitoria concluye:

”Finalmente, a partir de la publicación del Reglamento General a la LOSEP en el Registro Oficial, esto es al 1o. de abril del 2011, se considerará un plazo máximo de ciento ochenta días para concluir los concursos de méritos y oposición; y, posteriormente en el plazo máximo de seis meses se deberá proceder a la creación de los puestos correspondientes. Transcurridos estos plazos, el Ministerio de Relaciones Laborales realizará la verificación respectiva para constatar su estricto cumplimiento”.

De otra parte, la falta de cumplimiento de las normas técnicas que sobre concurso de méritos emite el Ministerio de Relaciones Laborales, conlleva los efectos determinados en la Disposición General Décima Séptima de la LOSEP que determina que el servidor que permita el ingreso o ascenso de personas en el servicio público, sin que se haya efectuado el respectivo concurso de méritos y

oposición o que habiendo sido advertido por la autoridad competente, los ubique remunerativamente en un grado que no corresponda, omitiendo las normas técnicas que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, “incurrirá en responsabilidades administrativas, civiles penales, sin perjuicio de otras acciones que el organismo contralor determine”. Agrega que, la responsabilidad civil por el daño patrimonial que se cause a la institución implica también la devolución de lo indebidamente pagado en forma solidaria entre la autoridad nominadora y el beneficiario.

Por su parte, el artículo 107 del Reglamento General a la LOSEP dispone que quien ingrese al servicio público y se otorgare nombramiento provisional o definitivo sin haber cumplido con los requisitos establecidos en la LOSEP y este Reglamento General, al no haberse efectuado el respectivo concurso de méritos y oposición, a través del cual se haya declarado ganador, será destituido inmediatamente de su puesto previo sumario administrativo o cesación inmediata en el nombramiento provisional según el caso, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubieren lugar.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con las Disposiciones Transitorias Séptimas de la Ley Orgánica del Servicio Público y de su Reglamento General, en concordancia con la Disposición Transitoria Segunda de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, las personas que han mantenido contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años ininterrumpidos al tiempo de promulgación de la LOSEP, pueden ingresar directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, cumpliendo con el perfil ocupacional establecido en el Manual de Puestos Institucionales presentado a la ex SENRES, revisado y clasificado por dicha entidad mediante Resolución No. SENRES-2008-000134 de 3 de diciembre de 2008, previo concurso interno de méritos y oposición.

Adicionalmente, téngase en cuenta que de conformidad con el segundo inciso de la Disposición Transitoria Séptima del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, en los mencionados concursos internos se valorará la experiencia del postulante en la institución con la que ha suscrito los contratos de servicios ocasionales, para lo cual la Orquesta Sinfónica de Cuenca deberá observar la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales, por Acuerdo No. 142, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 155 de 15 de junio de 2011, atento su carácter obligatorio para las entidades del sector público, según el artículo 2 de dicha Norma.

En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 02886 de 21 de julio de 2011, ante una consulta presentada por la Orquesta Sinfónica de Loja.

OF. PGE. N°: 03761, de 16-09-2011

CONSEJO DE PLANIFICACIÓN MUNICIPAL: INTEGRACIÓN SIN REPRESENTACIÓN PARROQUIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PUERTO QUITO

CONSULTA:

“A quien le correspondería la representación del Gobierno Parroquial Rural, sino tenemos parroquias rurales:

A las instancias de participación o al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 279.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana Art. 66.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54, 64, 65, 67 y 70.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 12 y 28 num. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe XIV de 16 de junio de 2011, anexado a su consulta, el Procurador Síndico de la Municipalidad que usted representa, manifiesta que el derecho constitucional de participación ciudadana garantiza la participación protagónica de la población en forma individual o colectiva en los asuntos de interés público, en la toma de decisiones, en la planificación y en la gestión de los asuntos públicos, de control social y rendición de cuentas del poder público.

Expresa el Procurador Síndico, que los Consejos de Planificación Locales o Cantonales en el Cantón Puerto Quito están integrados por: “1.- La señora Alcaldesa o quien la reemplace (vicealcalde) del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito, quien convocará al Consejo, lo presidirá y tendrá voto dirimente; 2. Un representante del Consejo Municipal; 3. El Director de Planificación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón

Puerto Quito y tres funcionarios de la misma Institución designados por la señora Alcaldesa; 4. Tres representantes delegados por las instancias de participación, de conformidad con lo establecido en la Ley y la Ordenanza; y, 5. Un representante del nivel de gobierno parroquial rural en el caso". No obstante lo expuesto, añade que en el caso del Cantón Puerto Quito, "no existen parroquias rurales".

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: "Al no existir parroquias rurales en nuestro cantón, esa representación le correspondería al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito, como representante del Régimen Autónomo Descentralizado. Para actuar con equidad y en uso de la autonomía municipal, también se podría entregar a la ciudadanía esa representación con lo cual las instancias de participación tendrían un 40% de representación, y de esta forma no se violaría lo determinado en el Art. 66 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana".

El artículo 267 de la Constitución de la República, establece que los gobiernos parroquiales rurales, ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley: "1. Planificar el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial".

El artículo 279 de la citada Constitución, prescribe que el sistema nacional descentralizado de planificación participativa organizará la planificación para el desarrollo, el cual se conformará por un Consejo Nacional de Planificación, que integrará a los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana, y tendrá como objetivo dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema y aprobar el Plan Nacional de Desarrollo, que será presidido por el Presidente de la República. Agrega que: "Los consejos de planificación en los gobiernos autónomos descentralizados estarán presididos por sus máximos representantes e integrados de acuerdo con la ley".

El artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, entre otras: "...e) Elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo, el de ordenamiento territorial y las políticas públicas en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas".

Respecto de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, el artículo 64 del COOTAD, establece que son funciones de dichos gobiernos parroquiales:

“...d) Elaborar el plan parroquial rural de desarrollo; el de ordenamiento territorial y las políticas públicas; ejecutar las acciones de ámbito parroquial que se deriven de sus competencias, de manera coordinada con la planificación cantonal y provincial; y, realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas”.

El artículo 65 del citado Código Orgánico, expresa que los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales ejercerán entre otras competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que se determinen: “a) Planificar junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respecto a la diversidad”.

De acuerdo con el artículo 67 del referido Código Orgánico, corresponde a la junta parroquial rural: “...b) Aprobar el plan parroquial de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del consejo parroquial de planificación y las instancias de participación, así como evaluar la ejecución”.

Conforme al artículo 70 del mencionado Código Orgánico, corresponde al presidente de la junta parroquial rural: “...e) Dirigir la elaboración del plan parroquial de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en concordancia con el plan cantonal y provincial de desarrollo, en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad y respecto a la diversidad, con la participación ciudadana y de otros actores del sector público y la sociedad; para lo cual presidirá las sesiones del consejo parroquial de planificación y promoverá la constitución de las instancias de participación ciudadana establecidas en la Constitución y la ley; ...k) Designar a sus representantes institucionales en entidades, empresas u organismos colegiados donde tenga participación el gobierno parroquial rural; así como delegar atribuciones y deberes al vicepresidente o vicepresidenta, vocales de la junta y funcionarios, dentro del ámbito de sus competencias”.

De conformidad con el artículo 12 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial “es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus territorios. Se ejercerá a través de sus planes propios y demás instrumentos, en articulación y coordinación con los diferentes niveles de gobierno, en el ámbito del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa”.

El artículo 28 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que los Consejos de Planificación se constituirán y organizarán “me-

diante acto normativo del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado; y, estarán integrados por:

1. La máxima autoridad del ejecutivo local, quien convocará la Consejo, lo presidirá y tendrá voto dirimente;
2. Un representante del legislativo local;
3. La o el servidor público a cargo de la instancia de planificación del gobierno autónomo descentralizado y tres funcionarios del gobierno autónomo descentralizado designados por la máxima autoridad del ejecutivo local;
4. Tres representantes delegados por las instancias de participación, de conformidad con lo establecido en la Ley y sus actos normativos respectivos; y,
5. Un representante del nivel de gobierno parroquial rural en el caso de los municipios; municipal en el caso de las provincias; y provincial en el caso de las regiones”.

De la normativa citada, se desprende que la representación del nivel del gobierno parroquial rural previsto en el artículo 28 numeral 5 para la conformación del Consejo de Planificación del gobierno autónomo descentralizado municipal, está supeditada a la existencia de junta o juntas parroquiales, a fin de que de ese nivel de gobierno, participe en el proceso de formulación de los planes de desarrollo parroquial, para su aprobación ante el respectivo Consejo de Planificación gobierno autónomo descentralizado municipal. En el caso que motiva su consulta, si el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito no cuenta con parroquias rurales, es evidente que no puede existir dicha representación ante el Consejo de Planificación de esa Municipalidad.

Téngase en cuenta que, en virtud del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por tanto, teniendo en cuenta que el artículo 28 numeral 5 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que los Consejos de Planificación de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales se integran por un representante del nivel del gobierno parroquial rural, y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito no cuenta con dichos gobiernos parroquiales, en aplicación del principio de legalidad consagrado en el

artículo 226 de la Constitución de la República, se concluye que no es procedente que dicha representación parroquial rural sea ejercida por otras instancias de participación o por esa Municipalidad.

En consecuencia de lo expuesto, el Consejo de Planificación Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Puerto Quito, deberá integrarse en la forma dispuesta por el artículo 28 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, con excepción del representante del gobierno parroquial rural.

OF. PGE. N°: 03323, de 10-08-2011

CONTRATACIÓN DE PROFESORES: INSTITUCIONES MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MONTECRISTI

CONSULTA:

“Si este gobierno municipal puede o no seguir cooperando, con la contratación de profesores para que presten servicios a instituciones educativas fiscales o si los profesores con nombramientos extendidos por esta municipalidad pueden prestar sus servicios personales a las instituciones fiscales que lo requieran, toda vez que se comprometería recursos fiscales municipales que no están presupuestado (sic) en el ejercicio fiscal del presente año; y, sus representantes legales serían sancionados por malversación de recursos públicos”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225, 297 y 315.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. g), 109, 110, 126, 138 y 328.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 97, 115, 116.
Ley Orgánica de Educación Intercultural Arts. 6 lit. g), 22, 36, 53, 54 y 129.
Ordenanza Municipal que regula la creación y funcionamiento de escuelas y colegios municipales en el Cantón Montecristi Arts. 2, 3, 5 y 6.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficios Nos. 1583 de 29 de abril de 2011 y 02461 de 23 de junio de 2011, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió a usted, disponga la

remisión de copia certificada de la Ordenanza Municipal que crea el Colegio Municipal Domingo Olmedo Delgado Mantuano, y de toda la documentación relacionada con la consulta. Dichos requerimientos se realizaron de conformidad con el artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007 y han sido atendidos mediante oficio No. 300-AMM de 24 de junio de 2011, recibido el 28 de junio del presente año.

Atenta la materia de la consulta y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01584 de 29 de abril de 2011, se requirió el criterio institucional del Ministerio de Educación, habiéndose recibido respuesta por parte de la titular de esa Secretaría de Estado, en oficio No. 0002109-CGAJ-2011 de 21 de junio de 2011, ingresado el 23 de junio del presente año.

El informe del Procurador Síndico Municipal contenido en oficio No. 007 RASC-PS-2011 de 10 de marzo del 2011 expone que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, mediante Ordenanza Municipal, que regula la creación y funcionamiento de escuelas y colegios municipales, promulgada en el año 2009, creó el Colegio Municipal Domingo Olmedo Delgado Mantuano, ubicado en el sector rural Pile, habiéndose designado a sus profesores, mediante nombramientos y otros por contrato de prestación de servicios ocasionales.

De la copia certificada de la citada Ordenanza que regula la Creación y Funcionamiento de Escuelas y Colegios Municipales en el Cantón Montecristi, remitida a pedido nuestro, se desprende que fue aprobada por el Concejo Municipal del Cantón Montecristi y sancionada por el Alcalde el 14 de octubre de 2009.

Los artículos 2 y 4 de la citada Ordenanza, prevén la creación de escuelas y colegios municipales, entre ellos el Colegio "Domingo Olmedo Delgado Mantuano" de la Comuna Pile, al que se refiere el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante.

Los artículos 5 y 6 de la citada Ordenanza, en su orden disponen:

"Art. 5.- Para el funcionamiento de las Escuelas Municipales, Colegios, y Centro de Formación para Adultos, el Gobierno Municipal, aportará con la contratación de Profesores para que laboren en las Instituciones Educativa mencionadas en los Arts. 2, 3 y 4 de esta Ordenanza, pagando un estipendio mensual a cada uno de los contratados".

“Art. 6.- Para cumplir lo mencionado en los Arts. 2, 4 y 5, el Municipio se compromete a crear una partida presupuestaria para realizar las gestiones de proyectos, trámites de documentos, convenios, permisos de funcionamientos y seminarios de capacitación”.

El informe del Procurador Síndico agrega que, durante varios años, la Municipalidad de Cantón Montecristi ha venido colaborando además con las instituciones educativas de ese cantón, a pedido de los Directores de esos planteles, que no cuentan con suficientes profesores, por lo que: “se ha venido contratando a personal calificado en calidad de profesores municipales, prestación de servicio que ha sido por el tiempo del año lectivo”.

El Procurador Síndico Municipal, en el informe de la referencia, manifiesta que: “De acuerdo a la información remitida por la Dirección Financiera Municipal, se indica que en el presente ejercicio fiscal, no existe partida presupuestaria para contratar profesores de ninguna índole”.

El informe jurídico cita la letra g) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para construir y mantener infraestructura física y equipamientos de educación y sobre dicha base concluye que: “no es competencia exclusiva ni función primordial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, como es el caso de esta municipalidad seguir colaborando con la contratación de profesores para que presten servicios en escuelas fiscales”.

El mismo informe agrega que: “...aquellos nombramientos que se hayan extendido al personal municipal en calidad de profesores se le debe cambiar de denominación; y, en el único colegio municipal no fiscalizado por el Ministerio de Educación “Domingo Olmedo Delgado Mantuano”, ubicado en el sector rural “Pile” de esta jurisdicción cantonal de Montecristi, se debe agilizar los trámites para su fiscalización y que sea el Ministerio de Educación a través de la Dirección de Educación Provincial de Manabí, quien nombre o contrate personal docente para dicha institución educativa”.

Por su parte, la Ministra de Educación en el oficio No. 0002109-CGAJ-2011 de 21 de junio de 2011, al que se ha hecho referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, invoca el artículo 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y los artículos 22 y 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que confieren al gobierno central facultad exclusiva para ejercer la rectoría y definición de las políticas nacionales de educación, así como competencia sobre la provisión de recursos educativos, y concluye

manifestando que: "...no procede que el Gobierno Municipal de Montecristi mantenga la prestación del servicio de educación, a través de la contratación de profesores para que presten servicios en escuelas fiscales".

En materia de educación, la letra g) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados, competencia exclusiva para "g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley". En concordancia, el artículo 138 del citado Código Orgánico dispone:

"Art. 138.- Ejercicio de las competencias de infraestructura y equipamientos físicos de salud y educación.- Es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación. El ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en el marco de la planificación concurrente con la entidad rectora, construir la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación, con sujeción a la regulación emitida por la autoridad nacional.

Cada nivel de gobierno será responsable del mantenimiento y equipamiento de lo que administre."

Del tenor de los artículos 55 letra g) y 138 del COOTAD se desprende que, en materia de educación, corresponde al gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales, mientras que a los gobiernos autónomos descentralizados, les compete la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física destinada a la educación.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, clasifica a las instituciones educativas en: públicas, municipales, fiscomisionales y particulares; y, el artículo 54 *ibídem*, con respecto a las instituciones educativas públicas, establece que son: fiscales o municipales, de fuerzas armadas o policiales; y prevé que la educación impartida por estas instituciones es laica y gratuita para el beneficiario.

El artículo 6 letra g) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece como obligación del Estado “g. Garantizar la aplicación obligatoria de un currículo nacional, tanto en las instituciones públicas, municipales, privadas y fisco-misionales, en sus diversos niveles: inicial, básico y bachillerato; y, modalidades: presencial, semipresencial y a distancia”. El diseño y control de la aplicación obligatoria del currículo nacional, corresponde a la Autoridad Educativa Nacional, según el artículo 19 de la misma Ley.

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, determina como competencias de la Autoridad Educativa Nacional, como rectora del Sistema Nacional de Educación, formular las políticas nacionales del sector, estándares de calidad y gestión educativos, y prevé que: “La competencia sobre la provisión de recursos educativos la ejerce de manera exclusiva la Autoridad Educativa Nacional y de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los gobiernos autónomos descentralizados, distritos metropolitanos y gobiernos autónomos municipales y parroquiales de acuerdo con la Constitución de la República y las Leyes”.

Las competencias de los gobiernos autónomos municipales, en materia de educación, están establecidas por el artículo 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que dispone:

“Art. 36.- De la relación con los gobiernos autónomos municipales.- Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República, las leyes y, en particular, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, son responsabilidades de los gobiernos autónomos municipales, en relación con los centros educativos, las siguientes:

- a. Brindar seguridad física de los establecimientos educativos frente a riesgos naturales y antrópicos;
- b. Dar mantenimiento y protección de las instalaciones patrimoniales utilizadas para el funcionamiento de los centros educativos;
- c. Brindar seguridad vial que incluye, entre otros aspectos, los de señalización de límites de velocidad, pasos cebra, pasos elevados, semáforos;
- d. Controlar el uso del espacio público en relación con el funcionamiento de negocios o actividades lesivos a la seguridad del estudiantado o que interfieran con el normal funcionamiento de los establecimientos;
- e. Controlar y regular el transporte escolar;
- f. Planificar y gestionar el espacio público en correspondencia con la obligación de Estado de garantizar el acceso a una educación de calidad y cercanía, y con la construcción de la infraestructura educativa;

- g. Apoyar la construcción y mantenimiento de espacios públicos para la utilización escolar;
- h. Apoyar la provisión de sistemas de acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones; e,
- i. Dar mantenimiento de redes de bibliotecas, hemerotecas y centros de información, cultura y arte vinculadas con las necesidades del sistema educativo”.

El artículo 129 de la citada Ley Orgánica confiere a la Autoridad Educativa Nacional, competencia para autorizar, regular y controlar el funcionamiento de todas las instituciones públicas, municipales, particulares y fiscomisionales en el ámbito de su competencia; así como, las políticas emitidas y los recursos asignados de conformidad con la presente Ley y el Reglamento.

Finalmente, la Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, prescribe que: “El Ministerio de Relaciones Laborales, en coordinación con los Ministerios de Educación y Finanzas, podrá expedir resoluciones que definan condiciones excepcionales de contratación de docentes bajo cualquier modalidad de relación contractual y/o remunerativa”.

Sobre la gestión concurrente de competencias exclusivas y la posibilidad de suscribir al efecto, convenios entre los distintos niveles de gobierno, los artículos 126 y 328 del COOTAD, disponen en su orden:

“Art. 126.- Gestión concurrente de competencias exclusivas.- El ejercicio de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución para cada nivel de gobierno, no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos. En este marco, salvo el caso de los sectores privativos, los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel, conforme el modelo de gestión de cada sector al cual pertenezca la competencia y con autorización expresa del titular de la misma a través de un convenio”.

“Art. 328.- Prohibiciones a los órganos legislativos.-Está prohibido a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados:

- a) Interferir en la gestión de las funciones y competencias que no les corresponda por disposición constitucional o legal y que sean ejercidas por las demás dependencias públicas;
- b) Interferir, mediante actos normativos, en la ejecución de obras, planes o programas que otro nivel de gobierno realice en ejercicio de sus competencias, salvo la existencia de convenios...”.

Por su parte, el artículo 109 del COOTAD clasifica a las áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado en sectores privados, estratégicos y comunes; y, el artículo 110 *ibídem*, con respecto a los sectores privados dispone que son aquellos en los que, por su naturaleza estratégica de alcance nacional, todas las competencias y facultades corresponden exclusivamente al gobierno central, y no son descentralizables. La misma norma establece que “Son sectores privados la defensa nacional, protección interna y orden público las relaciones internacionales; las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; de comercio exterior: y de endeudamiento externo”.

Nótese que pese a la educación no consta entre los sectores privados de competencia del gobierno central que establece el artículo 110 del COOTAD.

De las normas citadas se desprende que, las competencias en materia de educación, se distribuyen entre la Autoridad Nacional, que ejerce la rectoría del sector y la provisión de los recursos, según el artículo 22 de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural; y, los gobiernos autónomos descentralizados municipales, a los que corresponde la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física destinada a la educación, según los artículos 55 letra g) y 138 del COOTAD y 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Sin embargo, la educación no está incluida entre aquellas áreas privadas del gobierno central, establecidas por el artículo 110 del COOTAD, sin perjuicio de las competencias exclusivas de rectoría y provisión de recursos educativos, que asigna al gobierno central el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

En consecuencia, es jurídicamente procedente que la gestión de la competencia de provisión de recursos educativos, pueda ser gestionada en forma concurrente con las municipalidades, de conformidad con el citado artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en concordancia con el artículo 126 del COOTAD, que dispone al efecto que un convenio instrumente la autorización expresa del titular de la competencia.

De otra parte, las municipalidades pueden crear establecimientos de educación, sujetos al currículo de aplicación nacional, aprobado por la autoridad nacional de educación, según los artículos 6 letra g), 53 y 54 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Del tenor de su consulta y del informe del Procurador Síndico se desprende que en el presente ejercicio fiscal, no están presupuestados recursos municipales para la contratación de profesores.

En materia presupuestaria, la Municipalidad está sujeta al ámbito de aplicación del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo artículo 4 dispone que: “Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República”.

El artículo 97 del citado Código Orgánico dispone que la programación presupuestaria es la fase del ciclo presupuestario en la que, en base de los objetivos determinados por la planificación y las disponibilidades presupuestarias coherentes con el escenario fiscal esperado, se definen los programas, proyectos y actividades a incorporar en el presupuesto, con la identificación de las metas, los recursos necesarios, los impactos o resultados esperados de su entrega a la sociedad; y, los plazos para su ejecución.

De conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

Por su parte, el artículo 116 *ibídem*, dispone que: “Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria...”.

De las normas citadas del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas se desprende que en la fase de programación presupuestaria a la que se refiere su artículo 97, todas las instituciones del sector público; y, entre ellas las Municipalidades, deben determinar los recursos necesarios para la ejecución de las actividades, programas y proyectos del correspondiente ejercicio fiscal. De lo que se colige que la necesidad de contratar nuevos profesores municipales, debe contar con la respectiva partida presupuestaria destinada a ese fin, de conformidad con el artículo 115 del citado Código Orgánico.

Si bien es jurídicamente procedente que la gestión de la competencia de provisión de recursos educativos, pueda ser gestionada en forma concurrente con las municipalidades, de conformidad con el citado artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en concordancia con el artículo 126 del COOTAD, que dispone al efecto que un convenio instrumente la autorización expresa del titular de la competencia, al no contar la Municipalidad de Montecristi con recursos en su presupuesto municipal, que pueda destinar al efecto, en atención a los términos de su consulta se concluye que no le corresponde a la Municipalidad

de Montecristi, contratar profesores para que presten servicios en instituciones educativas fiscales, pues la provisión de recursos para el funcionamiento de los establecimientos fiscales de educación, compete a la Autoridad Nacional de Educación, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Toda vez que de conformidad con los artículos 6 letra g), 53 y 54 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural las municipalidades pueden crear establecimientos municipales de educación, los profesores con nombramientos extendidos por esa municipalidad deben continuar prestando sus servicios en las instituciones municipales de educación; mientras que, la suscripción de nuevos contratos, está sujeta a la existencia de recursos en el presupuesto municipal, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

OF. PGE. N°: 03045, de 28-07-2011

**CONTRATO PRINCIPAL Y COMPLEMENTARIO:
INCOMPETENCIA DE LA PGE PARA
APROBAR SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS**

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DEL AGUA

CONSULTA:

“¿Con el fin de precautelar los intereses del Estado y por los antecedentes y disposiciones legales expuestas, resulta procedente la suscripción del contrato principal y complementario con la compañía adjudicada Hidalgo & Hidalgo S.A.?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública Arts. 6 num.1, Disp. Trans. Sexta.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 60 y 118.

Ley de Contratación Pública Arts. 6, 14, 60, 96, 97 y 98 (derogada).

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 65 al 69 y 76.

Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública Art. 5 (derogado).

Res. N° DE-TSV-02-08 de 27-08-2008.

D. E. N° 57 de 23-09-2009 Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

La ex-CEDEGE fue fusionada por absorción a la Secretaría Nacional del Agua, en virtud del Decreto Ejecutivo No. 57 de 23 de septiembre del 2009, asumiendo esta última Secretaría todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos y otros instrumentos jurídicos, nacionales o internacionales, vinculados con la ex-CEDEGE, según lo establece el artículo 4 del Decreto Ejecutivo citado.

De manera previa a atender la consulta, esta Procuraduría con oficio No. 02368 de 20 de junio del 2011, solicitó a la Secretaría Nacional del Agua que remita la documentación relacionada con la consulta formulada de acuerdo al detalle constante en dicha comunicación. En respuesta a este requerimiento, con oficio No. Of.SN.1.0652 de 28 de junio del 2011, el Secretario Nacional del Agua remite los documentos solicitados y, posteriormente, mediante oficio No. Of.CGAJ.4-0029 de 5 de julio del 2011, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de SENAGUA, emite directamente una opinión jurídica que difiere del criterio jurídico adjuntado al oficio de consulta.

Frente a esta situación, mediante oficio No. 02794 de 14 de julio del 2011, este Despacho requirió a usted se sirva determinar cuál de los dos criterios jurídicos enviados a esta Procuraduría contiene la posición jurídica institucional de la Secretaría a su cargo, solicitud que ha sido atendida mediante oficio No. Of.SN.1-0729 de 20 de julio del 2011, en el cual se señala que la posición jurídica institucional es la contenida en el oficio No. Of.CGAJ.4-0981 de 19 de diciembre del 2010, adjuntado al oficio de consulta.

Con estos antecedentes, atiendo la consulta formulada en los siguientes términos:

Del contenido del oficio de consulta, así como del criterio jurídico institucional contenido en el oficio No. Of.CGAJ.4-0981 de 19 de diciembre del 2010, y de los documentos remitidos a solicitud de este Despacho, se desprende que mediante Resolución No. DE-TSV-01-08 de 28 de junio del 2008, el Director Ejecutivo de la ex-CEDEGE, amparado en el artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, resolvió declarar la emergencia para la contratación de los trabajos de construcción del Proyecto “Trasvase desde el Canal Chongón - Sube y Baja al Embalse San Vicente”. En la misma resolución se resolvió invitar directamente a presentar su propuesta técnica y económica a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A. y conformar una Comisión Técnica-Económica-Jurídica para que lleve adelante el proceso de selección y contratación de los trabajos requeridos.

Con Resolución No. DE-TSV-02-08 de 27 de agosto del 2008, el Director Ejecutivo de CEDEGE, tomando en cuenta la recomendación de la Comisión Técnica-Económica-Jurídica designada, resolvió adjudicar el contrato de construcción del Proyecto “Trasvase desde el Canal Chongón - Sube y Baja al Embalse San Vicente” a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A., de acuerdo a la oferta presentada por esta empresa, que fuera aceptada por la CEDEGE, por un monto de USD 43 726.219,52, y un plazo de ejecución de los trabajos de veinte y cuatro (24) meses calendario, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo, que se estableció en el cincuenta por ciento (50%) del valor de la oferta adjudicada, según consta en el artículo 1 de la Resolución No. DE-TSV-02-08 de 27 de agosto del 2008.

En aplicación de lo que disponía el artículo 60 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, el Director Ejecutivo de CEDEGE solicitó los informes previos de ley a esta Procuraduría General y a la Contraloría General del Estado, habiéndose emitido informes previos favorables por parte de los dos organismos, contenidos en los siguientes oficios: Procuraduría General del Estado oficio No. 210-CP-08-1246 de 2 de octubre del 2008; y, Contraloría General del Estado oficio No. 034317-DCP de 1 de octubre del 2008. En este último informe, la Contraloría General del Estado, en el numeral 19 de su oficio, señala lo siguiente: “19. La entidad ha preparado los diseños y planos de ingeniería básica y especificaciones mínimas de la alternativa “B” del proyecto, en base de la cual ha elaborado el presupuesto referencial y los documentos correspondientes a la invitación por adhesión para la construcción del Proyecto de Trasvase desde el Canal Chongón-Sube y Baja al embalse San Vicente; por esta razón la CEDEGE incluyó en el proyecto de contrato la obligación de que se ejecute la ingeniería de detalle, aspecto que se deja de exclusiva responsabilidad de la entidad.”

La Secretaría Nacional del Agua señala que la ex-CEDEGE, amparada en dicha observación de la Contraloría General del Estado, y considerando que por la emergencia declarada no se contó con estudios y diseños a nivel de detalle, sino únicamente con las especificaciones técnicas mínimas de la obra que requería contratarse en forma emergente, previo un concurso público sujeto a la Ley de Consultoría (también vigente a esa fecha), adjudicó la elaboración de los estudios y diseños, a nivel de detalle, a la compañía ACOTECNIC Cía. Ltda. y celebró el respectivo contrato con dicha consultora el 19 de diciembre del 2008, contrato que ascendió al monto de USD 566.798,64 (Cláusula Séptima del contrato), con un plazo de ejecución de ciento diez (110) días calendario, contados a partir del inicio de los trabajos, que fue de cinco días posteriores a la recepción del anticipo, conforme se estipuló en la Cláusula Sexta del contrato celebrado.

Concluidos los estudios de ingeniería, a nivel de detalle, el 28 de octubre del 2010 se suscribe el Acta de Entrega Recepción Única y Definitiva de tales estudios, de la que se desprende que la obra “Trasvase desde el Canal Chongón - Sube y Baja al Embalse San Vicente” debe ejecutarse en base a los estudios de detalle entregados, que según se señala en el oficio de consulta (oficio No. Of.SN.1-0600 de 13 de junio del 2011) no cambian el objeto del contrato adjudicado a Hidalgo & Hidalgo S.A., sino que en base de supresión de rubros y modificación de cantidades de obra originalmente previstas en las especificaciones mínimas de la obra a contratarse, se modifica el costo final de la contratación del proyecto, que pasa de USD 43'726.219,52 (valor adjudicado) a USD 35'063.741,03.

En el mismo oficio de consulta se indica que hasta la presente fecha no se ha podido superar la emergencia declarada por el Director Ejecutivo de la ex-CEDEGE, originada en la sequía existente en la zona del proyecto, sin que se hayan podido solucionar los daños producidos por tal sequía, por lo cual la emergencia sigue vigente.

Con tales antecedentes, conviene considerar lo que disponía la letra a) del artículo 6 de la derogada Ley de Contratación Pública, que debió sustentar la declaratoria de emergencia resuelta por la ex-CEDEGE: “Art. 6.- Excepciones.- Se exceptúan de los procedimientos precontractuales los siguientes contratos: a) Los que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar;...”. Este fue el fundamento legal que invocó el Director Ejecutivo de la ex-CEDEGE en la Resolución No. DE-TSV-01-08 de 28 de junio del 2008 que, como se dejó señalado, declaró en emergencia la ejecución de los trabajos de construcción del Proyecto “Trasvase desde el Canal Chongón - Sube y Baja al Embalse San Vicente”. Adicionalmente, al tenor de lo que disponía el inciso quinto del artículo 5 del Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, que facultaba a la entidad para disponer la contratación directa del proyecto declarado en emergencia, en la misma resolución de declaratoria de emergencia se resolvió invitar directamente a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A. a que presente su propuesta técnica y económica para la contratación de los trabajos requeridos.

Adjudicado el contrato a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A., en virtud de la Resolución No. DE-TSV-02-08 de 27 de agosto del 2008, y contando con los informes previos y favorables de esta Procuraduría y de la Contraloría General del Estado, no se celebró el contrato en razón de la observación formulada por la Contraloría en su informe de ley (que ha sido transcrita en el presente oficio), relacionada con la necesidad de contar con la ingeniería de detalle para ejecutar

los trabajos. Sobre este particular, conviene precisar que si bien el artículo 14 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública -aplicable al proceso en análisis- establecía como requisito previo para iniciar cualquier procedimiento precontractual contar con los estudios completos, debidamente concluidos, recibidos previa fiscalización y aprobados por la entidad contratante, el artículo 4 del también derogado Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, establecía una dispensa a esta regla general cuando disponía lo siguiente: “Art. 4.- Especificaciones esenciales.- El Ministro o el representante legal de la entidad u organismo, según el caso, antes de decidir la contratación al amparo del artículo 6 de la ley, deberá contar con las especificaciones mínimas de la obra, bien o servicio de que se trate, en el caso del literal a); y, especificaciones técnicas completas para los demás literales del artículo señalado”, que era aplicable a las contrataciones bajo régimen de excepción por emergencia.

La contratación de la obra adjudicada a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A. debió contar con especificaciones mínimas para viabilizar la invitación directa y la adjudicación y, en tal virtud, adjudicado el contrato y contando con los informes favorables de ley, debió haberse formalizado, en forma independiente de contar con la ingeniería de detalle para ejecutar los trabajos, que bien podría haberse entregado posteriormente al contratista de la obra, para que realice los ajustes respectivos en el proyecto, y si ameritaba, celebrar un contrato complementario para disminuir rubros y cantidades de obra del proyecto original, conforme lo determinó la empresa consultora ACOTECNIC Cía. Ltda., que realizó los estudios de ingeniería de detalle requeridos, precisamente porque era una contratación amparada en un régimen de excepción por emergencia declarada por el órgano facultado para ello, de acuerdo a la normativa legal y reglamentaria aplicables a esta contratación.

De los documentos remitidos por SENAGUA, se desprende que la adjudicación realizada por la ex-CEDEGE, a la que la Secretaría a su cargo, sucedió en todos sus derechos y obligaciones, conforme lo establece el Decreto Ejecutivo No. 57 de 23 de septiembre del 2009, no ha sido revocada o dejada sin efecto, por lo cual, desde el punto de vista legal, se encuentra vigente y genera derechos y obligaciones, tanto a la entidad contratante como al adjudicatario, ya que conforme lo define el numeral 1 del artículo 6 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la adjudicación “...Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”, concepto que es plenamente aplicable al caso en análisis, pues la adjudicación realizada por la ex-CEDEGE constituye un acto administrativo ema-

nado de órgano competente que ha generado derechos y obligaciones de manera directa al proponente adjudicado.

Por su parte, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, aplicable a SENAGUA por ser una Secretaría Nacional que forma parte de la Función Ejecutiva, en sus artículos 65 al 69, en concordancia con el artículo 76 del mismo Estatuto -que se refiere a la formación de los contratos administrativos mediante la emisión de actos administrativos (como la adjudicación de un contrato), hechos, reglamentos y actos de simple administración independientes- determina que los actos administrativos notificados al administrado gozan de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y deben cumplirse, sin perjuicio de que puedan ser impugnados en sede administrativa o judicial.

La Disposición Transitoria Sexta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone lo siguiente: "Sexta.- Los procesos de contratación iniciados hasta antes del 30 de abril del 2009, se concluirán aplicando los pliegos y las normas que estuvieron vigentes al momento de su convocatoria". En este mismo sentido, el Instituto Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución No. INCP-005-08 de 3 de octubre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre del 2008, que en su artículo 2 establece lo siguiente: "Artículo 2.- Todo procedimiento de contratación iniciado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que contare a esta fecha con los informes favorables de Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado, se deberá celebrar de conformidad con los correspondientes informes". Aplicadas tales disposiciones normativas al caso que motiva este pronunciamiento, se concluye que al proceso de contratación que culminó con la adjudicación a la compañía Hidalgo & Hidalgo S.A. le son aplicables las normas vigentes al momento de la invitación directa cursada por la ex-CEDEGE (actual SENAGUA), es decir, la Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento General Sustitutivo.

De otro lado, según se ha señalado en el oficio de consulta y consta de los documentos anexados al oficio No. Of.SN.1.0652 de 28 de junio del 2011, el Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos (MICSE), con oficio MICSE-10-809 de 22 de octubre del 2010, y la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), mediante oficio No. SENPLADES-RL-2010-418 de 27 de octubre del 2010, en uso de las facultades establecidas en los artículos 60 y 118 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y por considerar que el proyecto se enmarca en el Plan Nacional de Desarrollo, denominado para este período de gobierno "Plan Nacional de Buen Vivir 2009-2013", específicamente con el Objetivo 11: "Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible", Política 11.3: "Impulsar las condiciones productivas necesarias para el logro de la

soberanía alimentaria”, han emitido sus respectivos dictámenes de prioridad para que se continúe con la ejecución del proyecto “Trasvase desde el Canal Chongón - Sube y Baja al Embalse San Vicente”, durante el presente ejercicio fiscal.

En cuanto a la celebración de un contrato complementario para la ejecución de los mismos trabajos, si después de celebrado el contrato principal fuere necesario ampliar, modificar o complementar la obra debido a causas imprevistas o técnicas presentadas en su ejecución, se observará lo que disponían los artículos 96, 97 y 98 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, que son aplicables a la celebración del contrato materia de la consulta, aclarándose que no procede que al mismo tiempo celebren el contrato principal y el contrato complementario, en base a causas imprevistas o técnicas que ya se conocen previo a la celebración del contrato principal y que deben ser incluidas en el mismo.

Corresponde a la SENAGUA, en aplicación de las normas legales y reglamentarias señaladas en este pronunciamiento, resolver la continuación de la contratación motivo de la consulta, considerando las calificaciones de prioridad emitidas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) y el Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos (MICSE), para lo cual determinará la necesidad técnica actual de ejecutar las obras y verificará que se cuente con la existencia y disponibilidad de recursos económicos para financiar la ejecución de los trabajos.

La justificación técnica de la emergencia y la necesidad de contratar y ejecutar la obra, en la actualidad, son de responsabilidad de la entidad contratante.

La Procuraduría General del Estado no tiene competencia para aprobar o autorizar la suscripción de contratos o convenios a las instituciones del sector público. En consecuencia, este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales, mas no a la procedencia de suscribir los contratos principal y complementario que motivan su consulta. Los aspectos técnicos, económicos y la conveniencia institucional de la contratación, así como los términos de los contratos que llegaren a suscribirse, son de exclusiva responsabilidad de los funcionarios competentes de la Secretaría Nacional del Agua.

OF. PGE. N°: 03348, de 23-08-2011

CONTRATOS: INHABILIDADES PARA SU CELEBRACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE PUJILÍ

CONSULTA:

“¿Si los parientes comprendidos dentro del Segundo Grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad de los servidores públicos municipales y cuerpo legislativo municipal pueden celebrar contratos con la institución municipal?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización Art. 364.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 24 lit. j) y 48.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1, 63 num.4, 64, 65, 99; y, 111 de su Reglamento.

Código Civil Arts. 22 y 23.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio del Procurador Síndico Municipal que consta en el oficio No. 0253-GADMP-AJ-2011 de 30 de mayo de 2011, que con las citas de los artículos 63 numeral 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 24 literal j) de la Ley Orgánica del Servicio Público, concluye manifestando que: “En aplicación del artículo mencionado se colige que los parientes de los servidores públicos que trabajan en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal no podrán contratar hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre y cuando el servidor público obtenga beneficio o privilegio a su favor”.

El inciso primero del Art. 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.

En primer término, procede referirse a las prohibiciones generales establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el Art. 3 prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en la letra j) del Art. 24 entre las prohibiciones a los servidores públicos le señala resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que también se aplicará para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés.

De la normativa de la Ley Orgánica del Servicio Público citada, se desprende que sus disposiciones son de aplicación obligatoria a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, entre estas la Municipalidad de Pujilí y que se prohíbe a los servidores públicos gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ampliando la prohibición a las personas jurídicas en las que el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés.

De otra parte, de acuerdo con el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su ámbito de aplicación específicamente se halla referido a la contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuya aplicación es obligatoria para las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, por mandato del numeral 4 del mismo artículo 1 *ibídem*.

El Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referido a las inhabilidades especiales dispone que no podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante: "1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción".

El numeral 4 del Art. 63 de la indicada Ley Orgánica, entre las prohibiciones para celebrar contratos con la Entidad Contratante, señala a los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes

hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones.

De la norma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que antecede, se determina que los consejeros provinciales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales rurales, no podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante en su respectiva jurisdicción; así como tampoco podrán celebrar dichos contratos, los funcionarios, servidores o empleados que intervengan en la etapa precontractual o contractual, que con su acción u omisión favorezcan a su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El Art. 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que, si se celebra un contrato contra expresa disposición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista; y que, a partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resulte de la liquidación que se practicará. Agrega la norma que si la celebración del contrato cause perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal que hubiere lugar.

El Art. 65 de la mencionada Ley Orgánica prevé que los contratos regidos por esa Ley, serán nulos en los siguientes casos: "1. Por las causas generales establecidas en la Ley; 2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, 3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente". Agrega la disposición que el "Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad".

El inciso tercero del Art. 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que: "La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar".

Por otra parte, el Art. 111 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que a más de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán celebrar contrato con la entidad contratante:

“1.- Los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los consejeros provinciales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales de su respectiva jurisdicción...”.

Cabe señalar que el Código Civil en el Art. 22 establece que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí. Agrega la disposición, que cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.

Respecto al parentesco por afinidad, el Art. 23 del Código Civil, señala que es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor; y agrega que la línea o grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado.

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 24 letra j) de la LOSEP, que prohíbe a los servidores públicos suscribir contratos con el Estado en su beneficio, o de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en atención a su consulta, se concluye que no es procedente que los servidores públicos municipales y cuerpo legislativo municipal suscriban contratos con la Municipalidad de Pujilí, en beneficio propio o que beneficien a sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el incurrir en dicha prohibición acarrea la destitución del servidor, de conformidad con lo previsto en la letra j) del Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Adicionalmente, al tenor del numeral 1 del Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece las inhabilidades especiales para los contratos regulados por dicho cuerpo legal, no pueden celebrar contratos con la Municipalidad de Pujilí, los concejales municipales de dicho cantón.

De otra parte, en aplicación del numeral 4 del mismo Art. 63 se encuentran prohibidos de celebrar contratos con el Gobierno Autónomo Descentralizado de Pujilí, los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren favorecer a su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que dichos funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún cuando hubieren renunciado a sus funciones.

Además de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo prescrito en el Art. 111 de su Reglamento General, no podrán celebrar contratos con la Municipalidad de Pujilí, los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los concejales municipales; así como las personas jurídicas en las que sean socios, accionistas o directivos, los funcionarios, servidores o dignatarios municipales que están inhabilitados de forma general o especial, o sus cónyuges.

En caso de celebrarse contratos en contravención a las prohibiciones que anteceden, será causal de terminación unilateral del contrato conforme lo establece el Art. 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales previstas en esa norma, y en el inciso 3° del Art. 99 de la Ley Orgánica citada; así como la destitución del servidor de conformidad con la letra j) del Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Con relación a la inhabilidad para contratar con parientes a la que se hace referencia en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, me pronuncié en oficio No. 15354 de 19 de julio de 2010, en atención a la consulta formulada por la Municipalidad del Cantón "El Pan".

OF. PGE. N°: 04111, de 07-10-2011

CONTRATOS: LIQUIDACIÓN Y EXTENSIÓN DE DOS O MÁS CONTRATOS EN FORMA INDEPENDIENTE –PAGO POR COMPENSACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS, EMGIRS-EP

CONSULTA:

“Dos de esos contratos fueron celebrados con la Fundación Natura y con Natura Inc., el primero para la administración, mantenimiento y manejo integral de la estación de transferencia de Zámbez y el segundo para la construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario; el primer contrato se celebró únicamente con Natura Inc.

Puesto que como consecuencia del primer contrato la EMGIRS debe realizar varios pagos al contratista, mientras que en el otro son los contratistas los que adeudan valores a la Empresa, me permito consultarle sobre la posibilidad de que opere el mecanismo de pago por compensación al que se refiere el artículo 1671 del Código Civil y, en consecuencia, sea posible retener los valores que la EMGIRS adeuda en un contrato, a fin de pagar con ellos los valores de los que es acreedora en el otro contrato”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Código Civil Arts. 1671, 1672, 1673, 1677 y 1957.

Ley de Reforma Tributaria Disp. Trans. Cuarta.

Res. de la P. G. E. N° 17 Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 03550 de 6 de septiembre de 2011, este Organismo solicitó a usted remita copia certificada de la documentación relacionada con la consulta. El referido requerimiento de documentación, se realizó de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: “Al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente”.

Dicho requerimiento fue atendido mediante oficio No. EMGIRS 0319.2011 de 19 de septiembre de 2011; sin embargo, revisada la documentación remitida por esa empresa pública, se verificó que ésta no constaba en copias certificadas, por lo que mediante oficio No. 03873 de 26 de septiembre de 2011, este Organismo insistió en el requerimiento inicial, que finalmente fue atendido mediante oficio No. EMGIRS 0347.2011 de 4 de octubre de 2011, ingresado el 10 de octubre del presente año.

El informe jurídico contenido en memorando No. EMGIRS-AJ-0103-2011 de 14 de septiembre de 2011, que fue remitido como adjunto de su oficio EMGIRS 0319.2011 de 19 de septiembre de 2011, refiere como antecedente que la Corporación de Salud Ambiental de Quito (Vida para Quito), fue creada mediante Acuerdo del Ministerio del Ambiente No. 067 de 31 de octubre de 2001, con el objeto de ejecutar, entre otras actividades, proyectos ambientales definidos por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Agrega que el 28 de abril de 2005, la Corporación de Salud Ambiental de Quito, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y la Empresa Metropolitana de Aseo, suscribieron un Convenio de Cooperación Institucional, mediante el cual la Corporación asumió la competencia de desarrollar el proceso de disposición de los residuos sólidos producidos en el Distrito Metropolitano de Quito. Copia certificada del referido Convenio ha sido remitida a pedido nuestro.

Añade el informe jurídico que al amparo del citado Convenio de Cooperación Institucional, la Corporación de Salud Ambiental de Quito, suscribió entre otros, los siguientes contratos:

1. Con la compañía Natura Cía. Ltda., el 8 de junio de 2005, el contrato para la administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 – Zábiza, cuya terminación acordaron las partes el 7 de enero de 2011.
2. Con la Fundación Natura y con la Empresa Natura Inc. Cía. Ltda., el 22 de noviembre de 2006, el contrato para la construcción, operación, manejo ambiental del relleno sanitario y transporte de los desechos sólidos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el Relleno Sanitario. Este contrato terminó de mutuo acuerdo, según Acta de Acuerdo Total de mediación No. 29-SCM-2010 de 28 de mayo de 2010, habiéndose comprometido las partes a efectuar una transición hacia el nuevo modelo de gestión del relleno sanitario de Quito, hasta el 31 de marzo de 2011. Copia certificada del Acta de Acuerdo Total ha sido remitida a pedido nuestro.

El informe añade que por considerar necesario reorganizar la estructura municipal y su modelo de gestión, para recuperar de manera ordenada el ejercicio de las potestades públicas para la prestación de servicios públicos, el Concejo Metropolitano de Quito, mediante Resolución No. CO 10 de 20 de agosto de 2009, autorizó al Alcalde para que ejecute los procedimientos legales para la disolución y liquidación de la Corporación de Salud Ambiental de Quito, disponiendo que los pasivos que no puedan ser solucionados y los contratos y convenios que no pudieren ser concluidos durante el proceso de disolución y liquidación, podrán ser asumidos por la Municipalidad o una de sus empresas públicas, previa la suscripción de los instrumentos contractuales correspondientes.

Se agrega que mediante Ordenanza Metropolitana No. 0323 sancionada el 18 de octubre de 2010, se creó la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos (EMGIRS-EP), cuyo principal objeto es diseñar, planificar, construir, mantener, operar y en general, explotar la infraestructura del sistema municipal de gestión de residuos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito; y que, mediante Convenio Interinstitucional para la Transferencia de Administración de la Gestión y Manejo de Residuos Sólidos, celebrado el 25 de febrero de 2011, la Corporación de Salud Ambiental de Quito transfirió a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos (EMGIRS-EP), todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones derivados de los contratos, entre ellos los contratos celebrados con Fundación Natura y la Compañía Natura Inc.

Con respecto al tema específico materia de consulta, el informe jurídico expone que en nuestro ordenamiento jurídico la compensación, como modo de extinguir obligaciones, opera “cuando las dos partes son mutuamente deudoras”. Cita los artículos 1671 y 1672 del Código Civil.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico argumenta que: “En el caso que nos ocupa eso significaría que lo adeudado por la EMGIRS-EP en virtud del un contrato puede compensarse lo adeudado por el contratista en virtud del otro”; y, agrega: “Para ello sin embargo, es indispensable que exista identidad entre deudores y acreedores cosa que no ocurre con los contratos a los que se ha hecho referencia, pues el contratista en el un caso es Natura Inc. Cía. Ltda; y, en el otro es Fundación Natura y Natura Inc. Cía. Ltda. Existe un tercero (Fundación Natura) que solo tiene obligaciones en virtud del contrato para la Construcción, Operación, Manejo Ambiental del Relleno Sanitario y Transporte de los Desechos Sólidos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el Relleno Sanitario suscrito el 22 de noviembre de 2006”

El informe jurídico concluye que: “...los contratos deben tenerse como independientes, sin que sea factible aplicar la compensación, porque las obligaciones derivadas de los dos contratos involucran a personas diferentes: la Fundación

Natura, y Natura Inc. Cía. Ltda. (Se hace notar que ésta compañía se constituyó con la participación accionaria mayoritaria de Fundación Natura). Se trata además de dos contratos con objetos diferentes, por tanto cada uno debe ser tratado y liquidado de manera individual, acorde a las obligaciones que se hayan asumido contractualmente y cumplido, conforme los informes de fiscalización y las correspondientes actas de entrega recepción”.

En memorando No. EMGIRS-AJ-048-2011, que se adjuntó al oficio inicial de consulta, la Asesora Jurídica de esa empresa pública argumentó que “Efectuar una liquidación conjunta que permita tomar en cuenta los valores globales por la operación de la estación de transferencia y del relleno sanitario, aún considerando que son dos relaciones jurídicas distintas, estimaría que es posible, si se obtuviere expresamente el consentimiento de Fundación Natura y Natura Inc. Cía. Ltda., pues los valores que se deban en un contrato no son imputables al otro”. El mismo memorando añade que se debe examinar la procedencia de retener los pagos de un contrato sobre la base de las obligaciones del otro y si al no efectuar la retención, eso podría entenderse como una actuación indebida de la Administración, con la correspondiente responsabilidad si no se llega a recuperar los valores adeudados por el contratista.

De las copias certificadas de los contratos a los que se refiere la consulta, que han sido remitidas a pedido nuestro se desprende lo siguiente:

1. El contrato de Administración, Mantenimiento y Manejo Integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 – Zámbriza, fue suscrito el 8 de junio de 2005, entre la Corporación de Salud Ambiental de Quito, y la Empresa Natura Inc. Cía. Ltda. Su objeto, estipulado en la cláusula tercera, fue el siguiente: “... la Empresa se compromete a administrar, mantener y manejar en forma integral en dos fases la Estación de Transferencia de los desechos sólidos No. 2 (Zámbriza)”.

En la cláusula segunda se refiere como antecedente que: “Con fecha 17 de mayo del 2005, Fundación Natura y la Corporación suscribieron un Convenio Marco para el Mantenimiento, Administración y Construcción de la Estación de Transferencia en el Sector de Zámbriza, Distrito Metropolitano. Así mismo, se comprometieron formalmente según la cláusula tercera a celebrar el contrato de administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de los desechos sólidos No. 2 (Zámbriza), a través de Natura Inc., en el mismo que se hará constar las etapas a desarrollarse.”

La cláusula quinta prevé que la contratista debe entregar a la Corporación, una “garantía bancaria o póliza de seguro que respalde el buen uso del anticipo, por

un monto de US \$ 70.000,00 con una vigencia de 30 días; y otra, que respalde el fiel cumplimiento del contrato, por el 10% del valor total del mismo. Esta última garantía o póliza deberá mantenerse vigente hasta que se produzca la terminación del contrato”. La misma cláusula estipula que: “Las garantías bancarias o póliza de seguro indicadas serán incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, emitida por un banco o una compañía de seguros con domicilio en el Ecuador”.

Según la cláusula sexta, las fases de ejecución del contrato son una inicial y de construcción; y una segunda fase de operación. El plazo del contrato, según su cláusula cuarta fue pactado en cinco años, previéndose que el contrato terminaría en forma automática, el 8 de junio del 2010.

La cláusula décimo primera prevé que el contrato es de naturaleza civil.

2. El 7 de junio de 2010, las mismas partes, esto es la Corporación Vida para Quito y Natura Inc., suscriben un adendum al contrato descrito en el acápite anterior, cuyo objeto según la cláusula cuarta fue modificar el plazo contractual, acordando que vencería indefectiblemente el 31 de marzo de 2011.

En la cláusula tercera “Antecedentes” refiere que la Corporación de Salud Ambiental de Quito es una persona jurídica de derecho privado con finalidad social, sin fines de lucro, sujeta al Código Civil y a su Estatuto, que se constituyó como Unidad de Gestión de los recursos captados mediante la aplicación de Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41; y, a la Resolución No. C 0010 de 20 de agosto de 2009, por la que el Concejo Metropolitano autorizó al Alcalde iniciar la liquidación de la Corporación.

3. El contrato de construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario de Quito y transporte de los desechos sólidos desde la Estación de Transferencia, fue suscrito el 22 de noviembre de 2006 por la Corporación de Salud Ambiental de Quito y la Fundación para la Conservación de la Naturaleza, Fundación Natura, en calidad de contratista.

El objeto del contrato, según su cláusula tercera, fue el diseño y construcción del relleno sanitario de Quito, ubicado en el sector “El Inga”, su operación y administración; así como el transporte de los desechos sólidos desde el lugar de transferencia, esto es la Estación No. 2 hasta el sitio de disposición final, ubicado en el sector El Inga.

La cláusula sexta prevé que para el cumplimiento de las obligaciones que Fundación Natura asume por el contrato, “ésta se compromete a constituir un consorcio

con las empresas previamente calificadas por la Corporación, o bien a celebrar los acuerdos que sean necesarios para el cumplimiento de este contrato, todos los cuales deberán sujetarse a lo previsto en este documento y no podrán modificarlo o alterarlo. Si en el futuro y para las finalidades indicadas, Fundación Natura optare por celebrar acuerdos con otras empresas para la construcción, operación, manejo de lixiviados, olores y gas, éstas deberán ser previamente calificadas por la Corporación...”.

El segundo párrafo de la cláusula sexta del contrato, prevé que la Fundación Natura será directamente responsable ante la Corporación, de todas y cada una de las obligaciones previstas en ese contrato.

La cláusula décimo sexta estipula las garantías que Fundación Natura debió entregar a la Corporación, para respaldar el fiel cumplimiento de las obligaciones, renovables anualmente por un monto equivalente al 10% de los valores cancelados por la Corporación en el período anual inmediatamente anterior.

4. Acta de Acuerdo Total de Mediación No. 29 SCM 2010 de 28 de mayo de 2010, suscrito entre la Corporación para la Salud Ambiental de Quito en Liquidación (Vida para Quito) y Fundación Ecuatoriana para la Conservación de la Naturaleza (Fundación Natura), por el que acuerdan terminar de mutuo acuerdo el contrato suscrito el 22 de noviembre de 2006 y se comprometen a efectuar una transición hacia el nuevo modelo de gestión del relleno sanitario de Quito, hasta el 31 de marzo de 2011.

5. Convenio Interinstitucional para la Transferencia de Administración de la Gestión y Manejo de Residuos Sólidos por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, suscrito el 25 de febrero de 2011.

El objeto del Convenio según su cláusula segunda es acordar la transferencia por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones, derivados de los contratos y de toda la gestión de residuos sólidos, así como de los proyectos culminados y por culminar, cuya administración venía ejerciendo la Corporación.

En el numeral 2.1 de la cláusula segunda del referido Convenio Interinstitucional, consta descrito su objeto, en los siguientes términos:

“2.1. En atención a los antecedentes expuestos, las partes acuerdan la transferencia por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa

Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones, derivados de los contratos y de toda la gestión de residuos sólidos, así como de los proyectos culminados y por culminar, cuya administración venía ejerciendo la Corporación hasta la fecha de suscripción del presente instrumento legal, conforme al detalle establecido en los documentos de anexo que forman parte integrante del presente instrumento legal, mismos que a continuación se detallan:

1. Anexo 2: Contratos de la Corporación de Salud Ambiental de Quito – Desechos Sólidos.
2. Anexo 3: Garantías de Seguro de Fianza Bancaria.
3. Anexo 4: Detalles de cuentas por pagar a contratistas por manejo de desechos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito
4. Anexo 4.1: Cuentas por pagar de desechos sólidos; y,
5. Anexo 5: Valores por liquidar (EPMASEO) Juntas Parroquiales – Transferencia de Competencias en Manejo de Desechos Sólidos...”.

La cláusula quinta del convenio estipula que la Corporación de Salud Ambiental de Quito cede a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, sus derechos y obligaciones como beneficiario de todas las garantías detalladas en el Anexo 3. Dicho anexo, describe las garantías otorgadas en los contratos sobre los que trata la consulta, el primero celebrado para la administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 Zámbriza y el segundo para la construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario de Quito y transporte de los desechos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el relleno sanitario, suscritos con Natura Inc. y Fundación Natura.

6. Memorando No. EMGIRS GER-ADMFIN-0141-2011 de 20 de junio de 2011, en el que la Gerente Administrativa Financiera de la empresa pública consultante informa a su Gerente General, los valores totales que Fundación Natura y Natura Inc. han recibido de la Corporación Vida para Quito con cargo a los respectivos contratos. En dicho informe consta que “Los anticipos otorgados han sido ya devengados”.

El citado memorando expone que: “De la información disponible en el Sistema Contable de la Corporación Vida para Quito, no es posible determinar si los pagos corresponden a uno o varios contratos, que permitan establecer si la liquidación de los rubros debe hacerse de forma conjunta o individual para cada uno de ellos”.

De los documentos citados se desprende que los dos contratos de los que provienen las obligaciones sobre cuya compensación trata la consulta, fueron celebrados por la extinguida Corporación de Salud Ambiental de Quito (Vida para Quito), uno con la Fundación Natura y el otro con la compañía Natura Inc. Cía. Ltda, respectivamente; y, que dichos contratos se celebraron como consecuencia del “Convenio Marco para el Mantenimiento, Administración y Construcción de la Estación de Transferencia en el Sector de Zámbriza, Distrito Metropolitano”, suscrito el 17 de mayo de 2005, entre Fundación Natura y la Corporación Vida para Quito, en el que las partes se comprometieron a celebrar el contrato de administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 (Zámbriza), “a través de Natura Inc”.

Si bien el referido Convenio Marco no ha sido remitido a este Organismo, el contenido de su cláusula tercera, referido al compromiso de suscribir el contrato para la Operación y Mantenimiento de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 Zámbriza, a través de Natura Inc., ha sido citado en la cláusula segunda de dicho contrato, suscrito con esa empresa el 8 de junio de 2005.

Lo dicho permite concluir que las obligaciones que han sido transferidas por la extinguida Corporación Vida para Quito a la empresa pública consultante, mediante el Convenio Interinstitucional de 25 de febrero de 2011, están referidas a la gestión y manejo de residuos sólidos que tuvo a su cargo esa Corporación de Salud Ambiental; y, que en el caso específico de los contratos suscritos con Fundación Natura y Natura Inc., dichos instrumentos fueron celebrados en el contexto de un Convenio Marco celebrado el 17 de mayo de 2005, entre la Corporación de Salud Ambiental y Fundación Natura. Es pertinente considerar en forma adicional que en la cesión se han incluido en forma expresa las garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones específicas por parte de las contratistas, según la cláusula segunda del referido Convenio Interinstitucional, su cláusula quinta y su Anexo 3, descritos en los antecedentes de este pronunciamiento.

El contenido de la consulta exige considerar que la compensación es “la extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas existentes en sentido inverso entre las mismas personas”. El numeral 6 del artículo 1583 del Código Civil, incluye a la compensación entre los modos de extinguir obligaciones; y, el artículo 1671 *ibídem*, establece los presupuestos en los que la compensación procede y dispone: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

De conformidad con el artículo 1672 del Código Civil, “La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y

ambas deudas se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes:

1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad;
2. Que ambas deudas sean líquidas; y,
3. Que ambas sean actualmente exigibles...”.

El artículo 1673 del Código Civil, dispone que para que haya lugar a la compensación “es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras”; y, agrega: “Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. // Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle, por vía de compensación, lo que el tutor o curador le deba a él. // Ni requerido uno de varios deudores solidarios, puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido”.

En concordancia, el artículo 1677 del Código Civil dispone que: “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero”.

De las normas citadas se desprende que para que la compensación extinga obligaciones, debe operar entre dos partes que sean recíprocamente deudoras la una de la otra y por tanto, la compensación no procede respecto de deudas de terceros.

Por otra parte, es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 1957 del Código Civil dispone que: “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”

En el caso específico materia de consulta, no se cumplen los presupuestos jurídicos para que opere la compensación como modo de extinguir obligaciones, que es la existencia de deudas recíprocas entre dos sujetos, de conformidad con los artículos 1671 y 1673 del Código Civil, pues se trata de dos contratos suscritos por la extinguida Corporación de Salud Ambiental (Vida para Quito), con dos contratistas distintos, la empresa Natura Inc. y Fundación Natura, sin perjuicio del carácter de partícipe mayoritario que Fundación Natura tiene en Natura Inc. según refiere el informe jurídico, en virtud de que dicha empresa, al tenor del artículo 1957 del Código Civil, es una persona jurídica distinta de sus socios y por tanto un tercero para efectos de la relación jurídica contractual celebrada entre la Corporación Vida para Quito y Fundación Natura.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no contiene ninguna norma que autorice a una entidad del Estado, a efectuar la retención de pagos que adeude; y, la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que dichas empresas suspenderán los pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya establecido glosas de responsabilidad civil culposa que se hayan confirmado en sede administrativa, por cualquier causa y respecto de cualquier empresa pública o entidad del Estado, sin perjuicio del posterior ejercicio de la jurisdicción coactiva señalada en esta Ley. Añade la misma norma que la suspensión de pagos se efectuará hasta el monto de la glosa y servirá para garantizar su pago y no se cancelará por la presentación del juicio de excepción a la coactiva.

Es pertinente considerar en forma adicional que las garantías que otorgaron Fundación Natura y Natura Inc., para asegurar el cumplimiento de las obligaciones específicas provenientes de los respectivos contratos suscritos por la extinguida Corporación para la Salud Ambiental (Vida para Quito), han sido incluidas en el objeto de la cesión efectuada por esa Corporación a la EMGIRS, acordada mediante el Convenio Interinstitucional que se citó en los antecedentes de este pronunciamiento.

Del texto del citado Convenio Interinstitucional, descrito en el acápite 5 de los antecedentes de este pronunciamiento, no consta que las contratistas Fundación Natura y Natura Inc. y/o sus fiadores, hubieren participado en su celebración. Tampoco consta en la consulta ni en el informe jurídico que a ella se ha acompañado, si la cesión de las garantías que se acordó en las cláusulas segunda y quinta del referido Convenio Interinstitucional, se produjo con aceptación o conocimiento de los deudores o fiadores.

El anexo 3 del citado Convenio, describe garantías otorgadas mediante pólizas de seguros, cuyo endoso prevé el artículo 52 del Reglamento a la Ley General de Seguros, en los siguientes términos: “En los anexos, cláusulas o endosos que se adhieran a las pólizas de seguro es requisito indispensable la incorporación de la identificación precisa de la póliza a la cual acceden; el nombre del contratante y/o asegurado, según el caso; y las firmas de las partes contratantes”.

En atención a los términos de su consulta se concluye, que en virtud de que Fundación Natura y Natura Inc., pese a los vínculos societarios que mantienen según se refiere en el informe jurídico contenido en memorando No. EMGIRS-AJ-0103-2011 de 14 de septiembre de 2011, son dos personas jurídicas distintas, no se configuran los presupuestos establecidos en los artículos 1671 y 1673 del Código Civil, para que pueda operar la compensación de deudas respecto de la EMGIRS, provenientes de los contratos suscritos por la extinguida Corporación

Vida para Quito. En consecuencia, los derechos y obligaciones provenientes de cada uno de dichos contratos, deberán ser liquidados y extinguidos en forma independiente.

OF. PGE. N°: 04659, de 10-11-2011

CONTRATOS: TRABAJOS DE REPARACIÓN Y READECUACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE ÍNFIMA CUANTÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1. “¿Producida la recepción del trabajo de ínfima cuantía constatado su cumplimiento por parte del funcionario correspondiente se debe proceder al pago de los trabajos efectuados sin perjuicio de que se hayan hecho observaciones por parte de la Directora General del Departamento Financiero con posterioridad a la recepción de las mismas?”

2. “¿Por tratarse de trabajos de reparación, readecuación, etc., y no de obras públicas, deben estar registradas tales reparaciones en el Registro de Obras Públicas?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 4, 16, 18, 22, 31 num. 6, 56 y 57; y, 25 y 60 de su Reglamento.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 116 y 178.

Código Civil Art. 588.

Res. N° 043 R. O. S. N° 188 de 7-05-2010 Arts. 4 y 6.

Res. N° 48 R. O. N° 453 de 20-05-2011.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Director del Departamento de Asesoría Jurídica de la Universidad, en el criterio jurídico contenido en el oficio No. 182-DAJ- 2011 de 29 de junio de 2011 cita el artículo 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, el artículo 4 de la Resolución No. 043 del INCOPI, de 22 de abril de 2010, que regula la Casuística del Uso del Procedimiento de ínfima cuantía, el artículo 588 del Código Civil e inciso segundo

del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública., así como los artículos 4, 56, 57 y 6 numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio:

“La primera si procede el pago de trabajos de ínfima cuantía adjudicados, realizados y entregados”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en su ámbito de aplicación a los contratos para la ejecución de obras y el Título III de esa Ley, regula los procedimientos aplicables sobre la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.

De conformidad con los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para intervenir como oferente y contratar, individualmente o en asociación, se requiere constar en el Registro Único de Proveedores (RUP) que administra el INCOP. Para el caso de las contrataciones de menor cuantía, el citado artículo 18 de la Ley prevé, que “Por excepción, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP; pero, deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos”.

El artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula las contrataciones de ínfima cuantía en los siguientes términos:

“Art. 60.- Contrataciones de ínfima cuantía: Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado.

Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos.

El INCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía.

El INCOP podrá requerir, en cualquier tiempo, información sobre contratos de ínfima cuantía, la misma que será remitida en un término máximo de diez días de producida la solicitud. Si se llegara a detectar una infracción a lo dispuesto en el inciso precedente o un mal uso de esta contratación, el INCOP remitirá un informe a los organismos de control para que inicien las actuaciones pertinentes.

De la disposición legal citada, se establece que el procedimiento de ínfima cuantía se aplica cuando la cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que la contratación se realiza en forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP y que se formaliza con la entrega de la correspondiente factura y autorizada por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante.

El artículo 25 del mismo Reglamento, dispone que hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley, que establece la obligación de las entidades contratantes de formular el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la institución, asociados al plan nacional de desarrollo y a los presupuestos del Estado.

La parte final del segundo inciso del citado artículo 25 del Reglamento, dispone que: “Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, es aplicable para la ejecución de obras, que es el tema que motiva su consulta, siempre que la cuantía de la contratación, sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto General del Estado, que para el año 2011 equivale a USD 4790. El artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé como excepción, para este tipo de procedimiento, que la entidad puede seleccionar a un proveedor que no conste inscrito en el RUP, pero que deberá inscribirse en forma previa a la celebración del contrato, según lo prevé el artículo 18 de la Ley y el artículo 25 del Reglamento, exonera la inclusión de las contrataciones de ínfima cuantía, en el plan anual de contrataciones de la respectiva entidad.

Sobre la base del artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que confiere al INCOP competencia para determinar la casuística del uso del procedimiento de ínfima cuantía, ese Instituto expidió la Resolución No. 43, posteriormente derogada por la Resolución No. 48 que contiene la Casuística del Uso del Procedimiento de Ínfima Cuantía, no obstante lo cual corresponde referirse a la Resolución No. 043 del INCOP, en vigencia a la fecha de los actos que motivan su consulta.

Para el caso de obras, el artículo 4 de la citada Resolución No. 043 prevé:

"Art. 4.- Obras.- Se podrá contratar a través del mecanismo de ínfima cuantía la ejecución de obra que tenga por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.

Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente.

En este caso, se preferirá la contratación con los beneficiarios de programas de promoción de empleo de carácter nacional".

De la norma transcrita se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, no era aplicable para los casos de ejecución de obras nuevas, sino solamente de aquellos que se refieran a reparaciones, refacciones, remodelaciones, adecuaciones o mejoras de construcciones o infraestructuras ya existentes, y que según consta del oficio No. 182-DAJ-2011 de 29 de junio de 2011, que contiene el criterio jurídico institucional, es a aquellas obras de reparación a las que se refiere su consulta.

El artículo 6 de la citada Resolución No. 043 del INCOP disponía que las contrataciones realizadas en cada mes a través del mecanismo de ínfima cuantía, deberán ser publicadas de manera consolidada, mediante la herramienta "Publicación Especial" del portal www.compraspublicas.gob.ec, dentro de los primeros cinco días hábiles del mes posterior al de las contrataciones reportadas.

Según consta de los antecedentes que he señalado, en los oficios No. SG.001.2011 de 7 de enero de 2011 y No. 005-2011, sin fecha, la Supervisora General de la Universidad señala que no se ha cumplido con las normas que regulan las contrataciones de ínfima cuantía, especialmente la del artículo 4 de la Resolución No. 43 del INCOP, que he citado.

Los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, imponen la obligación de contar con la respectiva asignación presupuestaria, previa la adquisición de obligaciones por parte de una entidad del sector público.

El artículo 116 del mismo Código Orgánico dispone:

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.”

Por lo expuesto, con fundamento en el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que establece que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos y el artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que dispone que las contrataciones bajo el régimen de infima cuantía se formalizan con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, en atención a los términos de su consulta, se concluye que producida la recepción del trabajo, constatado su cumplimiento por parte del funcionario correspondiente, cabe proceder al pago de los trabajos efectuados, sin perjuicio de las observaciones que haya hecho la Directora General del Departamento Financiero con posterioridad a la recepción de las mismas.

Lo expuesto, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de los funcionarios que participaron en estos procedimientos, ya que por disposición expresa del inciso segundo del artículo 60 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, este mecanismo de contratación no puede emplearse como medio de elusión de los procedimientos precontractuales que dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según la cuantía de la obra.

En similares términos me he pronunciado a través de oficio No. 01882 de 19 de mayo de 2011.

2. El informe del asesor jurídico contenido en el Oficio No. 182-DAJ-2011 de 29 de junio de 2011, en que se cita entre otras normas el inciso segundo del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio:

“...la segunda, comprobar si los contratos de ínfima cuantía, por no se obras públicas, deben estar registradas en el Programa anual de Contratos Públicos”

Del contenido del Oficio No. 182-DAJ-2011 de 29 de junio de 2011, se colige que la consulta se refiere a si las reparaciones, readecuaciones, ejecutadas bajo el régimen de ínfima cuantía, deben constar en el Plan Anual de Contrataciones, como una obra pública independiente.

Al respecto, cabe señalar que las reparaciones o readecuaciones son mejoras de un bien inmueble, porque aumentan el valor de aquel, conforme a lo establecido en los artículos 588, 953 y 955 del Código Civil, no es equivalente a una obra pública o inmueble independiente.

Con respecto al Plan Anual de Contratación PAC, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

“Art. 22.- Plan Anual de Contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPUBLICAS. De existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso.

El contenido del Plan de contratación y los sustentos del mismo se regularán en el Reglamento de la presente Ley.”

Al respecto, el artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé:

“Art. 25.- Del Plan Anual de Contratación.- Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y pu-

blicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.

El Plan Anual de Contratación podrá ser reformado por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec. Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado.

Los procesos de contrataciones deberán ejecutarse de conformidad y en la oportunidad determinada en el Plan Anual de Contratación elaborado por cada entidad contratante, previa consulta de la disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración del PAC hagan necesario su modificación. Los formatos del PAC serán elaborados por el INCOP y publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

El Ministerio de Finanzas, mediante Acuerdo Ministerial No. 204 de 30 de julio de 2010, expidió el vigente Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público y el Catálogo General de Cuentas, que en el numeral 7.5. se refiere a "Obras Públicas", previendo que "comprenden los gastos para las construcciones públicas de beneficio local, regional o nacional contratadas con terceras personas. Se incluyen las reparaciones y adecuaciones de tipo estructural".

En consecuencia, de conformidad con el numeral 7.5 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, que incluye entre los gastos en obras públicas, a las reparaciones y adecuaciones de tipo estructural, se concluye que la Universidad de Guayaquil debe incluir todas las obras, inclusive aquellas que consistan en reparaciones y readecuaciones, en el Plan Anual de Contrataciones, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En atención a su consulta, se concluye que los trabajos de reparación, readecuación, etc. si bien no son obras públicas independientes, están incluidos en el concepto de obra pública establecido por el numeral 7.5 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público. En consecuencia, los trabajos de reparación o readecuación, aun cuando su contratación en forma individual, pueda ser efectuada bajo el régimen de ínfima cuantía, deberán ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), de conformidad con los artículos 22 de

la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 25 de su Reglamento General.

OF. PGE. N°: 03163, de 05-08-2011

**CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE COMBUSTIBLE:
EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES DE CAPITAL E INTERESES
ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO**

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CONSULTAS:

1.- “Es procedente que las FFAA, representadas por el Ministerio de Defensa Nacional y la empresa PETROECUADOR EP, procedan a extinguir las obligaciones de capital e intereses derivadas de los contratos de compraventa de combustible, a través del mecanismo de condonación de deuda que prevé el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; obviamente previa la suscripción del convenio a que se refiere el Art. 172 ibídem y conforme a la normativa o instrucciones que el ente rector de las finanzas públicas emita para tal efecto?”.

2.- “¿El criterio del Procurador General del Estado consignado en el año de 1992, mediante oficio No. 19749 de 3 de septiembre de 1992, por estar sustentado en normas inaplicables a la materia y que actualmente están derogadas, puede continuar sirviendo de sustento para el cobro de intereses en el caso de mora en los contratos de compraventa de combustible?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 237 num. 3.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 2, 3 num. 3, 39 y Disp. Trans. Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 145 y 172.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control Arts. 13 y 120 (derogada).

Ley de Presupuestos del Sector Público Art. 9.

Codificación del Código Civil Arts. 1594, 1600 y 1602 (derogada).

Código Civil Art. 1583, 1584 y 1669.

D. E. N° 171, 14-04-2010.

A. M. N° 169 R.O. N° 244 de 27-07-2010.

A. N° 283 22-10-2010.

Normas Técnicas del Sistema de Extinción de Deudas Públicas Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en memorando No. JUR-2011-0582-ME de 7 de julio de 2011, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa refiere como antecedente que en la Brigada de Aviación del Ejército y la Fuerza Aérea Ecuatoriana, desde el año 1999, adeudan a Petroecuador valores por concepto de compra de combustibles, que han sido determinados mediante actas de conciliación de valores de 23 de marzo de 2010, 31 de diciembre de 2010 y 22 de marzo de 2011.

Según el acápite 1.5. del citado informe, “mediante reporte de 22 de marzo de 2011, de Gestión Financiera de la Gerencia de Comercialización de la EP PETROECUADOR, se establece que la Cartera de deuda, a esa fecha, de la Fuerza Aérea Ecuatoriana asciende a 74.605.949,74 millones de dólares, dividida en USD 42'224.031.67, por concepto de capital y USD 32'381.918,07 por concepto de interés”.

El informe jurídico del Ministerio de Defensa manifiesta que ante una consulta realizada por el Ministerio de Energía y Minas a la Procuraduría General del Estado, a efectos de determinar la procedencia o no del cobro de intereses por mora por valores que algunas entidades del sector público adeudaban a Petrocomercial, mediante oficio No. 19749 de 3 de septiembre de 1992, el entonces Procurador General del Estado Subrogante se pronunció con fundamento en los artículos 1594, 1600 y 1602 de la anterior Codificación del Código Civil, y del artículo 120 de la entonces vigente LOAFYC, actualmente derogada, en el sentido de que procedía el cobro de intereses por mora en el pago de combustibles.

Añade el informe que el indicado pronunciamiento, “hasta el día de hoy sirve de soporte jurídico a la EP PETROECUADOR, que subrogó en sus derechos y obligaciones a la entonces Gerencia de PETROCOMERCIAL, Filial de PETROECUADOR, para el cobro de interés a entidades del sector público”. Argumenta la consultante, que las disposiciones del Código Civil no son aplicables para regular relaciones jurídicas entre instituciones del sector público; que existió una equivocada fundamentación al invocar el artículo 120 de la derogada LOAFYC, “ya que tal norma legal determinaba específicamente el organismo encargado de realizar el pago de capital e intereses de los títulos de la deuda pública interna y externa, asunto que nada tiene que ver con la naturaleza jurídica de los contratos administrativos de compra-venta de combustibles suscritos entre dos entidades del Estado”.

El citado informe invoca el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prevé la extinción de obligaciones entre instituciones del sector público mediante pago, compensación o condonación de deuda y confiere al rector de la finanzas públicas, atribución para conminar a las entidades a la suscripción obligatoria de un convenio de extinción de obligaciones; y, en el acápite 3.4. argumenta que: “El hecho de que el Estado a través de la entonces Empresa Estatal PETROECUADOR y de la actual Empresa pública EP PETROECUADOR, haya dejado o deje de cobrar intereses a las Fuerzas Armadas, institución que también pertenece al sector público, no ha perjudicado ni ha beneficiado patrimonialmente al “Erario Nacional”, pues tanto EP PETROECUADOR, como las Fuerzas Armadas, constitucionalmente son reguladas y controladas económica y financieramente por el mismo Estado, a través de sus organismos administrativos y de control”.

Agrega también que en los contratos de compraventa de combustibles suscritos entre las Fuerzas Armadas y la EP PETROECUADOR “no se estipularon el pago de intereses por financiamiento ni por mora en los pagos; de ahí que siendo el contrato ley para las partes, resulta improcedente exigir a una de las partes el cumplimiento de obligaciones más allá de las previstas y aceptadas en el propio contrato”. Sobre dicha base concluye que: “Desde el punto de vista legal es procedente que las FFAA, representadas por el Ministro de Defensa Nacional, y la Empresa PETROECUADOR EP, procedan a extinguir las obligaciones de capital e intereses derivadas de los contratos de compraventa de combustible, a través del mecanismo de condonación de deuda que prevé el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, previa la suscripción de un convenio y conforme a la normativa o instrucciones que determine el Ministerio de Finanzas como ente rector de las finanzas públicas”.

En similar sentido, el criterio de la Coordinación General Jurídica del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, contenido en memorando No. 530-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 1 de agosto de 2011, que ha acogido el titular de esa Cartera de Estado y ha remitido como anexo a su oficio No. 318-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 3 de agosto de 2011, concluye que: “... de existir acuerdo de las partes, es procedente extinguir las obligaciones de capital e intereses derivados de los contratos de compraventa de combustibles mantenidos entre las Fuerzas Armadas (Brigada de Aviación del Ejército y la Fuerza Aérea Ecuatoriana) y la Ex PETROCOMERCIAL, (hoy Gerencia de Comercialización de la EP PETROECUADOR), en tanto, el Ministerio de Finanzas emita informe favorable sobre el tema”. Por el contrario, el Gerente General de EP PETROECUADOR, en el oficio No. 15057 PGER-PPRO-2011 de 4 de agosto de 2011, cita los artículos 1567, 1573, 1575 y 2111 de la vigente Codificación del Código Civil, que establecen los ca-

sos en los que el deudor está en mora y permiten el cobro de intereses por mora cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero; así como el artículo 145 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo texto es idéntico al artículo 120 de la derogada Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en tanto prevé el pago de capital e intereses respecto de los títulos de la deuda pública interna y externa, estableciendo que dicho pago se hará por medio del Banco Central del Ecuador como agente oficial del Estado.

Agrega el Gerente de EP PETROECUADOR que las disposiciones de la anterior Codificación del Código Civil que fueron citadas como fundamento del pronunciamiento del Procurador contenido en oficio No. 19749 de 3 de septiembre de 1992, “fueron codificadas con el mismo contenido en el actual Código Civil”, regulan el efecto de las obligaciones; y, que por tanto, el pronunciamiento “debería ser actualizado con las normas legales vigentes, puesto que el contenido del fundamento legal de dicho pronunciamiento resulta ser el mismo que en el presente ordenamiento jurídico”.

Expone que la Empresa Estatal Petroecuador, fue creada por Ley publicada en el Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989, que contempló la creación de una empresa filial para la actividad operativa de comercialización y transporte, denominada PETROCOMERCIAL, que tenía por objeto, entre otros, la comercialización de hidrocarburos en el territorio nacional y que en ejercicio de dicha actividad, vendió combustible a la Brigada de Aviación del Ejército y la Fuerza Aérea Ecuatoriana, quienes desde el año 1999 “no han honrado sus obligaciones y mantiene una deuda a favor de la referida filial”.

Añade que en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, mediante Decreto Ejecutivo No. 315, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, se creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador (EP PETROECUADOR) que ha asumido los derechos y obligaciones de la extinguida empresa estatal PETROECUADOR y sus filiales.

En el acápite 1.2. de su oficio, el Gerente General de EP PETROECUADOR manifiesta que la gestión de esa empresa se rige por resultados y que “el flujo de recursos para el cumplimiento de obligaciones de la EP PETROECUADOR, se integra a la cartera de cuentas por cobrar, misma que considera procedimientos por días de pago, períodos de gracia, esquemas de compensación, de intereses y mora, así como de formas de recaudo”; y, que según memorando No. 438-CDEO-FIN-CRC-2011 de 2 de agosto de 2011, el Subgerente de Desarrollo Organizacional de la Gerencia de Comercialización de esa Empresa Pública ha expuesto que:

“las recaudaciones de valores por deudas que mantengan las unidades de negocio, personas naturales y jurídicas, con la EP PETROECUADOR contribuyen al referido presupuesto del Estado, el cual permite atender con regularidad sus obligaciones, sin afectar el desarrollo de actividades operacionales y la ejecución de proyectos de inversión”.

En oficio No. 15057-PGER-PPRO-2011 de 4 de agosto de 2011, el Gerente de EP PETROECUADOR, cita entre otras normas, el artículo 38 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, según el cual “Constituye patrimonio de las empresas públicas todas las acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que posean tanto al momento de su creación como en el futuro”; el numeral 3 del artículo 3 de la misma Ley Orgánica, que entre los principios que rigen a las empresas públicas, incluye: “3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente”; y, el artículo 39 *ibídem*, que prevé: “Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley”.

Sobre dicha base, se concluye que de conformidad con el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “para liquidar y extinguir las obligaciones entre la EP PETROECUADOR y las Fuerzas Armadas, por el concepto de venta de combustible de aeronaves, debe observarse obligatoriamente las normas que expida el ente rector de las finanzas públicas, quien establecerá la posibilidad de extinguir la deuda, ya sea por pago, compensación o condonación y conminará para que en un plazo determinado se suscriba obligatoriamente un convenio de extinción de obligaciones”.

Finalmente, el Ministro de Finanzas, en oficio No. MINFIN-DM-2011-0370 de 15 de septiembre de 2011, cita el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece los mecanismos de extinción de deudas entre instituciones del sector público y manifiesta que mediante Acuerdo Ministerial No. 169, publicado en el Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010, se expidieron las Normas Técnicas para el Sistema de Extinción de Deudas entre Entidades del Sector Público, “las mismas que fueron convalidadas mediante Acuerdo No. 283 de 22 de octubre de 2010”; sobre dicha base concluye que:

“...el nuevo requerimiento del Ministerio de Defensa Nacional de que se proceda a extinguir las obligaciones de capital e intereses derivados de los contratos de compraventa de combustible a través del mecanismo de condonación de la deuda que prevé el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y finanzas

Públicas, deberá observar la normativa técnica del sistema de extinción de deudas, para lo cual las entidades involucradas, deberán buscar un acuerdo en el que se registren las respectivas cuentas por cobrar y pagar y con ello, comunicar de dicho particular a la Subsecretaría de Tesorería de la Nación para de esa manera continuar con el trámite pertinente conforme a la normativa legal vigente”.

El artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 172.- Liquidación y extinción de obligaciones entre entidades del sector público.- Cuando el ente rector de las finanzas públicas, establezca que entre dos o más entidades del Estado, o el Estado con otras entidades pueden extinguirse obligaciones existentes entre ellas, ya sea por haberse efectuado el pago, operado la compensación o por condonación de la deuda, les conminará para que en un plazo determinado suscriban obligatoriamente un convenio de extinción de obligaciones. Para los efectos anotados, las entidades del Estado observarán obligatoriamente las normas que expida el ente rector de las finanzas públicas”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que las obligaciones entre entidades del sector público pueden extinguirse por pago, compensación o condonación.

El artículo 1583 del Código Civil, establece los modos de extinguir las obligaciones y en entre ellos incluye al pago (numeral 2), la remisión (numeral 5) y la compensación (numeral 6).

El artículo 1584 del mismo Código, define al pago efectivo como “la prestación de lo que se debe” y el artículo 1585 *ibídem*, dispone que el pago se hará “en conformidad al tenor de la obligación”.

Con respecto a la compensación, el artículo 1671 del Código Civil, prevé que “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas”.

En cuanto se refiere a la condonación o remisión, los artículos 1668 y 1669 del Código Civil, prevé que “no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella” y que cuando procede de la mera liberalidad está sujeta a las reglas de la donación. La Enciclopedia Jurídica Omeba explica que remisión y condonación de la deuda, “Gramaticalmente tienen, en su sentido jurídico, un mismo significado. Remisión es acción o efecto de remitir, o sea, en su segunda acepción, de perdonar, alzar la pena, eximir o libertar de una obligación; y condonación es acción o efecto de condonar, o sea de perdonar o remitir una pena de muerte o una deuda”.

Por tanto, el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece tres modos de extinción de deudas y en consecuencia no impone la condonación como único mecanismo de extinción de obligaciones entre instituciones del sector público.

Las Normas Técnicas del Sistema de Extinción de Deudas Públicas, fueron expedidas por el Ministro de Finanzas, mediante Acuerdo No. 169, publicado en el Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010, con fundamento en la entonces vigente Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), que en su artículo 13 establecía que el Ministerio de Economía y Finanzas era responsable de la función financiera del Gobierno y el órgano central rector de los sistemas de presupuesto, de determinación y recaudación de recursos financieros, y de tesorería, concordante con el inciso segundo del artículo 9 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, que preveía que el Ministerio de Finanzas era el órgano rector del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Los indicados cuerpos normativos fueron derogados por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre del 2010, que igualmente determina la calidad del Ministerio de Finanzas de órgano rector de las Finanzas Públicas, por disposición del artículo 71 del citado Código Orgánico.

Adicionalmente, según expone el Ministro de Finanzas en el oficio No. MINFIN-DM-2011-0370 de 15 de septiembre de 2011, las Normas Técnicas del Sistema de Extinción de Deudas Públicas han sido convalidadas por el artículo 1 del Acuerdo No. 283, publicado en el Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011, que reformó la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público y que en el referido artículo dispone:

“Convalidar la vigencia de las disposiciones: 81) del Acuerdo No. 447, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 259 de 24 de enero de 2008 y sus reformas; y, (2) del Acuerdo No. 169, publicado en el Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010, en lo que no se oponga a lo dispuesto en el “COPLAFIP”. Tales disposiciones y las del presente acuerdo son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades del sector público, en lo que fuere pertinente”.

El tercer considerando del Acuerdo Ministerial No. 169 que contiene las Normas Técnicas del Sistema de Extinción de Deudas Públicas, cita en forma expresa el Libro IV del Código Civil, que establece los modos de extinguir las obligaciones.

El artículo 1 de las Normas Técnicas define al Sistema de Extinción de Deudas entre Entidades del Sector Público, como un mecanismo “que permite extinguir las deudas que se originen por transacciones financieras, por la compraventa de

bienes y prestación de servicios entre las entidades del sector público, así como por la recuperación de las subrogaciones de deuda pública efectuadas por el Estado Ecuatoriano, cuantificados en moneda de circulación oficial”. El mismo artículo prevé además que todo compromiso financiero que se genere en virtud de la extinción de obligaciones como saldos deudores, deberá estar respaldado por la partida presupuestaria correspondiente y la asignación suficiente para el pago completo de la obligación, lo que guarda conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone que: “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

El Convenio de Extinción de Deudas entre Entidades del Sector Público, de conformidad con el numeral 9.1 del artículo 9 de las citadas Normas Técnicas, debe contener la siguiente información:

- i) Los intervinientes;
- ii) Los antecedentes del motivo u origen de las deudas;
- iii) La definición de las deudas detalladas en capital e intereses de ser el caso;
- iv) Definición de los montos susceptibles de extinción de deudas; y,
- v) Suscripción del convenio por parte de los representantes legales de las instituciones intervinientes, y el Subsecretario de Tesorería de la Nación, siendo este acto indelegable...”.

Por su parte, el numeral 4.8. de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, se refiere en forma específica al Sistema de Compensación de Adeudos, como “un mecanismo de cancelación de deudas recíprocas y correlacionados que se originen por transacciones financieras, por la compraventa de bienes y prestación de servicios y por las subrogaciones de deuda pública efectuadas por el Estado Ecuatoriano”. La misma norma agrega que: “Las compensaciones se realizarán sobre aquellas deudas que no comprometan salidas adicionales de recursos de la Cuenta Corriente Única del Tesoro de la Nación o generen nuevo endeudamiento interno o externo para el Estado Ecuatoriano que no se encuentren debidamente presupuestadas”; y, que, “Todo proceso de compensación será posible si las deudas y derechos se encuentran registrados en las contabilidades institucionales y del Gobierno Central, que debieron originarse en el reconocimiento presupuestario de determinado año”.

El artículo 226 de la Constitución de la República, establece que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores

públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

En atención a los términos de su consulta, se concluye que es procedente que las Fuerzas Armadas, representadas por el Ministerio de Defensa Nacional y la empresa PETROECUADOR EP, extingan las obligaciones de capital e intereses derivadas de los contratos de compraventa de combustible, de conformidad con el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, siempre que el Ministerio de Finanzas, ente rector de las finanzas públicas, establezca que entre las dos entidades del Estado pueden extinguirse tales obligaciones por condonación de la deuda, en cuyo caso les conminará para que en un plazo determinado suscriban obligatoriamente un convenio de extinción de obligaciones, debiendo cumplir el procedimiento previsto en las Normas Técnicas del Sistema de Extinción de Deudas Públicas, expedidas mediante Acuerdo No. 169, publicado en el Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010 y convalidadas mediante Acuerdo No. 283, publicado en el Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011 y demás instrucciones que el ente rector de las finanzas públicas emita para tal efecto.

El presente pronunciamiento se circunscribe al inteligenciamiento de normas jurídicas, siendo responsabilidad del Ministerio de Finanzas, como ente rector de las finanzas públicas, establecer la posibilidad de que puedan extinguirse las obligaciones existentes entre las Fuerzas Armadas, representadas por el Ministerio de Defensa Nacional y la empresa PETROECUADOR EP, así como determinar el mecanismo de extinción de deudas aplicable a cada caso y el cumplimiento de los requisitos y procedimientos particulares.

2. El numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República establece que corresponde al Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley, el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

En concordancia, según los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

Los pronunciamientos que expide el Procurador General del Estado, se motivan en las normas vigentes al tiempo de su expedición y son aplicables a los casos específicos sobre los que trata la respectiva consulta.

En virtud de que su segunda consulta no está referida a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, la Procuraduría General del Estado, se abstiene de emitir pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 04122, de 10-10-2011

CONTRIBUCIÓN DEL 0.5% DE LAS EMPRESAS DE SEGUROS: FINANCIAMIENTO PARA EL SEGURO SOCIAL CAMPESINO

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENTE DE BANCOS Y SEGUROS

CONSULTA:

Formula una consulta relacionada con la recaudación de la contribución del 0.5% por el período de diciembre de 2001 a marzo de 2007, que no fue retenido por las empresas de seguros y empresas de medicina prepagada, para el financiamiento del Seguro Social Campesino.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 60.

Ley de Seguridad Social Arts. 5, 306, 307 y 308.

Res. de la Superintendencia de Bancos y Seguros N° SBS-2007-144 de 12-02-2007 Arts. 1, 2 y 3.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 2141 de 7 de junio de 2001, esta Procuraduría le solicitó remitir copias certificadas del memorando No. INSS-2011-0696 de 11 de mayo de 2011, suscrito por la Ing. Rosa María Herbozo, Intendente Nacional de Seguridad Social; Oficio Circular No. INSP-2007-011 de 7 de febrero de 2007, suscrito por el Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado; Resolución No. SBS-2007-144 de 12 de febrero de 2007; Memorando No. INSS-INSP-2011-0677 de 5 de mayo de 2011; Resolución No. JB-2009-1230 de 8 de enero de 2009; y, toda la documentación relacionada con su consulta. Dichos requerimientos, fueron atendidos por el señor Secretario

General de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en oficio No. SG-2011-6496 de 21 de junio de 2011.

Asimismo, con oficio No. 2142 de 7 de junio de 2011, esta Procuraduría solicitó el criterio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social respecto a la consulta planteada por usted; así como, copias certificadas del Convenio de Recaudación y Pago suscrito el 3 de febrero de 2011 entre esa Institución, la Federación Ecuatoriana de Empresas de Seguros “FEDESEG” y la Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Integral Prepagada “AEEMIP”, entre otros documentos; requerimientos que fueron atendidos por el Director General del IESS en oficio No. 64000000-1997 TR3838 de 17 de junio de 2011, en el que manifiesta que “la entidad que represento está de acuerdo con el texto de la consulta planteada a su autoridad. Sin embargo, a fin de que en la pregunta materia de la consulta no quepa duda alguna sobre que la contribución del 5% para el Seguro Social Campesino fue la no ‘retenida’ por las empresas de seguros, y que en ningún caso el ‘retenido’ fue el período diciembre 2001 a marzo 2007, como podría equivocadamente entenderse tras una lectura rápida de la pregunta, me permito señalar que en ella debe cambiarse ‘retenido’ por ‘retenida’.

En su oficio de consulta expone que, la Contraloría General del Estado realizó una auditoría de gestión a los componentes: “GESTIÓN OPERATIVA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA Y ANÁLISIS A LOS PAGOS EFECTUADOS POR CONCEPTO DE BONO RURAL Y TRANSPORTE DE LOS MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO”, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 a diciembre de 2006”.

Agrega que, el director de Auditoría 4 de la Contraloría General del Estado, en el informe aprobado el 20 de enero de 2010, respecto a la no retención de las empresas aseguradoras y de medicina prepagada de la contribución del 0.5% en el período comprendido entre diciembre de 2001 a febrero de 2007, luego de la revisión correspondiente, concluye y recomienda:

“Conclusión

La carencia del Reglamento General de la Ley de Seguridad Social y de las normas para la aplicación de la Ley que debió emitir el Superintendente de Bancos y Seguros para la retención de la contribución, impidieron realizar la recaudación a las compañías de seguros y empresas de medicina prepagada, lo cual originó que no retenga a los asegurados y afiliados a las empresas de medicina prepagada, desde la vigencia de la Ley hasta el 28 de febrero de 2007, 10 223 508,36 USD, que corresponde a 40 compañías de seguros y 1 637 370,29 USD de 9

empresas de medicina prepagada, con un total de 11 860 878,65 USD, recursos que debían financiar la entrega de prestaciones sociales a los afiliados del Seguro Social Campesino.”

Por otra parte, mediante oficio No. 2143 de 7 de junio de 2011, esta Procuraduría solicitó al Contralor General del Estado, información respecto del establecimiento o no de responsabilidades y el seguimiento de las mismas sobre la Auditoría de Gestión de los componentes: “Gestión operativa, administración financiera y Análisis a los pagos efectuados por concepto de bono rural y transporte de los médicos y odontólogos del Seguro Social Campesino”, referido en su oficio de consulta. Dicha información fue respondida por el Contralor General del Estado en oficio No. 10365 DIRESJSR de 30 de junio de 2011, ingresado a la Procuraduría el 4 de julio de 2011, en el que manifiesta que “del estudio del informe de auditoría de gestión DA4-0006-2008 practicada a los componentes: ‘gestión operativa, administrativa financiera, que incluyó el análisis a los pagos efectuados por concepto de bono rural y transporte de los médicos y odontólogos del Seguro Social Campesino’, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2006, se determinaron responsabilidades civiles y administrativas culposas que fueron comunicadas a los señores Presidente y miembros del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante oficio No. 0018453-DIRESDDR de 30 de octubre de 2010 e, individualmente, notificadas a los involucrados, quienes han dado respuesta dentro del plazo establecido en la ley. Actualmente se encuentran siguiendo el trámite correspondiente en el Departamento de Resoluciones”.

Posteriormente el Contralor General del Estado, mediante oficio No. 11464 de 13 de julio de 2011, agrega lo siguiente:

“En lo que respecta a la consulta formulada a la Procuraduría General del Estado por el señor Superintendente de Bancos y Seguros, le manifiesto que la Contraloría General del Estado como resultado de la auditoría de gestión antes referida, emitió el informe DA4-0006-2008, aprobado el 20 de enero de 2010, en el que se analizó la falta de retención de las empresas aseguradoras y de medicina prepagada de la contribución del 0.5% en el período comprendido entre diciembre de 2001 y febrero de 2007, habiéndose emitido las siguientes recomendaciones, las mismas que de conformidad con el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio:

Al Director del Seguro Social Campesino del IESS:

19. Solicitará al Intendente Nacional de Seguros, verifique que las compañías de seguros y las empresas de medicina prepagada, actúen como agentes de reten-

ción y recauden la contribución del 0.5% a favor del Seguro Social Campesino dispuesto en la Ley y transfieran en forma inmediata al beneficiario.

20. De igual forma, disponga que las compañías de seguros y empresas de Medicina Prepagada, paguen la contribución del 0,5% creado a favor del Seguro Social Campesino y no recaudado desde el 30 de noviembre de 2001.

21. Dispondrá al Subdirector de Contabilidad y Control Presupuestario, que mensualmente solicite información a la Superintendencia de Bancos y Seguros de los valores que deben ser cancelados por concepto del 0,5% por las compañías de seguros y empresas de medicina prepagada, a fin de que se aperture una cuenta por cobrar por cada empresa, que se liquidará una vez que se cuente con los depósitos respectivos. Pago que será paralelo a la contribución de la Superintendencia de Bancos.

22. Comunicará mensualmente a las compañías de seguros y empresas de medicina prepagada, los valores que deben ser cancelados y depositados en una cuenta corriente abierta únicamente para la recaudación y control de los ingresos correspondientes del 0.5%

23. Dispondrá al Asesor Jurídico, inicie las acciones judiciales y extrajudicial, para la recuperación de los valores que se dejaron de recaudar por falta de normatividad y que pertenecen al Seguro Social Campesino”.

Con estos antecedentes, atiendo la consulta formulada por usted en el oficio No. SBS-INSP-INSS-2011-0407 de 18 de mayo de 2001, la misma que es del siguiente tenor:

“¿Si para la ejecución del proceso de recaudación y pago, que permita a las empresas de seguros sujetas al control de este Organismo, recaudar la contribución del 0.5% para el Seguro social Campesino, del período diciembre 2001 a marzo 2007 que no fue retenido, es procedente que la Superintendencia de Bancos y Seguros expida mediante resolución las disposiciones necesarias, tanto para las empresas que aún no se encontraban operando en el antedicho período como para aquellas que habiendo estado operativas, debían actuar como agentes de retención?”.

En su oficio manifiesta que, el Director General del IESS mediante oficio No. 12000000-113 de 11 de febrero de 2011, “adjunta copia del CONVENIO DE RECAUDACIÓN Y PAGO suscrito el 3 de febrero de 2011 con los representantes de la Federación Ecuatoriana de Empresas de Seguros FEDESEG, Y LA Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Integral Prepagada AEEMIP, por el cual se

establece el procedimiento para la recaudación y pago, correspondiente a los años 2001 al 2007, de la contribución del 0,5% a favor del Seguro Social Campesino, conforme lo dispone el artículo 307 de la Ley de Seguridad Social, siendo necesario que la Intendencia Nacional del Sistema de Seguro Privado analice el convenio y emita sus observaciones”.

Expresa en su oficio que, del análisis del Anexo 1 “PROCEDIMIENTO PARA RECAUDACIÓN Y PAGO” del referido Convenio, se desprende que las empresas de seguros y las empresas de medicina prepagada que hayan estado legalmente constituidas y operando durante y en cualquier momento del período comprendido entre diciembre de 2001 a marzo de 2007, actuarán como agentes de retención de la contribución del 0.5% sobre el valor de las primas netas de seguros directos para el financiamiento del Seguro Social Campesino, no recaudada; así como también, las empresas de medicina prepagada que hayan estado legalmente constituidas y operando durante y en cualquier momento en dicho período, actuarán como agentes de retención de la contribución del 0.5% sobre el valor de las cuotas de afiliación que pagarán obligatoriamente los afiliados por el financiamiento del Seguro Social Campesino, no recaudada.

Concluye su consulta manifestando que en criterio de la Superintendencia de Bancos y Seguros “para que se cumpla satisfactoriamente la recaudación y pago de la contribución del Seguro Social Campesino, del período comprendido entre diciembre de 2001 a marzo de 2007, este organismos de control deberá reglamentar mediante resolución, el procedimiento de recaudación y pago contemplado en Anexo 1, del mencionado convenio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley de Seguridad Social; que permite a esta Superintendencia de Bancos y Seguros expedir la reglamentación necesaria para la aplicación del artículo 307 de la citada norma legal”.

De la documentación remitida por el Secretario General de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en oficio No. SG-2011-6496 de 21 de junio de 2011, consta la Resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros No. SBS-2007-144 de 12 de febrero del año 2007, que en sus artículos 1 y 2 disponen a las compañías de seguros para que, como agentes de retención de la contribución para el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos y Seguros, efectúen al mismo tiempo, la retención de la contribución del 0.5% sobre el valor de las primas netas de seguros directos que pagarán obligatoriamente los asegurados; y asimismo, que las empresas de medicina prepagada efectúen la retención de la contribución del 0.5% sobre el valor de las cuotas de afiliación que pagarán obligatoriamente los asegurados, para el financiamiento del Seguro Social Campesino, según lo dispuesto en el artículo 307 de la Ley de Seguridad Social.

En el artículo 3 de la mencionada Resolución, se dispone que los valores recaudados por las compañías de seguros y las empresas de medicina prepagada por concepto de la retención antes mencionada, sean transferidos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mensualmente, dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente a aquel en que se produjo la retención, y depositados en la cuenta que esa entidad designe para el efecto.

En la documentación anexada por el Director General del IESS, al oficio No. 64000000-1997 TR3838 de 17 de junio de 2011, consta la Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C.D.179 de 28 de agosto de 2007, la cual en su artículo 1 dispone que las compañías de seguros privados y aquellas de servicios de medicina prepagada deberán realizar la retención del 0.5% sobre el valor de las primas netas de seguros directos y sobre el valor de las cuotas de afiliación que pagarán los asegurados, valores que se depositarán en el IESS dentro de los cinco primeros días del mes siguiente al de la contribución retenida, y en caso de incumplimiento, el IESS hará efectiva esta obligación por medio de la acción coactiva.

De las resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social antes referidas, se desprende que con fechas 12 de febrero de 2007 y 28 de agosto de 2007, mediante Resoluciones Nos. SBS-2007-144 y C.D. 179, respectivamente, dichas entidades emitieron disposiciones para que las compañías de seguros y de medicina prepagada, efectúen la retención de la contribución del 0.5% sobre el valor de las primas netas de seguros directos y sobre el valor de las cuotas de afiliación que deben pagar obligatoriamente los afiliados, conforme lo dispuesto en el artículo 307 de la Ley de Seguridad Social vigente desde el 30 de noviembre de 2001, fecha de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 465.

En el memorando No. INSS-INSP-2011-0677 de 5 de mayo de 2011, suscrito por la Intendenta Nacional de Seguridad Social y el Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se señala que el convenio de pago suscrito por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con las empresas de seguros y de medicina prepagada, fue acordado bajo responsabilidad de las partes intervinientes, “es decir el IESS y las empresas de seguros y de medicina prepagada, sin que la Superintendencia de Bancos y Seguros sea parte del mismo”.

Se agrega en el citado memorando que, por mandato legal, “corresponde a esta Superintendencia de Bancos y Seguros vigilar el cabal cumplimiento del acuerdo para que la recuperación sea transparente y efectiva. Sin embargo, si las empresas de seguros y compañías de medicina prepagada no llegaren a honrar el convenio celebrado con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, el Seguro Social

Campesino, está legalmente facultado para cobrar la mencionada contribución a través de los procedimientos establecidos en la Ley para el efecto, para lo cual no requiere de la autorización de esta entidad de control, a fin de instrumentar la inmediata recaudación de la señalada contribución”.

En el referido memorando No. INSS-INSP-2011-0677 de la Intendenta Nacional de Seguridad Social y el Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado de la Superintendencia de Bancos y Seguros se concluye manifestando que “para cumplir satisfactoriamente el proceso de recaudación y pago de la contribución del Seguro Social Campesino, del período diciembre 2001 a marzo 2007, este organismo de control deberá reglamentar mediante resolución, el procedimiento de recaudación y pago contemplado en el Anexo 1 del mencionado convenio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley de Seguridad Social, que faculta a esta Superintendencia de Bancos y Seguros a expedir la reglamentación necesaria para la aplicación del artículo 307 de la citada norma legal”.

En el memorando No. INJ-SAL-2011-0626 de 11 de mayo de 2011, suscrito por el Intendente Nacional Jurídico Subrogante de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se señala que la Intendencia Nacional Jurídica comparte el criterio “en el sentido de que para que se cumpla satisfactoriamente la recaudación y pago de la contribución del Seguro Social Campesino, del período comprendido entre diciembre de 2001 a marzo de 2007, la Superintendencia de Bancos y Seguros deberá reglamentar mediante resolución, el procedimiento de recaudación y pago contemplado en el Anexo 1 del mencionado convenio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley de Seguridad Social que faculta a esta Superintendencia de Bancos y Seguros expedir la reglamentación necesaria para la aplicación del artículo 307 de la citada norma legal”.

Del “CONVENIO DE RECAUDACIÓN Y PAGO” suscrito el 3 de febrero de 2011 entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los representantes de la Federación Ecuatoriana de Empresas de Seguros, FEDESEG, y la Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Integral Prepagada, AEEMIP, en la Cláusula Segunda se establece que su objeto se circunscribe al compromiso de dichas empresas para que transfieran al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y al Seguro Social Campesino “los valores que debían haber sido retenidos conforme lo dispuesto en el artículo 307 de la Ley de Seguridad Social, por el período comprendido entre diciembre de 2001 y marzo de 2007”.

Según la Cláusula Tercera del referido Convenio, el valor total que las empresas de seguros recaudarán y transferirán al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “asciende a la suma total de 15.715.388,97, más los respectivos intereses por la suma de 8.576.172,00, lo que resulta en un total de \$24.291.560,97, conforme

a la liquidación preparada por la Dirección Económica Financiera del IESS". Se agrega en dicha cláusula, que el pago de la obligación total "será mediante pagos mensuales vencidos, suficientes para alcanzar a pagar en el plazo previsto en este acuerdo, el monto total no recaudado originalmente más los intereses respectivos liquidados a la tasa máxima convencional fijada por el Banco Central del Ecuador, la misma que será reajustada cada seis meses, a calcularse exclusivamente sobre el valor del capital que consta en la liquidación preparada por la Dirección Económica Financiera del IESS".

En la Cláusula Cuarta del citado Convenio, se contempla que el plazo establecido para la cancelación total de los valores no retenidos originalmente "es de treinta y seis meses que se contarán luego de la suscripción del presente acuerdo y a partir de la emisión de las disposiciones que para el efecto dicte la Superintendencia de Bancos y Seguros para la ejecución de este convenio. Para el evento de que en el plazo previsto no se cancele la totalidad del valor no retenido, se podrá extender el plazo de mutuo acuerdo".

La Cláusula Quinta del indicado Convenio prescribe lo siguiente:

"Si vencidos los plazos previstos en la cláusula anterior, las empresas de seguros y de medicina prepagada no recaudaren ni pagaren al IESS la totalidad del monto previsto en la cláusula tercera del presente acuerdo, más los intereses a partir del 1 de febrero de 2011 hasta el vencimiento de los plazos previstos en la cláusula cuarta, deberán hacerlo inmediatamente por la parte faltante, en un plazo no superior a 60 días, en la proporción que se establece en el Anexo 2 de este acuerdo".

Si transcurrido el plazo de pago de 60 días previsto en el párrafo anterior, alguna empresa de seguro o de medicina prepagada no hubiere realizado el pago de su parte correspondiente, deberá reconocer al IESS los intereses y recargos calculados hasta la fecha en la que efectivamente realicen todos los pagos y se liquiden las obligaciones".

La Constitución Política de la República derogada por la Constitución de la República del Ecuador en vigencia, en el inciso segundo del artículo 60 disponía que los seguros públicos y privados que forman parte del sistema nacional de seguridad social, "contribuirán obligatoriamente al financiamiento del seguro social campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme lo determine la ley".

La vigente Constitución de la República en el inciso segundo del artículo 373 dispone: "Los seguros públicos y privados, sin excepción, contribuirán al finan-

ciamiento del seguro social campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad social”.

El artículo 5 de la Ley de Seguridad Social determina que los servicios de salud y las prestaciones del Seguro Social Campesino se financian entre otros recursos: “...b) La contribución obligatoria de los seguros públicos y privados que forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Social”.

El artículo 51 de la citada Ley prescribe que son recursos administrados por el IESS y acreditados contablemente a los fondos presupuestados de cada seguro, los señalados en los artículos 4 y 5 de esta Ley.

El artículo 306 de la referida Ley expresa que las instituciones públicas y privadas integrantes del Sistema Nacional de Seguridad Social y del Sistema de Seguro Privado, estarán sujetas a la regulación, supervisión y vigilancia de los organismos de control creados por la Constitución de la República para este fin.

El artículo 307 de la mencionada Ley referido a la contribución obligatoria al Seguro Campesino, dispone:

“Las compañías de seguros que actúan como agentes de retención de la contribución al funcionamiento de la Superintendencia de Bancos y Seguros, también actuarán como agentes de retención de la contribución del cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las primas netas de seguros directos que pagarán obligatoriamente los asegurados, para el financiamiento del Seguro Social Campesino.

Las empresas de medicina prepagada serán agentes de retención de la contribución obligatoria del cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las cuotas de afiliación que pagarán obligatoriamente los asegurados, para el financiamiento del Seguro Social Campesino. Estas contribuciones serán transferidas al IESS por los agentes de retención, con la periodicidad que señale el Reglamento General de esta Ley”.

El artículo 308 de la indicada Ley determina que el Superintendente de Bancos y Seguros expedirá, mediante resoluciones, las normas necesarias para la aplicación de esta Ley, las que se publicarán en el Registro Oficial.

La Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Ley de Seguridad Social, dispuso: “REGLAMENTO GENERAL.- Dentro de los sesenta (60) días contados a partir de su integración, el consejo Directivo del IESS elaborará el proyecto de Reglamento General de esta Ley, que lo someterá a la sanción del Presidente de la República”; reglamento que no ha sido expedido hasta la presente fecha.

De las normas constitucionales y legales citadas se desprende que los servicios de salud y las prestaciones del Seguro Social Campesino se financian, sin excepción, con la contribución obligatoria de los seguros públicos y privados a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los cuales actuarán como agentes de retención de la contribución del cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las primas netas de seguros directos y de medicina prepagada, que pagarán obligatoriamente los asegurados para el financiamiento del Seguro Social Campesino.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme al artículo 306 de la Ley de Seguridad Social, las instituciones públicas y privadas integrantes del Sistema Nacional de Seguridad Social y del Sistema de Seguro Privado, están sujetas a la regulación, supervisión y vigilancia de los organismos de control creados por la Constitución de la República, correspondiendo a la Superintendencia de Bancos y Seguros al tenor del artículo 308 de la misma Ley, expedir mediante resoluciones, las normas necesarias para aplicación de la Ley de Seguridad Social, se concluye que es procedente que la referida Superintendencia de Bancos y Seguros, en ejercicio de dicha potestad regulatoria, expida mediante resolución las disposiciones necesarias para hacer efectiva la recaudación de la contribución del cero punto cinco por ciento (0.5%) establecida por el artículo 307 de la Ley de Seguridad Social, que no fue retenida por las empresas de seguros durante el período comprendido entre diciembre 2001 a marzo 2007, para el financiamiento del Seguro Social Campesino.

Los términos del Convenio de Recaudación y Pago celebrado entre el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, el Director del Seguro Social Campesino, el Presidente de la Federación Ecuatoriana de Empresas de Seguros FEDEG, el Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Integral Prepagada AEEMIP, el 3 de febrero del 2011, son de exclusiva responsabilidad de sus suscriptores, sin que sea de mi competencia pronunciarme sobre el mismo.

Al Contralor General del Estado le compete la atribución exclusiva de verificar el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe DA4-006-2008, aprobado el 20 de enero de 2010, las mismas que de conformidad con el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado son de aplicación inmediata y obligatoria.

OF. PGE. N°: 02823, de 15-07-2011

**CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:
BAJA DE TÍTULOS DE CRÉDITO
-SUBVENCIÓN DE PAGO A MONUMENTOS HISTÓRICOS**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN AZOGUES

CONSULTA:

Formula dos consultas relacionadas con la aplicación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regula la contribución especial de mejoras, tendientes a determinar la procedencia de que la Municipalidad emita nuevos títulos de crédito por tal concepto respecto de obras ya ejecutadas, y subvencione el pago de la referida contribución.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264 num. 5.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55, 57 lit. c), 186, 569, 575 y 591.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 63 num. 24, 64 num. 9, 396, 399 y 419.

Código Tributario Arts. 1 inc. segundo y 31.

Res. N° 17, R. O. N° 102 11-06-2007 Art. 5.

O. Sustitutiva para el Cobro de la Contribución Especial de Mejoras por Obras Ejecutadas en el Cantón Azogues, R. O. N° 541 de 5-03-2009 Arts. 20,21 y 32.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 02224 de 10 de junio de 2011, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, esta Procuraduría solicitó a usted la remisión del criterio jurídico del Procurador Síndico de esa Municipalidad, debidamente fundamentado, respecto del objeto de cada una de sus consultas, así como la remisión de copias certificadas de los documentos a los que sus consultas se refieren, en virtud de que el criterio jurídico adjunto a su oficio, contenido en oficio No. 2011-856-UAJ de 25 de mayo de 2011, no contiene un análisis jurídico de las normas que en él se mencionan. Los requerimientos de este Organismo han sido atendidos mediante oficio No. 2011-5036 de 1 de agosto de 2011, recibido el 3 de agosto del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que la Municipalidad de Azogues ejecutó la obra de "Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro

Parroquial de Javier Loyola”, cuyo monto inicial asciende a US \$ 111,276.07 y que formó parte de esa obra, la ejecución de un tramo de alcantarillado sanitario, por el valor de US \$15,487.75, que según la consulta beneficia únicamente a algunos frentistas y no a todos los habitantes del sector. Agrega la consulta que: “En razón de la oposición de los habitantes, a pagar la Contribución Especial por Mejoras determinadas por la Entidad con el carácter de sectorial, se realizó un estudio socio económico de los beneficiarios, a objeto de determinar la capacidad de pago de este tributo”.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas, que han sido formuladas con el siguiente tenor:

“¿El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra facultado legalmente, para del monto inicial de la obra, esto es \$111,276.07, descontar los valores invertidos en un tramo de alcantarillado por un valor de \$15,487.75, que beneficia únicamente a ciertos frentistas y emitir nuevos títulos de crédito por Contribución Especial de Mejoras a los beneficiarios del mismo?”.

“¿Del monto, restante de la obra, esto es de \$95,788.32, y en base al estudio socio económico realizado, mi representada esto es el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra facultado legalmente para subvencionar parte del pago de la Contribución Especial por Mejoras?”.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 2011-1042-UAJ de 21 de mayo de 2011, remitido a pedido nuestro, cita los artículos 569, 576 y 578 del vigente COOTAD, que determinan el objeto, carácter y base de la contribución de mejoras, así como el artículo 591 ibídem, que autoriza al órgano normativo establecer exenciones a dicho tributo.

Agrega que la Ordenanza Sustitutiva para el cobro de la contribución especial de mejoras por obras ejecutadas en el cantón Azogues, publicada en el Registro Oficial No. 541 de 5 de marzo de 2009, se encuentra vigente en lo que no se oponga al COOTAD; y, que el artículo 20 de la citada Ordenanza, clasifica a las contribuciones especiales de mejoras en locales y sectoriales.

Con respecto a la obra ya ejecutada por la Municipalidad, que motiva la consulta, que es la Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro Parroquial de Javier Loyola, el informe del Procurador Síndico expone que ésta fue clasificada en su momento como de beneficio sectorial, pero que: “En razón de la negativa de los moradores beneficiados, a pagar los valores que demanda la tasa (sic) de contribución especial de mejoras, se nombró una comisión, confor-

mada por varios funcionarios municipales...”, comisión que, según se expone en el oficio inicial de consulta, ha presentado un Informe Socioeconómico, que fue conocido por el Concejo Municipal en sesión de 12 de mayo de 2011, habiéndose resuelto acoger el estudio y “elevar a consulta, a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General, sobre la procedencia o no de la subvención a los tributos de contribución Especial de Mejoras”.

Copia del acta correspondiente a la sesión del Concejo Municipal del Cantón Azogues de 12 de mayo de 2011, a la que se refiere el informe jurídico, ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento y en ella consta, según las intervenciones de los Concejales economista Jhon Peñaloza y doctor Juan Ortega, que los títulos de crédito correspondientes a la contribución especial de mejora que motiva la consulta “se emitieron en el 2008”, “año en que se entregó la obra”, esto es durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

El informe jurídico argumenta que: “...el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, está facultado para realizar una nueva determinación de los frentistas beneficiados por la ejecución de un tramo de alcantarillado sanitario, por un valor de \$15,487.75, calificándola como obra local, por tanto serían estos contribuyentes, quienes tienen la obligación de cancelar la tasa por concepto de (sic) contribución especial de mejoras.//En lo que hace relación al monto restante de la misma; por la cantidad de \$95,788.32 que se refiere a la Construcción del Colector, propiamente dicho, y que beneficia a casi toda la colectividad de la parroquia, continuaría considerándose como sectorial”.

El informe del Procurador Síndico cita entre otras normas, los artículos 55 y 57 letra c) del COOTAD, que confieren a las municipalidades competencia para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras, así como el artículo 569 del COOTAD, que autoriza al concejo municipal a disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes y sobre dicha base concluye que:

“...la Municipalidad de Azogues, se encuentra facultada para normar el cobro de la tasa por este concepto, conforme así lo ha hecho a través de una Ordenanza. Tanto en la ley cuanto en éste último cuerpo legal analizado, se desprende que no se ha establecido, ningún tipo de subvención; por el contrario, analizando la capacidad de pago, la situación económica y social de los beneficiarios de la obra pública, se ha establecido un Régimen de Subsidios, por tanto y confor-

me los argumentos planteados anteriormente, estimo que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra impedido de subvencionar el pago de la tasa por contribución especial de mejoras de la obra “CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR DE DESCARGA DE AGUAS LLUVIAS DEL CENTRO PARRROQUIAL DE JAVIER LOYOLA”, en los términos establecidos en el informe de la comisión de funcionarios Municipales y acogida por el Ilustre Concejo Municipal, debiendo en caso que la situación social y económica de los vecinos de la parroquia Javier Loyola, no permita cubrir el pago de la tasa, establecer y aplicar el régimen de subsidios constantes en el Art. 32 de la Ordenanza en mención...”.

La Ordenanza Sustitutiva para el Cobro de la Contribución Especial de Mejoras por Obras Ejecutadas en el Cantón Azogues, está publicada en el Registro Oficial No. 541 de 5 de marzo de 2009. Los artículos 20, 21 y 32 de la citada Ordenanza, en su orden, disponen:

“Art. 20.- Por el beneficio que generan las obras que se pagan mediante las contribuciones especiales de mejoras, estas se clasifican en:

Locales, aquellas que causan un beneficio directo a los propietarios frentistas.

Sectoriales, las que causan el beneficio a un sector o área de influencia debidamente delimitada”.

“Art. 21.- Corresponde a la Dirección de Planificación del Municipio de Azogues y a las direcciones técnicas de las empresas municipales, determinar la clase (sic) beneficio que genera la obra ejecutada, para lo cual I. (sic) Concejo dictará el reglamento correspondiente”.

“Art. 32.- La Municipalidad observando el principio de solidaridad; así como la capacidad de pago de los contribuyentes establece un régimen de subsidios para los propietarios de los predios de acuerdo a los siguientes parámetros.

Los propietarios que demuestren que el nivel de ingresos es de un salario básico unificado el 100% de la contribución especial de mejoras.

Los propietarios de la tercera edad, así como las personas con discapacidades el 50% de la contribución especial de mejoras.

Los propietarios que demuestren que el nivel de ingresos es de hasta dos salarios básicos unificados el 25% de la contribución especial de mejoras.

Para la aplicación de los subsidios, los contribuyentes deberán realizar la solicitud al alcalde de la ciudad, quien dispondrá a Trabajo Social de la entidad, realizar el análisis social y económico; y, emitir el informe correspondiente con la documentación de sustento; documentos que serán remitidos a la Dirección Financiera, Sección de Rentas Municipales y Departamento de Avalúos y Catastros, para el trámite pertinente”.

Sus consultas tienen por objeto determinar, al amparo del ordenamiento jurídico actualmente vigente, la procedencia jurídica de que el Concejo Municipal de Azogues modifique la clasificación de la contribución especial de mejoras proveniente de la obra de “Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro Parroquial de Javier Loyola”, calificada inicialmente como de beneficio sectorial y por la que se han expedido en el año 2008 los correspondientes títulos de crédito, de manera que se reclasifique parte de esa obra como de beneficio local, a fin de que el pago de la contribución de mejoras se efectúe únicamente por los propietarios directamente beneficiados, manteniéndose la calificación de beneficio sectorial para la restante parte de la obra. La consulta tiene como propósito además, determinar si cabe subvencionar parte del pago de la referida contribución especial de mejoras, otorgando los subsidios establecidos en la Ordenanza a la que antes se hizo referencia.

El contenido de sus consultas exige considerar que la Ordenanza sustitutiva para el cobro de la Contribución Especial de Mejoras por obras ejecutadas en el Cantón Azogues, se expidió al amparo de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el COOTAD, que rige desde su promulgación.

El numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República establece que los gobiernos municipales tienen competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras. El artículo 301 *ibídem*, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones; y agrega, que las tasas y contribuciones se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, son tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales de mejoras. Las tasas son tributos que constituyen la contraprestación o retribución de servicios públicos; mientras las contribuciones especiales de mejora están destinadas a costear las obras públicas de infraestructura.

En virtud de que sus consultas se refieren a la procedencia de emitir nuevos títulos de crédito que sustituyan a los ya emitidos en el año 2008, y subvencionar el

pago de la contribución especial de mejoras, es pertinente analizar las disposiciones de Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El artículo 63 numeral 24 de la citada Ley Orgánica derogada, confería al concejo atribuciones para: “Crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras que los propietarios están obligados a pagar para costear las obras públicas, de acuerdo con la ley”.

El numeral 9 del artículo 64 de la referida Ley Orgánica derogada, prohibía al concejo, “Condonar obligaciones constituidas en favor de la municipalidad”.

En relación con la contribución especial de mejoras que motiva su consulta, el artículo 396 de la Ley Orgánica derogada, establecía que el objeto de la contribución especial de mejoras “es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública”; y el artículo 399 *ibídem*, determinaba:

“Son sujetos pasivos de esta contribución y están obligados a pagarla los propietarios de los inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas, sin excepción alguna, pero las municipalidades podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones totales o parciales que concedan a aquellas propiedades que hubieren sido catalogadas como monumentos históricos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto dictará la municipalidad respectiva”.

En concordancia, el artículo 419 de la Ley Orgánica derogada establecía que para la determinación de cualquiera de las contribuciones especiales de mejoras “se incluirán todas las propiedades beneficiadas, sin excepción alguna. La parte del costo correspondiente a propiedades del Estado y más entidades del sector público se cubrirán con las respectivas partidas que, obligatoriamente constarán en sus correspondientes presupuestos”.

De las normas citadas se desprende que el artículo 63 numeral 24 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, facultaba al concejo para crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras; y, los artículos 399 y 419 de la misma Ley Orgánica derogada establecían la obligación de pagar la contribución especial de mejoras, disponiendo que los sujetos pasivos de dicho tributo, son los propietarios de todas las propiedades beneficiadas por la ejecución de la obra “sin excepción alguna”.

La derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal no preveía la posibilidad de exonerar total o parcialmente del pago de la contribución especial de mejoras, salvo el caso establecido en el artículo 399 de esa Ley, referido a las propiedades catalogadas como monumentos históricos, evento en el que las municipalidades podían absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones totales o parciales que se concedieran a dichas propiedades.

En forma adicional, es pertinente considerar que el numeral 9 del artículo 64 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, prohibía al concejo “condonar obligaciones constituidas en favor de la municipalidad”.

Por su parte, el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en su artículo 55 establece que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen competencias exclusivas para: “...e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”; y el artículo 57 *ibídem*, prescribe que corresponde al concejo municipal: “...c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”.

De conformidad con el artículo 186 del COOTAD, los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos pueden crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras, generales o específicas; tasas por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos; y, contribuciones especiales de mejoras, en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

El artículo 569 del COOTAD prevé que los concejos municipales o distritales “podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes”.

De conformidad con el artículo 575 del citado COOTAD, son sujetos pasivos de la contribución especial de mejora, “los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública. Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza, cuya iniciativa privada le corresponde al alcalde de conformidad con este Código”.

En concordancia, el artículo 591 del COOTAD prescribe que: “Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos”.

Por su parte, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, define como “gasto tributario”: “los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente”. Agrega la misma norma, con respecto al gasto tributario de los gobiernos autónomos descentralizados que: “la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la pro forma presupuestaria correspondiente”.

Según el artículo 31 del Código Tributario, la exención o exoneración tributaria “es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”; mientras que con respecto a la condonación de deudas tributarias, el artículo 54 *ibídem* prevé que: “sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca”.

Cabanellas define la “CONDONACIÓN” como: “Renuncia gratuita de un crédito. Il Perdón o remisión de una deuda u obligación”, en tanto que la “EXENCIÓN”, la conceptualiza como: “Situación de privilegio o inmunidad que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una carga y obligación, para regirse por leyes especiales... En materia fiscal, expresa relevación de un gravamen, por estar comprendido en categoría no imponible o por circunstancias que lo justifiquen en cada supuesto”. Por su parte, el término “subvención” es sinónimo de “subsidio” y se define como: “Rebaja que las leyes tributarias otorgan a los contribuyentes en el pago de sus impuestos si cumplen determinadas condiciones o requisitos”.

En consecuencia, si la subvención es sinónimo de subsidio, la subvención de un tributo como es la contribución de mejoras, constituye una exención, esto es una dispensa total o parcial de la obligación tributaria, según el citado artículo 31 del Código Tributario.

De los artículos 264 numeral 5 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569, 575 y 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se desprende que los concejos municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas por los servicios que presten, y contribuciones especiales por las obras que ejecuten; y, que pueden disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, o por razones de orden público, exenciones o exoneraciones que serán de cargo de las Mu-

nicipalidades y deberán cuantificarse y anexarse en la pro forma presupuestaria correspondiente.

Del análisis que precede se concluye que no es procedente que la Municipalidad del Cantón Azogues pueda subvencionar, esto es disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, por obras ejecutadas durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, respecto de las cuales esa entidad ya emitió títulos de crédito, que los beneficiarios de dichas obras de infraestructura están obligados a pagar, pues ni la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización han previsto la posibilidad de condonar obligaciones tributarias.

La obligación de pago de las contribuciones especiales de mejoras, corresponde a todos los propietarios de los inmuebles beneficiados con las obras, y según los artículos 399 y 419 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, entonces vigente, no admitía excepción alguna.

La exención o disminución que actualmente es posible establecer mediante Ordenanza, según los artículos 569 y 575 del COOTAD en vigencia, atento el carácter tributario de la contribución, regiría únicamente para el futuro y por tanto, no podría aplicarse en forma retroactiva, de conformidad con el artículo 300 de la Constitución de la República, que incluye a la irretroactividad entre los principios que rigen el régimen tributario.

En los términos expuestos me pronuncié en oficio No. 02318 de 15 de junio de 2011, en atención a una consulta sobre similar materia, formulada por la Municipalidad del Cantón El Tambo.

En tal sentido, con respecto a su primera consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que se modifique la clasificación de la contribución de mejoras, de beneficio sectorial a local, una vez que ya se han expedido los respectivos títulos de crédito, pues éstos han generado ya obligaciones tributarias cuya condonación no han previsto ni la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal ni el vigente COOTAD.

Por tanto, con respecto a su segunda pregunta se concluye que la Municipalidad de Azogues no está facultada para subvencionar parte del pago de una Contribución Especial por Mejoras establecida durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en virtud de que la subvención constituiría una exención esto es una dispensa de la obligación tributaria, según el artículo 31 del Código

Tributario, que estaba autorizada por el artículo 399 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, únicamente respecto de las propiedades que hubieren sido calificadas como monumentos históricos, sin que la posibilidad de establecer la exención que los artículos 569 y 575 del vigente COOTAD permiten, pueda ser aplicada en forma retroactiva.

De los artículos 264 numeral 5 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569, 575 y 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se desprende que a partir de la promulgación del COOTAD, los concejos municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas por los servicios que presten y contribuciones especiales por las obras que ejecuten; y, que pueden disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, o por razones de orden público, exenciones o exoneraciones que serán de cargo de las Municipalidades y deberán cuantificarse y anexarse en la pro forma presupuestaria correspondiente.

Es pertinente considerar que el artículo 350 del COOTAD, confiere la potestad coactiva para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a favor de los gobiernos cantonales, y dispone que se ejercerá por los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores. Según el artículo 352 de citado Código Orgánico, el procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro.

El COOTAD, no contiene disposiciones relativas a la baja de títulos de crédito por concepto de contribución especial de mejoras, salvo el caso de la baja de créditos incobrables, que en el inciso segundo del artículo 340 del referido Código Orgánico dispone: "La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados".

Por tanto, previa la autorización del Alcalde del Cantón Azogues, la autoridad financiera municipal podría dar de baja los créditos incobrables, especialmente de los grupos de atención prioritaria, una vez que se haya agotado el ejercicio de la acción coactiva para el cobro de la contribución especial de mejoras por las obras ejecutadas en ese Cantón.

OF. PGE. N°: 03604, de 08-09-2011

CONVENIO DE PAGO: EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS
Y CULTOS

CONSULTA:

“¿Es el convenio de pago la vía jurídica para extinguir las obligaciones surgidas por obras ejecutadas, servicios prestados o bienes recibidos de terceros, sin que haya precedido a dicha ejecución, prestación o entrega un acto administrativo válido dictado por autoridad competente?; y, ¿cuál es el procedimiento que se debe observar para suscribir dicho convenio de pago?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 66 num. 17.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1 num. 1, 7, 14, 21, 27, 43, 47, 48 y 50.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 116, 117 num. 2 y 178.

Código Civil Arts. 9, 1453 y 1486.

PRONUNCIAMIENTO:

En la consulta se expone que durante el despacho de los procedimientos de contratación pública, “la Cartera de Justicia ha tenido que solventar problemas con las obligaciones civiles que ha asumido, derivadas de actos administrativos que no se desprenden de un contrato celebrado en legal y debida forma, conforme a las reglas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación, sino que, por el contrario, son obligaciones existentes, pendientes y latentes, derivadas de cuasicontratos”.

Añade que: “el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos ha recibido de terceros, obras, bienes o servicios, los mismos que han sido verificados a satisfacción de la entidad, sin que para ello haya existido un contrato legalmente celebrado, y por lo tanto se ha obviado los procesos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las Resoluciones del Instituto Nacional de Compras Públicas”.

Concluye la consulta exponiendo que: “No obstante la existencia, verificación y recepción de las obras, bienes o servicios, provenientes de terceros, a favor del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, esta Cartera de Estado debe solventar y honrar las obligaciones, en aplicación de los principios de equidad y

buena fe; por lo que, frente a la falta de formalización de las mismas, se necesita instrumentar su pago a través de mecanismos lícitos, tendientes a subsanar los efectos de tales obligaciones latentes”.

Por su parte, el criterio jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio consultante, contenido en memorando No. 1378-MJDHC-DJ-2011 de 24 de noviembre de 2011, cita entre otras normas, el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo numeral 2 dispone:

“Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: ...2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.

El informe cita además el numeral 402-02 de las Normas de Control Interno expedidas por Acuerdo de la Contraloría General del Estado, que definen al control previo al compromiso, como el conjunto de procedimiento y acciones que adoptan los niveles directivos de las entidades, antes de tomar decisiones, para precautelar la correcta administración de los recursos financieros y materiales; y prevé que para la ejecución de un gasto, se deberá verificar que exista la partida presupuestaria con la disponibilidad suficiente de fondos no comprometidos a fin de evitar desviaciones financieras y presupuestarias.

Cita además, los artículos 1453 y 1486 del Código Civil, que establecen las fuentes de las obligaciones y las clasifican en obligaciones civiles o meramente naturales. Sobre dicha base argumenta el informe jurídico que:

“La entrega de bienes y prestación de servicios sin que exista ninguna expresión de voluntad por parte de autoridad competente no genera per se una obligación de pago, más aún cuando el artículo 9 del Código Civil determina que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención, principio aplicable a las personas naturales y jurídicas de derecho privado y en las relaciones propias que pueden generarse entre los particulares y el Estado (relaciones contractuales), la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sujeta a todas las Entidades Públicas a procedimientos específicos de contratación y cuya omisión excepcionalmente genera una obligación al Estado bajo los presupuestos establecidos en el artículo 117 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, cualquier circunstancia que se aparte de cualquiera de esos supuestos de hecho no estarían jurídicamente amparados y por tanto no generan obligación de carácter civil”.

Añade el informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos que: “previa la generación de convenios de pago se deberá verificar el cumplimiento de todos los supuestos definidos tanto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y disposiciones emitidas por la Contraloría General del Estado sobre la generación de órdenes de gasto y de pago, así como determinar con absoluta claridad la responsabilidad de los funcionarios por cuya acción u omisión la Entidad asumió compromisos sin haber observado los procedimientos establecidos en la ley, de dicho particular se deberá notificar a la Unidad de Auditoría Interna”.

Finalmente concluye que: “es pertinente la generación de convenios de pago, para extinguir obligaciones jurídicas surgidas por obras ejecutadas, servicios prestados o bienes recibidos de terceros, sin que haya precedido a dicha ejecución, prestación o entrega un acto administrativo válido dictado por autoridad competente”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, determinado en el mismo artículo 1 que incluye en el numeral 1 a los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

En concordancia, el artículo 7 de la misma Ley, define al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), como el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Dicho sistema está sujeto al control dispuesto en el artículo 14 *ibídem*, que incluye la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

Según el citado artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligatorio para las entidades contratantes las herramientas del Sistema, esto es el portal compras públicas, los modelos precontractuales y contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública; el cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCOP, así como los planes y presupuestos institucionales; la contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en la Ley. El uso obligatorio del sistema oficial de contratación pública consta también previsto en el artículo 21 de la Ley; y, de los modelos de documentos precontractuales, en el artículo 27 *ibídem*.

En materia de adquisición de bienes y de prestación de servicios, el procedimiento precontractual se determina en función de la naturaleza de los bienes y servicios, normalizados o no, así como de la cuantía de la contratación, a efectos de determinar la aplicación de los procedimientos de compras por catálogo, subasta inversa, cotización o licitación, según el caso, regulados por los artículos 43, 47, 48 y 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respectivamente.

El penúltimo inciso del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que “Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley.”; y, en concordancia, el artículo 15 de la misma Ley confiere a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, competencia para realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, para efectuar la contratación de bienes y servicios que requiera, está sujeto al ámbito de aplicación determinado en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como a los procedimientos precontractuales que esa Ley establece en función de la naturaleza de los servicios así como de la cuantía de la contratación; en consecuencia, el uso de las herramientas del sistema nacional de contratación pública, es obligatorio según los artículos 14 y 21 de esa Ley; y, su incumplimiento da lugar a sanción en los términos del penúltimo inciso del citado artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De los antecedentes referidos tanto en la consulta como en el informe jurídico que se ha acompañado a ella, se desprende que esa Secretaría de Estado ha recibido de terceros, obras, bienes y servicios, “verificados a satisfacción de la entidad, sin que para ello haya existido un contrato legalmente celebrado, y por lo tanto se ha obviado los procesos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las Resoluciones del Instituto Nacional de Compras Públicas”.

El numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la libertad de trabajo y prescribe: “Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

Por su parte, los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en su orden disponen:

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso”.

“Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1.- Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,

2.- Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

El artículo 178 *ibídem* establece sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria y prescribe que: “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contra-

tos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente”.

De las normas citadas, se establece la obligatoriedad de toda entidad pública de contar con la certificación presupuestaria respectiva, en forma previa a adquirir obligaciones que generen compromisos de pago; pues, la omisión de ello acarrea responsabilidad personal y pecuniaria, y como sanción la destitución de los funcionarios responsables.

En aplicación del principio del numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República que prescribe que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso; y, de conformidad con lo previsto en los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que he citado, cabe la suscripción de un convenio de pago con el proveedor de la obra, bien o servicio que ha sido recibidos a su entera satisfacción, pero que carecen de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, para cancelar los valores adeudados por las prestaciones recibidas.

Para que proceda el convenio de pago, en dicho instrumento se deberá determinar: 1) Que existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes; 3) Que hay constancia documentada de que las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de ese Ministerio; 4) Que las obras ejecutadas, bienes adquiridos o servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que al amparo de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el convenio de pago es una vía jurídica para extinguir las obligaciones surgidas por prestaciones recibidas a satisfacción por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, siempre que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 115 y 178 del mismo Código Orgánico.

El mecanismo que adopte el Ministerio de Justicia para el pago de las obras, bienes y servicios recibidos, es de exclusiva responsabilidad de los funcionarios de

esa Secretaría de Estado, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

Es pertinente advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas, por lo que en lo posterior, ese Ministerio deberá adoptar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar a futuro, que se reciban obras o servicios o se adquieran bienes, y en general, se asuman obligaciones, sin el correspondiente respaldo contractual.

Corresponde a la Auditoría Interna de la entidad a su cargo así como a la Contraloría General del Estado determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las acciones u omisiones en los casos que motivan su consulta.

OF. PGE. N°: 05605, de 26-12-2011

CONVENIO DE PAGO: PROCEDIMIENTO ADOPTADO SIN RESPALDO CONTRACTUAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TURISMO

CONSULTA:

“¿Procede que el Ministerio de Turismo realice el pago a la compañía Vallejo Iregui Pérez Publicidad Cía. Ltda. a través de la figura de convenio de pago?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 19 y 66 num. 17.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1, 2 num. 3; y, 88, 89 num. 9 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 31 num. 34.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 116, 117 y 178. Res. N° DA-MT-2011-0140 de 4-03-2011.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico contenido en memorando No. MT-DAJ-2011-0631 de 8 de junio de 2011, refiere como antecedente que mediante memorando No. MT-

DME-2011-0098 de 4 de marzo de 2011, el Director de Mercadeo Estratégico solicitó al Subsecretario Administrativo Financiero del Ministerio de Turismo, iniciar el proceso para la contratación de “Pautaje de Televisión” para el posicionamiento de la marca turística presentada el 23 de octubre del año 2010, como Marca País. El referido memorando consta entre los anexos acompañados a la consulta.

La Dirección Financiera emitió la certificación de fondos No. DCF-9999-2011-0350 de 4 de marzo de 2011, para la referida contratación; dicha certificación también ha sido acompañada a la consulta.

Agrega el informe jurídico que mediante Resolución No. DA-MT-2011-0140 de 4 de marzo de 2011, el Ministro de Turismo declaró la contratación bajo régimen especial, sobre la base de las disposiciones de los artículos 2, numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 89 numeral 9 de su Reglamento; dichas normas disponen:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

...3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes...”.

“Art. 89.- Se encuentran sujetos al régimen de contratación directa:

...3. Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que deberá constar de la respectiva resolución”.

Según se refiere en el citado informe jurídico, en la misma Resolución No. DA-MT-2011-0140 de 4 de marzo de 2011, el Ministro de Turismo dispuso el inicio del proceso de contratación directa del pautaje de televisión y aprobó los pliegos del proceso, lo que se corrobora con el documento contentivo de la Resolución No. DA-MT-2011-0140 de 4 de marzo de 2011, que se ha remitido como anexo a la consulta.

El informe jurídico expone que mediante Resolución No. DA-MT-2011-141 de 4 de marzo de 2011, cuya copia también se ha remitido a este Despacho, el Mi-

nistro de Turismo adjudicó el contrato a Vallejo Iregui Pérez Publicidad Cía. Ltda, por el valor de USD 300.000 más IVA, de acuerdo a lo estipulado en los pliegos y oferta presentada; y, que mediante oficio No. 1235 de 11 de marzo de 2011, el Secretario General del Consejo Nacional Electoral remite al Ministerio de Turismo la Resolución por la que dicho Consejo autoriza la difusión de la campaña de posicionamiento de la nueva marca turística “Ecuador ama la vida”.

Añade el informe jurídico que mediante memorando No. MT-DAJ-2011-0349 de 8 de abril de 2011, esa Dirección de Asesoría Jurídica comunicó al Subsecretario Administrativo Financiero “...que es improcedente suscribir contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio que ha sido ya ejecutado... que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas...”.

El informe jurídico cita el Informe de Seguimiento de Pautaje Televisivo de 24 de mayo de 2011, según el que: “...el pautaje de televisión que la empresa VALLEJO IRREGUI PÉREZ PUBLICIDAD inició el día 08 de marzo de 2011 y finalizó el 06 de mayo de 2011”.

El Informe de Seguimiento de Pautaje Televisivo de 24 de mayo de 2010, suscrito entre otros funcionarios, por el Director de Mercadeo Estratégico, la Subsecretaría de Mercadeo Turístico y aprobado por el Ministro de Turismo, ha sido remitido como anexo a la consulta. En la pág. 5 del informe, bajo el título de “Verificación de Cumplimiento”, consta que “De acuerdo con lo solicitado, la empresa VALLEJO IRREGUI PÉREZ PUBLICIDAD, cumplió con lo requerido dentro de los pliegos de contratación signados con el Código No. PE-MT-2011-040”. En las páginas 6 y 8 del Informe, se expresan similares conclusiones sobre Verificación de cumplimiento de los restantes productos y servicios prestados por VIP Publicidad Cía. Ltda.

Concluye el informe jurídico manifestando que: “...de conformidad con la disposición constitucional de que ningún trabajo puede ser gratuito, haberse realizado el proceso precontractual bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, contar con la certificación de fondos que permitiría cubrir la contratación de “Pautaje de Televisión” y al contar con la recepción del servicio por parte del Ministro de Turismo procedería el pago a través de un convenio de pago...”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 1 establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios

y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, entre estas, en el número 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

La contratación de servicios de comunicación social están sujetos al régimen especial establecido en los artículos 88 y siguientes del Reglamento a esa Ley, según el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De los antecedentes referidos en el informe jurídico del Ministerio de Turismo y descritos en este pronunciamiento, se desprende que el procedimiento de contratación de espacios publicitarios en televisión nacional para pauta comunicacional, se inició mediante Resolución No. DA-MT-2011-140 de 4 de marzo de 2011 y avanzó hasta la adjudicación efectuada mediante Resolución No. DA-MT-2011-141 de 4 de marzo de 2011, pero no fue suscrito el contrato con la empresa VIP Publicidad Cía. Ltda., adjudicataria de dicho proceso; sin perjuicio de lo cual, se prestaron los servicios según el Informe de Seguimiento de Pautaje Televisivo de 24 de mayo de 2011, y el Ministerio ha manifestado su conformidad con dichos servicios.

La Constitución de la República en el Art. 66 reconoce y garantiza a las personas, en el número 17. “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

Los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone en su orden:

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contra-prestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adqui-

siciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso”.

“Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

- 1.- Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,
- 2.- Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

Por su parte el Art. 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; agrega que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos, o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

De la normativa jurídica citada se determina que la erogación de recursos públicos por parte de las instituciones del Estado, debe tener como antecedente una contraprestación real o la correspondiente disposición legal.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, en atención a la consulta formulada por usted, se concluye que en aplicación del principio establecido por el Art. 66 número 17 de la Constitución de la República, de que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso; y, de conformidad con lo previsto en los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que he citado, es procedente que el Ministerio de Turismo suscriba un convenio de pago con el proveedor de los servicios de publicidad que han sido recibidos a su entera satisfacción pero que carecen de contrato, para cancelar los

valores adeudados por este concepto, por la prestación de servicios, en las condiciones, términos y precios detallados en la adjudicación contenida en la Resolución de Adjudicación No. DA-MT-2011-141 de 4 de marzo de 2011 y conforme a la certificación de fondos a la que antes se ha hecho referencia.

El mecanismo que adopte esa Secretaría de Estado para el pago de los servicios recibidos, es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejando constancia que este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia.

Mediante oficio No. 203 de 31 de enero de 2011, en atención a otra consulta formulada por el Ministerio de Turismo, respecto de servicios recibidos en esa ocasión de la Revista Nacional Geographic, ya se advirtió que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas.

Por tanto, en esta ocasión insisto a usted a fin de que disponga la adopción de las medidas adecuadas para evitar que a futuro, se reciban bienes o servicios y en general se asuman obligaciones por parte de esa Secretaría de Estado, sin el correspondiente respaldo contractual.

En consecuencia, la Auditoría del Ministerio de Turismo deberá ejercer el control de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve con el presente pronunciamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el número 2 del Art. 212 de la Constitución de la República, así como de los artículos 19 y 31 número 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, determinar responsabilidades por las acciones u omisiones de los servidores de esa Secretaría de Estado, con relación a la situación consultada.

El Ministerio de Turismo, para efectos de control posterior, deberá informar a la Procuraduría y a la Contraloría General del Estado de cualquier convenio de pago que se celebre teniendo como antecedente la absolución de esta consulta.

OF. PGE. N°: 02776, de 13-07-2011

CONVENIO INTERINSTITUCIONAL: SUSCRIPCIÓN DE FIDEICOMISO

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. “Siendo el deudor ante el Banco del Estado, la Comisión de Tránsito del Ecuador, ¿Es procedente realizar un Adéndum al convenio suscrito entre ambas instituciones, en virtud del cual se autorice al Gobierno Municipal de Milagro ejecutar el procedimiento precontractual y contractual de la construcción del Terminal Terrestre de Milagro, por cuanto este GAD no tiene cupo de crédito en el Banco del Estado para esta obra en específico, y se trata de una obra pública de gran interés social?”.

2. “¿Si es procedente que el Gobierno Municipal de Milagro suscriba un fideicomiso con la Comisión de Tránsito del Ecuador y el Banco del Estado, para que, cuando esté construido el Terminal Terrestre de Milagro, lo administre y de los valores que recaude por su utilización pague el préstamo la Comisión de Tránsito del Ecuador al Banco del Estado?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. f) y 125.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 20 num. 13, 30.5 lit. f), 44 num. 4), 113, 234, 236 y Disp. Gen. Décima Sexta.

Ley de Mercado de Valores Arts. 109, 115 y 116.

Reglamento General de Operaciones de Crédito del Banco del Estado Arts. 30 lit. a) y 31 lit. a).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio de consulta se expone que el 22 de diciembre de 2009, la Comisión de Tránsito del Guayas y el Banco del Estado, suscribieron el contrato de crédito No. 20000557, con el propósito de concretar un préstamo que la Comisión requería para financiar la construcción de los Terminales Terrestres para la transportación pública de pasajeros de las ciudades de Durán y Milagro.

El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en oficio No. 1608-AJ-CTE de 19 de julio de 2011, expone que mediante oficio No. GADCM-A-2011-2214-OF de 26 de mayo de 2011, el Alcalde de Milagro se dirigió a la

Gerente de la Sucursal Regional Guayaquil del Banco del Estado, haciéndole conocer que el Director Ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Ecuador, mediante oficio No. 895-DEJ-CTE-2011 de 26 de abril de 2011, expresó al Gerente General del Banco del Estado, “la voluntad de la C.T.E de encontrar con el Banco del Estado el mecanismo técnico jurídico necesario para que el financiamiento otorgado a la Comisión de Tránsito del Ecuador para la construcción del Terminal Terrestre de Milagro sea direccionado a favor del Municipio de Milagro, en razón del ejercicio de sus competencias establecidas en la ley”.

Agrega el informe, en el numeral 7 del acápite I Antecedentes, que sobre dicha base, con oficio No. 2011-0526-COG-002326 de 2 de junio de 2011, la Gerente de la Sucursal Regional Guayaquil del Banco del Estado, convocó al Director Ejecutivo de la CTE a una reunión para tratar sobre el tema, en la que “se acordó solicitar el pronunciamiento del Procurador General del Estado, sobre la posibilidad de que la Comisión de Tránsito del Ecuador –endeudada por el crédito otorgado por el Banco del Estado- pueda delegar al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Francisco de Milagro, el proceso de construcción del Terminal Terrestre en dicho Cantón; o la Comisión de Tránsito del Ecuador reinicie el mencionado proceso de contratación. En cualquiera de los dos escenarios, los fondos generados por la utilización del Terminal Terrestre, deberán ser administrados por un fideicomiso, que se creará para tal efecto, a fin de amortizar el crédito financiado por el Banco del Estado a favor de la CTE”.

El informe jurídico cita entre otras disposiciones, el numeral 6 del artículo 264 de la Constitución de la República, que confiere a las municipalidades competencia para planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal. Idéntica atribución consta establecida en la letra f) del artículo 55 del COOTAD.

En forma adicional, el informe jurídico invoca la letra f) del artículo 30.5 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, que asigna a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos y Municipales, competencia para: “f) Construir terminales terrestres, centros de transferencia de mercadería, alimentos y trazado de vías rápidas, de transporte masivo o colectivo”.

Añade el informe jurídico que en virtud del contrato de crédito firmado el 22 de diciembre de 2009, entre la Comisión de Tránsito del Guayas y el Banco del Estado “lo que existe es una línea de crédito aprobada, por tanto, el valor autorizado no ha sido entregado en su totalidad a esta institución”; y, argumenta que al tiempo en que se firmó el indicado contrato de crédito, no se promulgaba aún

el COOTAD ni la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, “por tanto, no existió para la otrora CTG impedimento legal para asumir el procedimiento de contratación pública para la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro. En la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, entre las atribuciones conferidas a las Municipalidades, constaba “determinar la construcción de Terminales Terrestres” (art. 44, numeral 4), por este motivo, este procedimiento se lo gestionó en coordinación con el Municipio de Milagro”; y, añade que, por ello se suscribió el 16 de octubre de 2009, el contrato de comodato entre la Municipalidad de Milagro y la CTG, referido al terreno en el que se construirá la Terminal Terrestre del Cantón Milagro.

Agrega el informe que: “la construcción del Terminal Terrestre en el Cantón Milagro aún no se ha iniciado, pues durante el procedimiento precontractual se lo declaró desierto”; y, concluye que “esta Asesoría Jurídica es del criterio que la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes CTG), continúe asumiendo la deuda ante el Banco del Estado, porque es ésta la institución que suscribió el contrato con anterioridad a la vigencia del COOTAD (Art. 55, letra f) y de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOTTSV (Art. 30.5 letra f)”.

Por su parte, el Gerente General del Banco del Estado, en el oficio No. 2011-0510-AJU-13665 de 8 de noviembre de 2011, manifiesta que “es la Comisión de Tránsito del Guayas, la institución que ejerce la titularidad de las obligaciones de prestataria y/o beneficiaria y/o ejecutora del proyecto” que se financia con el crédito otorgado por esa institución financiera pública.

Añade que como entidad prestataria, “la Comisión de Tránsito del Guayas asumió también, la responsabilidad de entidad ejecutora del proyecto financiado por el Banco del Estado; lo que implica que debe cumplir los actos precontractuales y contractuales, necesarios para la correcta ejecución de las obras, la fiscalización y demás necesarios, observando para el efecto las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública; debiendo anotar que, el cumplimiento de tales responsabilidades, permite la entrega de los recursos del préstamo”.

El Gerente General del Banco del Estado cita la letra a) del artículo 31 del Reglamento General de Operaciones de Crédito del Banco del Estado, que con respecto a las estipulaciones que debe contener un contrato de préstamo establece: “la determinación e identificación de las instituciones: prestamista, prestataria, beneficiarias y la del agente fiduciario, así como las de aquellas que intervengan como responsables en la ejecución del proyecto; y las de sus representantes legales, debidamente autorizados por los órganos competentes.” Añade que “el

Reglamento General de Operaciones de Crédito vigente en la fecha de suscripción del Contrato de préstamo, contenía una disposición similar, en el literal a) del artículo 30”

Concluye el Banco del Estado que “es jurídicamente procedente que el Banco del Estado modifique el Contrato de Préstamo, mediante adendum o contrato modificatorio, por pedido expreso de su prestatario y/o beneficiario, la Comisión de Tránsito del Ecuador, con la finalidad de incluir al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Milagro en calidad de organismo ejecutor, es decir, para que intervenga como responsable en el correcto desarrollo del proyecto, ejecutando los procedimientos precontractuales y contractuales bajo su exclusiva responsabilidad, y asumiendo las obligaciones pertinentes conforme las estipulaciones contenidas en el Contrato de Préstamo, así como en el Reglamento General de Operaciones de Crédito; debiendo para el efecto necesariamente contar con el consentimiento y aprobación de los representantes legales de las partes intervinientes, debidamente autorizados por los órganos competentes de acuerdo con la Ley.”

Sin embargo, con respecto a la conformación de un fideicomiso entre el Gobierno Autónomo Descentralizado de Milagro, la Comisión de Tránsito del Ecuador y el Banco del Estado, cuya finalidad sería que el GAD Municipal administre el Terminal Terrestre de Milagro y de los valores que recaude, la Comisión de Tránsito del Ecuador pague el préstamo, el Banco del Estado considera que “la solicitud es jurídicamente improcedente, a menos que no se modifiquen las cláusulas o condiciones financieras del Contrato de Préstamo, especialmente aquellas relacionadas a las obligaciones de pago de la Comisión de Tránsito del Ecuador.”

De la copia del contrato de crédito sobre el que trata la consulta, que ha sido remitida a pedido nuestro, se desprende que fue suscrito el 22 de diciembre de 2009, entre el Banco del Estado como prestamista y la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), en calidad de prestataria.

En la cláusula segunda “Antecedentes” consta que para conceder el financiamiento a la extinguida Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), el Banco del Estado consideró entre otros informes, según el numeral 2.2. de esa cláusula, el de la Subsecretaría de Crédito Público del Ministerio de Finanzas que certificó que la CTG “no tiene obligaciones pendientes de pago por endeudamiento público”.

El objeto del convenio de crédito, fue estipulado en la cláusula quinta, en los siguientes términos: “El Banco del Estado otorga a la Comisión de Tránsito del

Guayas y ésta acepta, un préstamo por la cantidad de hasta US \$7,083.770.00 (SIETE MILLONES OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), con cargo al Fondo Ordinario, Sector Equipamiento Urbano-Terminales Terrestres, destinado a financiar la “Construcción de los Terminales Terrestres para la transportación pública de pasajeros de las ciudades de Durán y Milagro”.

La cláusula sexta del citado convenio, describe los costos de cada uno de los proyectos; y, en cuanto se refiere al Terminal Terrestre de Milagro, la tabla que consta en dicha cláusula sexta, establece que el crédito del BEDE ascendería a un total de USA \$ 4,420,492; y, el aporte de la entidad prestataria para la ejecución de la obra sería de USA \$ 682,217.

La cláusula séptima estipula que el préstamo se amortizará en el plazo de 7 años, contados a partir de la fecha de entrega del primer desembolso; y, la cláusula novena, en el numeral 9.1, prevé que la prestataria pagará el préstamo con una frecuencia de amortización mensual, mediante el sistema de cuotas fijas. La cláusula décima estipula que: “Todos los pagos relacionados con el presente Contrato se efectuarán a través del sistema ESIGEF con los ingresos necesarios que la Prestataria mantenga”.

El numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del convenio de crédito estipula la posibilidad de que la prestataria CTG decida renunciar a recibir la totalidad o parte del préstamo, evento en el que deberá comunicar por escrito al Banco a fin de que resuelva lo que fuere del caso. El numeral 14.2 de la misma cláusula prevé que: “Si el Banco aceptare la renuncia, la Prestataria se obliga a pagar a éste los gastos que demostrare haber realizado con motivo del control del proyecto objeto del préstamo; si es del caso, el Banco procederá a reajustar proporcionalmente las cuotas de amortización pendientes de pago”.

La cláusula décimo sexta del contrato de préstamo prevé que la ejecución de las obras y su fiscalización, se realizarán de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, bajo exclusiva responsabilidad de la prestataria, esto es de la extinguida Comisión de Tránsito del Guayas actual Comisión de Tránsito del Ecuador.

Para asegurar las obligaciones que la prestataria adquiere frente al Banco, la cláusula vigésima primera del convenio de crédito estipula que: “...la Comisión de Tránsito del Guayas compromete todas sus rentas, actuales y futuras, y se obliga, expresa e irrevocablemente, a establecer y mantener en sus presupuestos anuales los valores que sean necesarios para atender en forma oportuna los compromisos

respectivos, hasta la total cancelación de la deuda.” Similar previsión consta también en el numeral 22.3 de la cláusula vigésima segunda, cuyo numeral 22.17 estipula que: “Si en los plazos establecidos, la Comisión de Tránsito del Guayas no utiliza los recursos del crédito, el Banco del Estado podrá declarar terminado el contrato y el mismo se liquidará por el saldo utilizado”.

La cláusula vigésima sexta, establece los plazos para tramitar los desembolsos, y en el numeral 26.1, estipula: “El plazo máximo para la entrega del primer desembolso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de préstamo. El plazo máximo para entregar el último desembolso es de quince (15) meses contados a partir de la fecha de entrega del primer desembolso”.

El numeral 26.3 de la misma cláusula vigésima sexta, estipula que: “Si, al efectuarse los desembolsos respectivos, no se llega a utilizar la totalidad de los recursos del crédito, éste deberá liquidarse por el monto utilizado, sin que se de paso a reprogramaciones de ninguna índole, para la utilización del saldo”; y, el numeral 26.4 prevé que: “Luego de la entrega del primer desembolso, el Banco del Estado verificará el avance de la obra, de acuerdo con el cronograma respectivo, antes de realizar los siguientes desembolsos”.

A pedido nuestro se ha remitido también, copia del contrato de comodato celebrado el 16 de octubre de 2009, entre la Municipalidad de Milagro y la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas (CTG), ante el Notario Primero del Cantón Milagro, cuyo objeto según su cláusula tercera fue la entrega de un terreno municipal para que en él se construya la Terminal Terrestre de Milagro.

El plazo del contrato de comodato, estipulado en la cláusula cuarta, fue de cincuenta años contados desde su suscripción. La cláusula quinta señala como obligación de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador) como comodataria de “realizar la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro en el plazo de un año, contado a partir de la fecha de suscripción del presente contrato de comodato. En el caso de que la Comisión de Tránsito del Guayas no concluya la construcción de la Terminal Terrestre en un año contado desde la fecha del presente contrato de Comodato, deberá restituir el lote de terreno a la Municipalidad de Milagro”.

El contenido de la consulta exige considerar que a la fecha en que fue suscrito el contrato de préstamo entre el Banco del Estado y la Comisión de Tránsito del Ecuador (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), 22 de diciembre de 2009, regía la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto de 2008, posterior-

mente reformada por la Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011.

La Disposición General Décima Sexta de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto de 2008, derogó la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 202 de 1 de junio de 1999, así como su Reglamento y las demás disposiciones que le otorguen atribuciones y competencias; y, con respecto a la Comisión de Tránsito del Guayas, el artículo 234 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, actualmente reformado, inicialmente confirió personalidad jurídica de derecho público a la Comisión de Tránsito del Guayas y el artículo 235 *ibídem*, también reformado dispuso que funcionaría según lo previsto en esa Ley para las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

El citado artículo 234 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, fue reformado mediante Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, que establece la Comisión de Tránsito del Ecuador (CTE) como “una persona jurídica de derecho público, desconcentrada, de duración indefinida, con patrimonio propio y con autonomía funcional, administrativa, financiera y presupuestaria, con domicilio en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en la red estatal-troncales nacionales y demás circunscripciones territoriales que le fueren delegadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales”. En concordancia, el artículo 113 de la Ley Orgánica Reformativa, dispone que “...En todas aquellas normas legales en las que se hace referencia a la Comisión de Tránsito del Guayas se entenderá que se refieren a la Comisión de Tránsito del Ecuador...”.

El artículo 236 *ibídem*, también reformado, confiere a la Comisión de Tránsito del Ecuador, competencia para dirigir y controlar “la actividad operativa y de los servicios del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en la jurisdicción de la provincia del Guayas, red estatal-troncales nacionales y demás circunscripciones territoriales que le fueren delegadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Regionales, con sujeción a las regulaciones emanadas de la Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. La planificación y organización de estas acciones serán coordinadas con los Gobiernos Autónomos Descentralizados que hubieren asumido dichas competencias”.

El numeral 4 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, derogado por la Ley reformativa, inicialmente, preveía

que "...se transferirá automática y obligatoriamente por parte de las Comisiones Provinciales de Tránsito las siguientes atribuciones a las Municipalidades: ...4. Determinar la construcción de terminales terrestres, centros de transferencia de mercadería y alimentos y trazado de vías rápidas, trolebús, metro vía u otras".

Por su parte, el numeral 13 del artículo 20 de dicha Ley, confería al Directorio de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (actual Agencia Nacional de Tránsito), atribución para "13. Otorgar a los municipios la competencia en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en las áreas urbanas, siempre que cumplan los requisitos previstos en la Constitución y la presente Ley".

A raíz de la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, según su artículo 30.5, la competencia para construir terminales terrestres corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados.

Del análisis que precede se desprende, que al tiempo en que se suscribió el convenio de préstamo entre el Banco del Estado y la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), de conformidad con el artículo 44 numeral 4 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, derogado por la Ley Orgánica reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, la competencia para determinar la construcción de terminales terrestres correspondía a las Comisiones Provinciales, entre ellas la Comisión de Tránsito del Guayas.

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria reforma a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, de conformidad con el artículo 30.5 de dicha Ley Orgánica Reformatoria, la construcción de terminales terrestres es competencia de los GADs metropolitanos y municipales. En consecuencia, no es jurídicamente procedente que en el caso materia de consulta, la Comisión de Tránsito del Ecuador que reemplazó a la CTG, delegue a la Municipalidad de Milagro, la construcción de la Terminal Terrestre de ese cantón, conforme sugiere el informe jurídico de la entidad consultante, en el numeral 7 del acápite I Antecedentes, en virtud de que dicha competencia ha sido asignada en forma directa a las Municipalidades por la ley.

Por otro lado, es pertinente considerar que según el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio No. 1608-AJ-CTE de 19 de julio de 2011, fue declarado desierto el procedimiento de contratación de la ejecución de la obra

de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro, para el que está destinado el financiamiento objeto del convenio de crédito materia de consulta; y, por otro lado, ha vencido el plazo para la ejecución de esa obra, establecido en la cláusula quinta del contrato de comodato celebrado entre la extinta Comisión de Tránsito del Ecuador y la Municipalidad de Milagro, por lo que según la misma cláusula, hay lugar a la restitución del lote de terreno a la Municipalidad de Milagro.

El numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del contrato de préstamo suscrito entre el Banco del Estado y la Comisión de Tránsito del Guayas, que fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, prevé la posibilidad de que la prestataria renuncie a recibir parte del préstamo, evento en el que, según el numeral 14.2 de la misma cláusula se debe “reajustar proporcionalmente las cuotas de amortización pendientes de pago”.

A lo dicho es pertinente agregar que el financiamiento que otorgó el Banco del Estado a la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), se concedió sobre la base de la capacidad de endeudamiento de la prestataria.

Atenta la materia de la consulta, es pertinente considerar en forma adicional que en materia de endeudamiento público, respecto de los GADs, el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone:

“Art. 125.- Límites al endeudamiento para gobiernos autónomos descentralizados.- Para la aprobación y ejecución de sus presupuestos, cada gobierno autónomo descentralizado deberá observar los siguientes límites de endeudamiento:

1. La relación porcentual calculada en cada año entre el saldo total de su deuda pública y sus ingresos totales anuales, sin incluir endeudamiento, no deberá ser superior al doscientos por ciento (200%); y,
2. El monto total del servicio anual de la deuda, que incluirá la respectiva amortización e intereses, no deberá superar el veinte y cinco por ciento (25%) de los ingresos totales anuales sin incluir endeudamiento.

Se prohíbe a las instituciones públicas y privadas conceder créditos a los gobiernos autónomos descentralizados que sobrepasen estos límites, debiendo estos últimos someterse a un plan de fortalecimiento y sostenibilidad fiscal que será aprobado por el ente rector de las finanzas públicas”.

La prohibición que establece el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, de otorgar créditos a los GADs, que sobrepasen los límites establecidos en dicha norma, determina que no sea jurídicamente pro-

cedente, redireccionar automáticamente y sin el análisis y cumplimiento de los requisitos para su concesión, el crédito otorgado por el Banco del Estado a la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, en beneficio de la Municipalidad de Milagro, cuya capacidad de endeudamiento deberá previamente ser determinada sobre la base de los límites que establece la citada norma.

Atenta la competencia de las Municipalidades para construir terminales terrestres, conferida por el artículo 30.5 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, introducido por la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, que confiere a las Municipalidades competencia para construir las terminales terrestres; y, en virtud de que la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), no ha concluido el procedimiento de contratación para la ejecución de la obra en que consiste el Terminal Terrestre del Cantón Milagro, corresponde a dicha Comisión, renunciar parcialmente al préstamo otorgado por esa institución financiera pública, de conformidad con lo estipulado en el numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del contrato de préstamo, suscrito entre el Banco del Estado y la extinguida Comisión de Tránsito del Guayas, debiéndose al efecto comunicar por escrito al Banco a fin de que según el numeral 14.2 de la misma cláusula, se disponga el reajuste proporcional de las cuotas de amortización pendientes de pago.

Del análisis jurídico que precede se concluye que si el financiamiento que otorgó el Banco del Estado a la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), se concedió previa evaluación de la capacidad de endeudamiento de la prestataria y ejecutora del proyecto, no es jurídicamente procedente que dicha Comisión conserve el carácter y las obligaciones de pago como prestataria, y ceda el carácter de beneficiario y ejecutor del proyecto a la Municipalidad de Milagro, aún cuando el Banco del Estado manifieste inicialmente su conformidad con aquello, pues la Comisión, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, perdió competencia para construir terminales terrestres, puesto que dicha potestad pasó a los gobiernos autónomos descentralizados, al tenor del artículo 30.5 de la indicada Ley Orgánica.

Por lo tanto, no procede que la Comisión de Tránsito del Ecuador, asuma obligaciones de pago del préstamo con cargo a su presupuesto, siendo el beneficiario un tercero (la Municipalidad), actualmente titular de la competencia para construir terminales terrestres, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley Orgánica

de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Nótese además que el Banco del Estado, considera improcedente incorporar la figura de un fideicomiso cuya finalidad sería que el Municipio de Milagro administre el Terminal Terrestre y con los valores que recaude pague el préstamo, pues ello significaría una modificación de las condiciones financieras del Contrato de Préstamo.

El artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en derecho público, en los siguientes términos: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

En atención a los términos de su consulta se concluye, que en virtud de que el deudor ante el Banco del Estado, es la Comisión de Tránsito del Ecuador (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), no es jurídicamente procedente realizar un Adéndum al convenio de préstamo suscrito entre ambas instituciones, por el que se autorice a un tercero, que es el Gobierno Municipal de Milagro a ejecutar el procedimiento precontractual y contractual de la construcción del Terminal Terrestre de Milagro, en virtud de que la competencia para construir terminales terrestres corresponde a las municipalidades en forma directa, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En consecuencia, la Comisión de Tránsito del Ecuador deberá renunciar a la parte del préstamo otorgado por el Banco del Estado, destinado a la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro, en aplicación de lo estipulado en el numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del convenio de crédito. El Banco del Estado deberá proceder a reajustar proporcionalmente las cuotas de amortización pendientes de pago por parte de la CTG, según prevé el numeral 14.2 de la misma cláusula. Por su parte, la Municipalidad de Milagro, de considerarlo conveniente, deberá efectuar la planificación correspondiente que le permita ejecutar dicha obra, y si al efecto es necesario recurrir al endeudamiento, deberá observar los límites establecidos en el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En virtud de que, de conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado deben coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines, una vez que la Comisión de Tránsito del Ecuador renuncie a la parte del préstamo otorgado por el Banco del Estado para la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro, dichos recursos se podrían redireccionar

a la Municipalidad de Milagro, mediante nuevo contrato de préstamo, previo el cumplimiento de los requisitos para su concesión, en el que se estipule que ese Gobierno Autónomo Descentralizado asuma la calidad de prestatario y ejecutor del referido proyecto, asumiendo también en forma directa frente al Banco del Estado, las obligaciones de pago correspondientes, observando los límites de endeudamiento que establece el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

2. El informe jurídico de la entidad consultante cita los artículos 115 y 116 de la Ley de Mercado de Valores, que prevén que pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles, las personas naturales o jurídicas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras dotadas de personalidad jurídica; y, que las instituciones del sector público se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el Consejo Nacional de Valores.

Sobre dicha base concluye que: “El compromiso financiero que la entonces Comisión de Tránsito del Guayas adquirió frente al Banco del Estado debe ser honrado por la Comisión de Tránsito del Ecuador... Y que en todo caso, la administración del mismo se lleve a cabo por un Fideicomiso exclusivamente creado para el efecto, a fin de que los valores recaudados sean utilizados para cumplir con el pago de la deuda con el Banco del Estado”.

Por su parte, el Gerente General del Banco del Estado, en el oficio No. 2011-0510-AJU-13665 de 8 de noviembre de 2011, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, manifiesta que: “respecto de la conformación de un fideicomiso entre el Gobierno Autónomo Descentralizado de milagro, la Comisión de Tránsito del Ecuador y el Banco del Estado cuya finalidad sería que el GAD Municipal administre el Terminal Terrestre de milagro y de los valores que recaude pague el préstamo la Comisión de Tránsito del Ecuador, el Banco del Estado considera que la solicitud es jurídicamente improcedente, a menos que no se modifiquen las cláusulas o condiciones financieras del Contrato de Préstamo, especialmente aquellas relacionadas a las obligaciones de pago de la Comisión de Tránsito del Ecuador.”

La forma de pago del crédito otorgado por el Banco del Estado a la extinguida CTG (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), fue estipulada en la cláusula novena del convenio de crédito, por la que la prestataria se comprometió a efectuar amortizaciones mensuales y fijas y realizar los pagos a través del sistema ESIGEF, para lo cual según la cláusula vigésima primera del convenio de crédito, cuya parte pertinente fue transcrita al atender su primera consulta, la Comisión comprometió todas sus rentas, actuales y futuras, y se obligó a establecer y mantener

en sus presupuestos anuales, los valores que sean necesarios para atender en forma oportuna los compromisos respectivos, hasta la total cancelación de la deuda.

Los fideicomisos mercantiles se constituyen y administran de conformidad con las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento expedido por el Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores. El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al contrato de fideicomiso mercantil, en los siguientes términos:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario...”.

El inciso segundo del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, dispone que las instituciones del sector público que actuarán como constituyentes de fideicomisos mercantiles, estarán sujetas al reglamento especial que al efecto expida el Consejo Nacional de Valores; dicho Reglamento consta actualmente en la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007.

En armonía con el análisis que se ha efectuado al atender su primera consulta, se concluye que la suscripción de fideicomisos, como mecanismo para administración de los valores que se destinen al pago de los préstamos otorgados por el Banco del Estado, es un instrumento jurídico al que pueden recurrir las instituciones públicas, siempre que así lo acuerden entre prestataria y prestamista, debiendo convenir las respectivas condiciones financieras, en forma independiente, en cada uno de las operaciones de crédito.

OF. PGE. N°: 04833, de 23-11-2011

CONVENIOS PARA MEJORAMIENTO DE VÍA RURAL: PRESUPUESTO DE AÑOS ANTERIORES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN ALAUSÍ

CONSULTA:

1. “¿Es procedente que la Municipalidad asuma el arreglo de daños emergentes o trabajos de mantenimiento menores justificados, así como apertura de otras vías que se encuentran pendientes y que corresponden al Presupuesto Participativo de años anteriores?”
2. “¿Es o no procedente que la Municipalidad firme dicho convenio para asumir el mejoramiento y mantenimiento vial rural en el Cantón Alausí?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador ArtS. 263 num. 2 y 267 num. 3.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 42 lit. b), 65 lit. c), 114, 115, 129, 274, 275, 279 y 280.

PRONUNCIAMIENTO:

1. El informe inicial del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 055-AJ-GADA de 5 de mayo de 2011, adjunto a la consulta, refiere como antecedente que la Municipalidad del Cantón Alausí, solicitó y obtuvo el financiamiento del Banco del Estado para la adquisición de equipo caminero, mediante dos contratos de financiamiento y fideicomiso suscritos dentro del proyecto Programa de financiamiento de equipo caminero denominado “PROCECAM”. Agrega el mismo informe que, con los recursos provenientes del referido financiamiento, la Municipalidad adquirió equipo caminero.

En atención a nuestro pedido, se han remitido copias certificadas de dos contratos de Financiamiento y Fideicomiso, suscritos entre la Municipalidad del Cantón Alausí en calidad de prestataria y el Banco del Estado.

En el primero de los contratos, celebrado el 19 de abril de 2007, la cláusula quinta “Objeto”, estipula que: “El Banco del Estado otorga al municipio de Alausí y este acepta, un crédito pro la cantidad de hasta USD \$ 1.180.000.00 (UN MILLÓN CIENTO OCHENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100), con cargo al fondo ordinario, sector vialidad-equipos camineros, destinado a financiar la “Adquisición de Equipo Caminero para el Mejoramiento y Mantenimiento de la Red Vial del Cantón Alausí; equipo compuesto

por: dos tractores, dos volquetes, dos rodillos vibratorios, una cargadora, dos camiones cisterna, una motoniveladora y una camioneta 4x4”.

El plazo de amortización del préstamo, según la cláusula séptima es de cinco años, sin periodo de gracia, contados a partir de la entrega del primer desembolso.

La cláusula décimo quinta del contrato prevé la constitución de fideicomiso de la totalidad de los ingresos de la entidad deudora en el depositario oficial; y, la cláusula décimo sexta estipula que la adquisición de los bienes se realizará mediante contratación pública de acuerdo con el régimen legal vigente en el país.

En el contrato suscrito el 26 de febrero de 2008, la cláusula primera “Antecedentes” refiere que, mediante Resolución del Directorio del Banco del Estado No. 2008-DIR-014 de 5 de mayo de 2008, se aprobó el “Programa de Crédito para la Adquisición de Equipo Caminero” (PROCECAM), sobre la base de que “un gran número de gobiernos seccionales locales y provinciales, no disponen de equipo caminero en cantidad suficiente y en buen estado, que les permita ejecutar adecuada y oportunamente las obras viales que la comunidad requiere...; Programa que cuenta con el criterio de prioridad otorgado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, según oficio No. SENPLADES-SIP-dap-2008-119, de 1 de agosto de 2008”.

La cláusula segunda del contrato, estipula:

“EL BANCO otorga a la Municipalidad de Alausí y ésta acepta el financiamiento del proyecto por la cantidad total de hasta QUINIENTOS VEINTE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO CON 75/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 520.458,75) la suma de hasta CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL, TESCIENTOS SESENTA Y CINCO CON 15/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD. 187.365,15) se presta a la Municipalidad de Alausí; la suma de hasta TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVENTA Y TRES CON 60/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 333.093.60) constituye la asignación presupuestaria que concede el Ministerio de Finanzas a LA PRESTATARIA; y, la suma de hasta SESENTA MIL TREINTA Y TRES CON 27/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 60.033,27) constituye el aporte de la prestataria, destinado a financiar adquisición de equipo caminero...”.

La cláusula cuarta estipula que el préstamo se amortizará en el plazo de cinco años, sin período de gracia, contados a partir de la fecha de entrega del primer

desembolso. La cláusula décima prevé la constitución de un fideicomiso de la “totalidad de ingresos de la entidad deudora en el depositario oficio, el Banco Central del Ecuador, pignoraré mediante débito automático, los fondos necesarios de la prestataria para realizar el pago de la totalidad del financiamiento.

El informe jurídico del Procurador Síndico agrega que por su gran extensión geográfica, el cantón Alausí adolece de una considerable falta de vías de acceso para mejorar la calidad de vida de sus habitantes, el comercio y transporte de su producción y que por el fuerte invierno “requiere constante mantenimiento de las vías que se encuentran fuera del perímetro urbano de su matriz y parroquias”.

Finalmente expone el informe del Procurador Síndico que la Municipalidad “implementó la modalidad del Presupuesto Participativo, a fin de optimizar la construcción de obras y ahorro considerable de recursos económicos, y entre ellas se encuentran “aperturas de vías en el sector rural, pendientes de ejecución”.

El citado informe invoca el numeral 2 de artículo 263 de la Constitución de la República y la letra b) del artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confieren al Consejo Provincial, competencia exclusiva para planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya zonas urbanas; y, el numeral 3 del artículo 264 de la Constitución de la República, que confiere a los Municipios competencia para planificar, construir y mantener la vialidad urbana.

Cita también el artículo 260 de la Constitución de la República, que prevé la gestión concurrente entre los distintos niveles de gobierno para la prestación de servicios públicos y sobre dicha base concluye que la Municipalidad “podría ejecutar obras viales rurales mediante la modalidad de Convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo; pero en la realidad no existe el apoyo económico ni atención del mencionado organismo competente”. El informe jurídico argumenta que se debe tomar en cuenta la inversión que ha efectuado la Municipalidad en maquinaria vial.

En el informe ampliatorio contenido en oficio No. 067-AJ-GADA de 2 de junio de 2011, remitido a pedido nuestro, el Procurador Síndico agrega que considera: “procedente actuar en casos de emergencia debidamente justificados para utilizar la maquinaria vial de la Municipalidad, sobre arreglos menores en los caminos del sector rural o despeje de vías, sobre obstáculos provocados por deslaves o elementos propios de la naturaleza, tomando en consideración el clamor de los pobladores afectados y que no están recibiendo atención de los organismos competentes”.

Pese al requerimiento de este Organismo, efectuado en oficio No. 2029 de 26 de mayo de 2011, la Municipalidad del Cantón Alausí no ha remitido el detalle de las obras incluidas en el presupuesto participativo al que alude la consulta. El informe del Procurador Síndico expone que se trata de la apertura de dos vías y lastrado de otras doce vías en sectores comunitarios del Cantón Alausí, o arreglos en las mismas, que “se han venido efectuando por administración directa con la maquinaria municipal y la participación de la comunidad beneficiaria, lo cual ha permitido el avance oportuno y ahorro económico en beneficio de las mismas...”.

Para atender su consulta es necesario determinar las competencias que en materia de vialidad, corresponden a cada nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.

El artículo 263 de la Constitución de la República, incluye entre las competencias exclusivas de los gobiernos provinciales, la de: “...2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas...”. Idéntica disposición consta en la letra b) del artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Por su parte, el numeral 3 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra c) del artículo 55 del COOTAD, asignan como competencia exclusiva de los gobiernos municipales: “...3. Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”.

Con respecto a las competencias exclusivas de las Juntas Parroquiales Rurales, el numeral 3 del artículo 267 de la Constitución de la República, y la letra c) del artículo 65 del COOTAD, les asignan la de: “3. Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural.”.

El artículo 114 del COOTAD, define a las competencias exclusivas como: “... aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno”.

Por su parte, con respecto a las competencias concurrentes, el artículo 115 del COOTAD, dispone que: “son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente”.

El artículo 129 del citado COOTAD, establece que el ejercicio de la competencia en materia de vialidad, atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, se ejercerá de la siguiente manera:

“...Al gobierno autónomo descentralizado provincial le corresponden las facultades de planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.

Al gobierno autónomo descentralizado municipal le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener la vialidad urbana. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales.

Al gobierno autónomo descentralizado parroquial rural le corresponde las facultades de planificar y mantener, en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado provincial la vialidad parroquial y vecinal, para el efecto se establecerán convenios entre ambos niveles de gobierno, donde se prevean las responsabilidades correspondientes de cada uno de ellos”.

De las disposiciones constitucionales y legales citadas se desprende que, en cuanto a la ejecución de obras en materia específica de vialidad, los gobiernos provincial, municipal y rural, tienen competencias exclusivas para planificar, mantener y construir el sistema vial provincial, urbano y rural, respectivamente. A las Juntas Parroquiales Rurales les corresponde planificar y mantener la vialidad parroquial rural en coordinación con los gobiernos provinciales.

El Título VII del citado COOTAD, “Modalidades de Gestión, Planificación, Coordinación y Participación”, en el artículo 274 dispone que los gobiernos autónomos descentralizados “son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce, de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial”.

En concordancia, el artículo 275 *ibídem*, prevé que los gobiernos autónomos descentralizados podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia “en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”.

El artículo 279 del COOTAD, regula la delegación de competencias a otros niveles de gobierno, en los siguientes términos: “Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión de sus competencias a otros niveles de gobierno, sin perder la titularidad de aquellas. Esta delegación requerirá acto normativo del órgano legislativo correspondiente y podrá ser revertida de la misma forma y en cualquier tiempo.

Para esta delegación las partes suscribirán un convenio que contenga los compromisos y condiciones para la gestión de la competencia. Ningún nivel de gobierno podrá delegar la prestación de servicios públicos que le hubiere delegado otro nivel de gobierno”.

El artículo 280 del COOTAD, prescribe que para ejecutar obras públicas que permitan dar cumplimiento a competencias y gestiones concurrentes, “dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno podrán celebrar convenios de gestión de obras”. Añade la misma norma que los convenios establecerán los términos de coparticipación de cada una de las partes, el financiamiento de la obra, las especificaciones técnicas y la modalidad de fiscalización y control social; y, que los procesos contractuales y formalidades del convenio observarán lo establecido en la ley.

De los artículos 274, 275 y 280 del COOTAD, se desprende que los Gobiernos Autónomos Descentralizados son responsables de la implementación de las obras que les corresponda ejecutar en cumplimiento de sus competencias exclusivas, pudiendo ejecutarlas en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta; y, en el caso de competencias exclusivas, su gestión puede ser concurrente entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno, para lo que podrán celebrar convenios de gestión de obras.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 1902 de 20 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que de conformidad con el artículo 55 letra c) del COOTAD, “a los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde “Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”, por lo que el artículo 129 del indicado Código Orgánico, en lo relacionado a vialidad rural, ha previsto respecto a gobiernos autónomos municipales que: “...En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales”, siendo los gobiernos autónomos parroquiales los facultados para suscribir convenios tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el mismo artículo 129 del COOTAD”.

Del análisis que precede se concluye que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 263 de la Constitución de la República, letra c) del artículo 55 del COOTAD y segundo inciso del artículo 129 del citado Código Orgánico, a la Municipalidad compete planificar, construir y mantener la vialidad urbana.

Adicionalmente, el arreglo de daños emergentes o trabajos de mantenimiento, así como la apertura de vías, siempre que se trate de obras a ser ejecutadas en el área urbana, corresponden a la Municipalidad, que puede ejecutar las obras viales en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta, según lo prevén los artículos 274, 275 y 280 del COOTAD. Tratándose de obras viales a ser ejecutadas en las cabeceras de las parroquias rurales, su ejecución se coordinará por la Municipalidad con los gobiernos parroquiales rurales, según el quinto inciso del artículo 129 del COOTAD. En el caso de obras viales que requieran las parroquias rurales en zonas que no sean cabeceras, corresponde a la respectiva junta parroquial planificar y mantener, en coordinación con el gobierno provincial, la vialidad parroquial rural, de conformidad con la letra c) del artículo 65 del COOTAD y la letra b) del artículo 42 *ibidem*, que confiere a los gobiernos autónomos provinciales, competencia para planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial que no incluya zonas urbanas.

2. El informe inicial del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 055-AJ-GADA de 5 de mayo de 2011, expone que el proyecto de convenio elaborado por el Consejo Provincial de Chimborazo, que sería el mecanismo legal para ejecutar el mejoramiento y mantenimiento vial rural, “no establece cuáles son las obligaciones o el aporte de dicha Institución, ni menciona si tienen recursos, ni determinan el fundamento para autorizar a nuestra municipalidad efectuar dichos trabajos, por lo que considero que así no podemos someter a la aprobación del Concejo Municipal, para aprobar la firma del mismo”.

El proyecto de Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Chimborazo y el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Alausí, No. 065-2010-DLM, cuya copia certificada se ha acompañado en atención a nuestro requerimiento, determina en su cláusula tercera que “Objeto del Convenio” es “la ejecución de los proyectos de mejoramiento y mantenimiento vial del cantón Alausí, lo que servirá para el desarrollo económico de la población y de esta manera alcanzar el buen vivir consagrado en la Constitución”.

La cláusula cuarta, que estipula las obligaciones de las partes, respecto del gobierno provincial, prevé que éste se “compromete a coordinar acciones tendientes a la ejecución por parte de la Municipalidad de los proyectos de mejoramiento y mantenimiento vial, dentro de su jurisdicción cantonal”; mientras que a la Municipalidad corresponde ejecutar los proyectos “para lo cual utilizará los recursos económicos necesarios establecidos dentro de su presupuesto institucional y destinado para el efecto”, así como “gestionar la obtención de las licencias ambientales ante el organismo correspondiente”.

En el informe del Procurador Síndico contenido en oficio No. 067-AJ-GADA de 2 de junio de 2011, remitido a pedido nuestro, agrega que: “En aplicación del Art. 260 de la Constitución de la República, sobre la gestión concurrente, es factible firmar un Convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo, organismo que tiene la obligación y competencia sobre la vialidad rural conforme al Art. 263 numeral 2 de la Carta Magna; pero en el que se establezcan claramente tanto el objetivo así como las obligaciones de cada parte, cuantificándose en lo posible las mismas y haciendo constar la disponibilidad económica y partida presupuestaria para la ejecución correspondiente”.

Con respecto a las obras del presupuesto participativo pendientes de ejecución, expone el informe del Procurador Síndico que “...igualmente se podría ejecutar a través de Convenios tripartitos entre los Gobiernos Autónomos Descentralizados: Provincial, el Municipal y las Juntas Parroquiales respectivas, éstas últimas conforme a la facultad del numeral 3 del Art. 267 de la Constitución de la República”.

Por su parte, el Prefecto de Chimborazo en oficio No. 486-SPGADPCH-11 de 31 de mayo de 2011, ingresado el 6 de junio del presente año, en atención al requerimiento de este Organismo sobre la remisión del criterio institucional de esa entidad sobre las consultas formuladas por la Municipalidad del Cantón Alausí, expone que: “se firmarán los convenios que sean necesarios delegando el mantenimiento vial del cantón y no transfiriendo ya que ni la Institución Provincial recibe esta competencia, constituyendo únicamente un enunciado en la Constitución de la República y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

El artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ya citado al atender su primera consulta prevé que los gobiernos autónomos descentralizados podrán prestar los servicios y ejecutar la obras que son de su competencia “en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”.

De las disposiciones constitucionales y legales que fueron citadas al analizar su primera consulta se desprende que, los gobiernos autónomos descentralizados pueden ejecutar las obras que son de su competencia, y entre ellas las de vialidad, al tenor del artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en forma directa, por contrato, gestión compartida o por delegación a otro nivel de gobierno, para lo cual, el artículo 280 del COOTAD permite a los distintos niveles de gobierno celebrar convenios en los

que se establezcan los términos de coparticipación de cada una de las partes y su financiamiento.

Sobre idéntica base normativa, en atención a una consulta formulada por el Prefecto de Bolívar, en pronunciamiento contenido en oficio No. 1902 de 20 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que:

“En lo que respecta a los gobiernos municipales, el artículo 129 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, citado anteriormente, que establece el ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, no ha previsto la posibilidad de que suscriban convenios sobre vialidad rural entre los gobiernos provinciales y municipales, toda vez que según el artículo 55 letra c) del mismo Código, a los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde “Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”, por lo que el artículo 129 del indicado Código Orgánico, en lo relacionado a vialidad rural, ha previsto respecto a gobiernos autónomos municipales que: “...En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales”, siendo los gobiernos autónomos parroquiales los facultados para suscribir convenios tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el mismo artículo 129 del COOTAD”.

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que no es procedente que la Municipalidad del Cantón Alausí firme un convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo, con el objeto de que la Municipalidad asuma el mejoramiento y mantenimiento vial rural en el Cantón Alausí, pues el artículo 129 del COOTAD, ha determinado en forma expresa que en el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará entre la Municipalidad y los gobiernos parroquiales rurales. En consecuencia, los gobiernos autónomos parroquiales son los facultados para suscribir convenios relacionados con el ejercicio de la competencia de vialidad, tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el artículo 129 del COOTAD.

Este pronunciamiento se limita a inteligenciar las normas aplicables al tema materia de consulta. La Procuraduría General del Estado no tiene competencia legal para autorizar o negar la suscripción de convenios o para dar informes previos a su celebración.

OF. PGE. N°: 03218, de 11-08-2011

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: COMPETENCIA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MEJÍA

CONSULTA:

“Si el señor Alcalde en su calidad de Presidente del Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía o es el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía en pleno quien tiene la facultad para declarar de utilidad pública un inmueble donde funcionará la casa del Sistema de Protección; además de determinar si deben acogerse obligatoriamente al trámite establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 341.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 58; y, 62 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54, 57 y 148.

Código de la Niñez y Adolescencia Arts. 190, 192, 194, 195, 201, 203 y 299.

Res. N° 31 de 8-10-2008 Arts. 1, 8 y 15.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su petición, mediante oficio No. 04260 de 14 de octubre de 2011, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico del Municipio de Mejía, en relación con el objeto de su consulta; requerimiento que fue atendido por usted en oficio No. 2011-402-AGDMCM de 31 de octubre de 2011, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, al que adjunta el informe No. 94-2011-AJ de 24 de octubre del 2011, suscrito por el Procurador Síndico de esa Municipalidad.

En su oficio de consulta manifiesta que, en aplicación estricta de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, a través de la Ordenanza Sustitutiva que Regula y Organiza el Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Mejía, se creó el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, C.O.P.I.N.A.M., con autonomía administrativa y financiera; y, que en el presupuesto para el año 2011, el referido Concejo “han planificado la adquisición de un bien inmueble para la sede de sus oficinas por el valor de USD. 63.668,00, con cargo a la partida presupuestaria 8.402.02”.

En el informe No. 94-2011-AJ de 24 de octubre de 2011, el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Mejía manifiesta que el Concejo de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía “dentro de su presupuesto para este año ha programado la adquisición de un inmueble para al funcionamiento de la casa del sistema”.

En dicho informe, el Procurador Síndico hace referencia a varios oficios en los siguientes términos:

“La señora Secretaria Ejecutiva del Concejo Nacional de la Niñez y Adolescencia mediante oficio 0379-SEN-CNNA de 03 de mayo de 2011, informa que el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía en razón de su autonomía orgánico funcional administrativa y financiera debe realizar por sí mismo los procesos en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública mediante oficio INCOP-DE-OF-0280-2011 de 24 de mayo de 2011 informa que para la adquisición de bienes muebles se debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 58 de la LOSNCP y 61 al 63 del Reglamento General.

El Director Jurídico Encargado de la Contraloría General del Estado mediante oficio 07970DJDJ de 25 de mayo de 2011, informa que en materia de contratación pública se debe estar a lo dispuesto por el Instituto Nacional de Contratación”.

Concluye el Procurador Síndico Municipal de Mejía manifestando que: “1. El Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía debe resolver sobre la adquisición del bien inmueble. 2. A mi criterio la máxima autoridad del mencionado Concejo es el presidente y por lo tanto está facultado para declarar de interés social la expropiación del inmueble. Para la adquisición se debe regir al procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

El inciso tercero del artículo 341 de la Constitución de la República, prescribe que el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia “será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”.

El artículo 190 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públi-

cos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia.

El artículo 192 del citado Código, dispone que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está integrado por tres niveles, entre los cuales constan los Organismos de definición, planificación y evaluación de políticas, conformados por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 194 del mencionado Código establece que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia es un organismo colegiado de nivel nacional, integrado paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, que goza de personería jurídica de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, “representado legalmente por su Presidente, que es el Ministro de Bienestar Social o su delegado permanente”. (Actual Ministra/o de Inclusión Económica y Social)

El artículo 195 de dicho Código, prescribe que son funciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia: “...c) Formular las directrices generales, a nivel nacional, para la organización del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral y coordinar su aplicación con los Concejos Cantonales”.

El artículo 201 del referido Código determina:

“Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal, integrados paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, encargados de elaborar y proponer políticas locales al Concejo Cantonal. Gozan de personería jurídica de derecho público y de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria.

Están presididos por los Alcaldes, que serán sus representantes legales. Contarán con un Vicepresidente, que será elegido de entre los representantes de la sociedad civil, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia de éste.

La responsabilidad de conformarlos es del Gobierno Municipal.

La conformación de los Concejos Cantonales se hará de manera progresiva de acuerdo a las condiciones y circunstancias de cada cantón.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia apoyará la constitución y funcionamiento de los mismos, inclusive con asistencia técnica y financiera”.

Conforme al artículo 203 del mencionado Código, los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia se constituyen e integran de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal, en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional.

Según el artículo 299 del referido Código de la Niñez y Adolescencia, es obligación de cada Municipio proveer los recursos financieros necesarios para el funcionamiento eficiente del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, no obstante que puede ser financiado por otras fuentes públicas y privadas.

De las normas de la Constitución y del Código de la Niñez y Adolescencia que anteceden se establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescente, el cual está integrado, entre otros, por los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia como organismos colegiados presididos por el alcalde, con autonomía administrativa, funcional y presupuestaria, conformados y financiados por cada municipalidad a nivel cantonal.

Mediante Resolución No. 31, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia expidió la "DIRECTRIZ PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS CONCEJOS CANTONALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA"; y, en su artículo 1 expresa que su objeto es establecer los lineamientos que deben aplicarse en todo el territorio nacional, para la conformación de los concejos cantonales de la niñez y adolescencia, con el fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional Descentralizado de protección Integral a la Niñez y adolescencia.

El artículo 8 de la citada Resolución determina que conforme al artículo 201 del Código del Código de la Niñez y Adolescencia, la Ordenanza deberá expresar con claridad que el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia es un organismo colegiado que goza de personería jurídica de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, para lo cual se tomará en cuenta, entre otros criterios, el siguiente: "1. Persona jurídica de derecho público: es un organismo del Estado susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, sus decisiones son tomadas por todos sus miembros y la representación recae en quien la preside".

El artículo 15 de la mencionada Resolución determina que en la ordenanza deberá incluirse normas claras en relación a la participación de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, puesto que tienen capacidad para tomar las decisiones que corresponden a este organismo; y, ningún miembro, titular, delegado o alterno, puede excusarse de tomar una decisión por no contar

con autorización para ello. Agrega que: “Las decisiones del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia se toman en el seno del cuerpo colegiado, y deben ser cumplidas por todos sus miembros. Ningún miembro, ni el Presidente del Concejo, está facultado a desconocer decisiones adoptadas en pleno, o adoptarlas por cuenta propia a nombre del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia”.

De las normas de la referida Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, se desprende que las decisiones del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia que se constituya mediante ordenanza municipal, deberán ser tomadas y cumplidas por todos sus miembros, sin que ningún miembro, incluido el presidente del Concejo pueda desconocer las decisiones en pleno o adoptarlas por cuenta propia a nombre de dicho Concejo Cantonal.

El artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, (expedido con posterioridad al Código de la Niñez y Adolescencia y la Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia), establece que son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal: “...j) Implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, lo cual incluirá la conformación de los consejos cantonales, juntas cantonales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria...”.

De acuerdo con el artículo 57 del COOTAD, son atribuciones del concejo municipal: “...bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria”.

El artículo 148 del citado Código Orgánico, respecto al ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia dispone:

“Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, este Código y el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción determinado en este Código para cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos”.

Considerando que, conforme a los artículos 341 de la Constitución de la República, 192, 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, el sistema nacional

descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia es el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, el cual está integrado entre otros niveles, por los organismos de definición, planificación, control y evaluación, entre los cuales se encuentran los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, constituidos como organismos colegiados con personería de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, presididos por el Alcalde, se concluye que el Concejo Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Mejía no es una instancia municipal que pertenezca en su estructura orgánica y financiera a esa Municipalidad.

Respeto de la facultad para declarar de utilidad pública un inmueble donde funcionará la casa del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, el inciso primero del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina: “Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, se procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley”.

El inciso primero del artículo 62 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que salvo disposición legal en contrario, la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada “será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 62 de su Reglamento General, la máxima autoridad de la institución pública puede resolver la adquisición de un determinado bien inmueble necesario para la satisfacción de las necesidades públicas mediante declaratoria de utilidad pública o de interés social, se concluye que corresponde al Alcalde como representante legal del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Mejía, persona jurídica de derecho público, conforme el Art. 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, declarar de utilidad pública el bien inmueble en el que funcionará la casa del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, siempre y cuando se cuente con la decisión del cuerpo colegiado, Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, para adquirir dicho inmueble, puesto que conforme a los artículos 8 y 15 de la Resolución No. 31 expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia antes citada, las decisiones del Concejo Cantonal

de la Niñez y Adolescencia son tomadas por todos sus miembros, sin que puedan desconocerlas o adoptarlas por cuenta propia a nombre de dicho Concejo Cantonal.

OF. PGE. N°: 05517, de 19-12-2011

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: LOTE DE TERRENO QUE CARECE DE TÍTULO DE PROPIEDAD

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GUALAQUIZA

CONSULTAS:

1. “¿Es procedente declarar de utilidad pública o interés social, un lote de terreno que carece de título de propiedad, teniendo en cuenta al actual poseedor, ya que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo conforme manda el Art. 715 del Código Civil?”.

2. “¿Una vez declarado de utilidad pública o interés social un lote de terreno que carece de título de propiedad, necesariamente se debe iniciar un juicio de expropiación para que el juez en sentencia fije la indemnización, ordene la protocolización e inscripción en el Registro de la Propiedad conforme manda el Art. 793 del Código de Procedimiento Civil, o como se debe proceder?”.

3. “De acuerdo con el Art. 447 inciso tercero del COOTAD, cuando se expropia un inmueble para un gobierno parroquial, este debe pasar a ser de su propiedad, ¿Cuál es el título por el que el gobierno municipal debe entregar el inmueble al gobierno parroquial, puesto que el justo título es constitutivo o traslativo de dominio según el Art. 718 del Código Civil?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 446, 447 inc. tercero, 448, 450, 451, 452, 453 y 459.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 58.

Código Civil Arts. 715 y 718.

Código de Procedimiento Civil Arts. 782, 783, 784, 786, 791, 793 y 797.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público Arts. 57 y 101.

PRONUNCIAMIENTO:

1. En el dictamen legal No. GADMG 011-2011 de 4 de julio de 2011, anexo a su oficio, el Procurador Síndico manifiesta que el Gobierno Municipal de Gualaquiza “requiere adquirir un lote de terreno para la construcción de la casa de la Junta Parroquial de San Miguel de Cuyes; pero el terreno que se considera el apropiado, carece de título de propiedad a favor de la persona que está en posesión. Es decir sobre ese terreno nunca existió un título de dominio”.

Expresa el Procurador Síndico que conforme al artículo 715 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo. Esa posesión debe ser de buena fe, pública y pacífica y agrega: “Con estos elementos tenemos la vía jurídica de cómo proceder para declarar de utilidad pública o de interés social un bien raíz sobre el cual no existe un título de propiedad, esto es, que para la declaratoria de utilidad pública o de interés social se debe tener en cuenta a la persona que está en actual posesión, o sea, el que tiene el bien con el ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica y de buena fe. A esta declaratoria se debe acompañar el certificado del Registrador de la Propiedad, aunque indique que sobre ese terreno no existe ningún título de dominio a favor de ninguna persona o del actual poseedor. Administrativamente no se podría llegar a ningún acuerdo sobre el precio, ya que el poseedor no tiene título de propiedad y por ende es imposible que éste otorgue escritura pública de compraventa. Por lo que necesariamente se tiene que seguir un juicio de expropiación”.

Concluye el Procurador Síndico, que una vez que el juez dicte sentencia a favor del Gobierno Municipal de Gualaquiza, “éste debe otorgar escritura pública de donación a favor del Gobierno Parroquial Rural de San Miguel de Cuyes, en aplicación del Art. 447 inciso tercero del COOTAD”.

Respecto de la posesión mencionada en su oficio y en el informe del Procurador Síndico Municipal, el artículo 715 del Código Civil, establece que la posesión “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”.

De conformidad con el artículo 718 del mencionado Código, el justo título es constitutivo o translativo de dominio; y agrega: “Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translaticios de dominio los que, por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos”.

Respecto a los títulos constitutivos de dominio, el tratadista Luis Claro Solar, en su obra “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo Séptimo “De los Bienes” (pág. 477), manifiesta que: “de los títulos constitutivos de dominio solo la ocupación y la accesión sirven para adquirir la posesión. La prescripción, al contrario, supone la posesión, es resultado de ella cuando ha durado el tiempo señalado por la ley; y por la prescripción basada en la posesión se adquiere el dominio; la posesión es necesariamente anterior a la prescripción y no puede ser a la vez causa y efecto de ella”.

En cuanto a los títulos translaticios de dominio, el indicado Tratadista, en el Tomo Séptimo (pág. 476), expresa que: “para la validez de este modo de adquirir se requiere un título translaticio, causa remota de la adquisición y en virtud del cual el tradente procede a hacer la entrega de la cosa al adquirente y éste toma la posesión de ella. La propiedad que otorga el modo de adquirir, da al dueño derecho a la posesión de la cosa, posesión que le es imprescindible para poder ejercitar sus derechos de propietario; y por lo mismo los títulos translaticios de dominio sirven al mismo tiempo de causa para la adquisición de la posesión”.

En relación con la expropiación, el referido autor, en el Tomo Sexto “De los Bienes” (pág. 451) manifiesta que la expropiación por causa de utilidad pública “requiere tres condiciones para que pueda tener lugar: razón de utilidad pública, calificación de esta utilidad pública por una ley, indemnización previa al propietario”. En el mismo Tomo (pág. 454) expresa el Autor lo siguiente: “Declarada la utilidad pública de la expropiación por la ley, para que el propietario pueda ser desposeído es indispensable indemnizarle, pagándole el valor del bien expropiado y perjuicios que se le causen, el justo y exacto equivalente de la cosa expropiada puede ajustarse con el o determinarse en el juicio correspondiente. Aunque el monto de la indemnización sea ajustado con el dueño, el acto de la expropiación no será un contrato de compraventa y no estará, por lo mismo, sujeto a las disposiciones que rigen el contrato de compraventa, ni a las leyes fiscales que puedan afectar a este contrato. Será siempre una expropiación, una enajenación forzada, en que el consentimiento del expropiante y del expropiado sólo concurren en el monto de la indemnización, que no es precio sino compensación del dominio sacrificado ante el interés público”.

El artículo 323 de la Constitución de la República, prescribe que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, “las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública referido a la adquisición de bienes inmuebles mediante la declaratoria de utilidad pública o de interés social, establece que en el caso de las municipalidades, el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

El inciso primero del artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos municipales, entre otros, “por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley”.

El inciso primero del artículo 447 del referido Código Orgánico, dispone que para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos municipal, entre otros, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará y a la que se adjuntará “el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación”.

En relación con la expropiación de bienes inmuebles a favor de los gobiernos parroquiales rurales, el inciso tercero del referido artículo 447 del COOTAD prescribe que si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles “solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasará a ser de propiedad el gobierno parroquial”.

Respecto a las notificaciones por la declaratoria de utilidad pública, el inciso primero del artículo 448 el COOTAD, determina que la resolución de la máxima autoridad con la declaratoria de utilidad pública “se notificará, dentro de los tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad”.

Según el artículo 450 del referido Código Orgánico, “Los propietarios de los bienes declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de los quince días hábiles siguientes”.

En relación con el precio, el artículo 451 del indicado Código Orgánico, prescribe que en todos los casos de expropiación “se podrá abonar al propietario, además el precio establecido, hasta un cinco por ciento adicional como precio de afección”.

En cuanto a la forma de pago, el inciso primero del artículo 452 del referido Código, determina que la forma de pago ordinaria será en dinero y agrega que: “De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables”, debiendo descontarse “los impuestos, tasas y contribuciones que el titular esté adeudando por el inmueble expropiado”.

El artículo 453 del mencionado Código Orgánico, expresa que si no fue posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble.

De la normativa citada se desprende que la Sección Séptima del Capítulo VIII, Título VIII del COOTAD, se circunscribe al procedimiento de declaratoria de utilidad pública y de expropiación de bienes inmuebles siempre y cuando exista el titular o propietario del bien inmueble a expropiarse.

El artículo 784 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juicio de expropiación se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio; y agrega: “Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial”.

El artículo 786 del mencionado Código Adjetivo, dispone que a la demanda de expropiación se acompañará, entre otros documentos: “...2.- Certificado del respectivo registrador de la propiedad para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor; 3.- Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de

iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones.

Si el fundo no constate en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda”.

Téngase en cuenta que, en virtud del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal “ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

Por lo expuesto, toda vez que conforme a los artículos 447, 448, 450, 451 y 452 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos municipales pueden resolver la declaratoria de utilidad pública y expropiación de bienes inmuebles, para lo cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse, a los acreedores hipotecarios y al registrador de la propiedad, se concluye que lo procedente es que el Gobierno Municipal de Gualaquiza resuelva la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble y la notifique al propietario, aún cuando exista poseedor del mismo.

En el caso de que no exista propietario del bien, hecho que se acredita con el certificado del Registro de la Propiedad del cantón, tampoco existirían acreedores hipotecarios, por lo que en atención a lo dispuesto en los artículos 447, 448 y 450 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relacionados con la declaratoria de utilidad pública, su notificación y el derecho a impugnarla, que no se refieren a los poseedores de los bienes inmuebles, la notificación del acto administrativo (declaratoria de utilidad pública), se perfecciona una vez efectuada al registrador de la propiedad.

Cumplida la notificación con la resolución que declara de utilidad pública del bien, cabe proponer el juicio de expropiación del mencionado bien inmueble ante los jueces de lo civil competentes por razón del territorio, y citarse al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre el bien inmueble, adjuntando a la demanda de expropiación el certificado del respectivo registrador de la propiedad para que se conozca al dueño y los gravámenes que pesen sobre dicho predio, y en caso de no existir inscripción de la propiedad, adjuntar el certificado

del Registrador que certifique dicha circunstancia, y seguirse el juicio con la intervención del poseedor del bien inmueble, por así disponerlo expresamente los artículos 784 y 786 del Código de Procedimiento Civil antes referidos.

2. Al absolver la primera consulta manifesté que los gobiernos municipales pueden efectuar expropiaciones mediante declaratoria de utilidad pública, para lo cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse.

El artículo 459 del COOTAD dispone que, en lo no previsto en esta Sección, se aplicarán las normas de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada “siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública”.

El artículo 783 del mencionado Código Procesal, expresa que la declaración de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público.

Según el artículo 784 del mencionado Código Adjetivo, el juicio de expropiación se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio; y agrega: “Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignore su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez de territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial”.

De acuerdo con el artículo 786 del indicado Código de Procedimiento Civil, a la demanda de expropiación se acompañará, ente otros documentos: “...2.- Certificado del respectivo registrador de la propiedad para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor; 3.- Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones.

Si el fundo no constate en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda”.

El artículo 791 del mencionado Código Adjetivo, dispone que el juez dictará sentencia “en ella se resolverá únicamente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados”; en tanto que, el artículo 793 del citado Código, prescribe que la sentencia, “al decretar la expropiación, fijará los linderos de lo expropiado y el precio. Depositado éste, se protocolizará la sentencia y se la inscribirá, para que sirva de título de propiedad”.

Según el artículo 797 del indicado Código, cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar inmediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba pagarse por lo expropiado”.

Con fundamento en lo expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que una vez que el Municipio de Gualaquiza haya resuelto la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble que carece de titular o propietario, deberá iniciar el juicio de expropiación contando con la intervención del poseedor del bien que indica en su consulta; y, una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación y fije el precio del bien expropiado, se deberá protocolizar e inscribir en el registro de la propiedad correspondiente, para que dicha sentencia sirva de título de propiedad.

Se deberá tener en cuenta que, en caso de expropiación urgente, considerada como tal por la Municipalidad, el juez deberá decretar la ocupación inmediata del inmueble que motiva esta consulta, siempre y cuando se acompañe a la demanda, el precio del bien, por así disponerlo expresamente el artículo 797 del Código de procedimiento Civil antes referido.

3. En dictamen legal No. GADMG 011-2011 de 4 de junio de 2011 anexo a su oficio, el Procurador Síndico manifiesta que el Gobierno Municipal de Gualaquiza “requiere adquirir un lote de terreno para la construcción de la casa de la Junta Parroquial de San Miguel de Cuyes; pero el terreno que se considera el apropiado, carece de título de propiedad a favor de la persona que está en posesión. Es decir sobre ese terreno nunca existió un título de dominio”.

El Procurador Síndico manifiesta que esta consulta está relacionada con la consulta inicial en la cual manifesté que, los gobiernos municipales pueden resolver la declaratoria de utilidad pública y expropiación de bienes inmuebles, para lo

cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse; y concluí en el sentido de que lo procedente es que el Gobierno Musical de Gualaquiza resuelva la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble y la notifique al propietario, aún cuando exista poseedor del mismo; debiendo proponerse luego el juicio de expropiación del mencionado bien inmueble ante los jueces de lo civil competentes por razón del territorio, y citarse al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre el bien inmueble, adjuntando a la demanda de expropiación el certificado del respectivo registrador de la propiedad para que se conozca al dueño y los gravámenes que pesen sobre dicho predio; y en caso de no existir inscripción de la propiedad, adjuntar el certificado del Registrador que certifique dicha circunstancia, y seguirse el juicio con la intervención del poseedor del bien inmueble, en la forma dispuesta por los artículos 784 y 786 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, al absolver la segunda consulta manifesté que una vez que la Municipalidad de Gualaquiza haya resuelto la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble que carece de titular o propietario, deberá iniciar el juicio de expropiación contando con la intervención del poseedor del bien y una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que decrete la expropiación y fije el precio del bien expropiado, se deberá protocolizar e inscribir en el registro correspondiente, para que dicha sentencia sirva de título de propiedad.

El inciso tercero del artículo 447 del COOTAD, dispone que si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles, “solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasará a ser de propiedad del gobierno parroquial”.

El artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público en el artículo 57 referido al traspaso de bienes muebles e inmuebles entre entidades del sector público expresa que el traspaso es el cambio de asignación de un bien mueble o inmueble que se hubiere vuelto innecesario o inútil para una entidad u organismos en favor de otro, dependiente de la misma persona jurídica, que lo requiera para el cumplimiento de sus fines, como en el caso de los ministerios de Estado o sus dependencias. Agrega: “Cuando intervengan dos personas jurídicas distintas, no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación”.

De acuerdo con el artículo 101 del citado Reglamento, sus normas “se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de

los consejos provinciales y sus empresas, en cuanto no se pongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial, respectivamente”.(actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización)

Por lo expuesto, en el evento de que el bien inmueble que motiva esta tercera consulta pase a ser de propiedad del Municipio de Gualaquiza mediante sentencia ejecutoriada dictada dentro del juicio de expropiación que se inicie, dicha Municipalidad deberá transferir el bien inmueble a la junta Parroquial de San Miguel de Cuyes, en conformidad con el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes referido; transferencia que deberá efectuarse mediante la figura de la donación conforme lo prevé el artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en concordancia con el Título XIII del Libro III del Código Civil.

OF. PGE. N°: 03844, de 22-09-2011

EMERGENCIA: RESPONSABILIDAD DE LA MÁXIMA AUTORIDAD MUNICIPAL PARA LA CONTRATACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CAYAMBE

CONSULTA:

Pone en conocimiento de este Organismo la Resolución Municipal de Emergencia No. 001-2011 adoptada por unanimidad por el Concejo Cantonal de la Municipalidad del Cantón Cayambe, por el que autoriza a “la máxima autoridad municipal, dicte, bajo su responsabilidad, medidas de carácter urgente...”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 31 y 57.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 60 lit. p).

Código Civil Art. 30.

Res. N° 045-2010, R. O. N° 254 de 10-8-2010.

PRONUNCIAMIENTO:

En ejercicio de la competencia de asesoramiento que confiere el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República a la Procuraduría General del Estado, cúmpleme expresar a usted lo siguiente:

Del tenor literal de la parte considerativa de la Resolución Municipal, cuya copia certificada se ha remitido a este Organismo, se desprenden los siguientes antecedentes:

Según el considerando noveno: “el 8 de abril de 2011, mediante oficio No. 05330-DIRESDDR, suscrito por el Dr. Wilson Vallejo Bazante– Subcontralor General del Estado, determina responsabilidades y comunica las glosas y responsabilidad administrativas, notificando sobre las desviaciones administrativas detectadas, que hacen mérito para el establecimiento de responsabilidades administrativas, mediante la imposición de multas y destitución, a todas las autoridades y directores de área de la administración anterior”.

El considerando décimo expone: “Que el 31 de agosto de 2011, el Concejo Municipal de GAD del Cantón Cayambe, en sesión ordinaria, ante la propuesta de la alcaldía, respaldó y aprobó por unanimidad se declare en emergencia al Gobierno Municipal del Cantón Cayambe, y dicte las medidas urgentes y necesarias; para contratar, firmar convenios y más acciones necesarias, con la finalidad de solucionar y resolver los problemas del Patronato Municipal y de la Unidad Educativa Municipal del Cantón Cayambe, la ausencia de obra y gestión pública, la ineficiente ejecución presupuestaria y la presunción de irregulares en los procesos de contratación de personal, los inconvenientes suscitados en los procesos de contratación pública, las complicaciones de la EMAPAAC, la inexistencia de estudios técnicos y el PAC; así como los demás conflictos existentes en la Municipalidad, debido al cambio de Alcalde y de sus autoridades; lo cual generó una crisis institucional, una conmoción social interna y un estado de transición municipal; para lo cual, los Directores y Administración Municipal, presentarán los respectivos informes justificatorios”.

Sobre dicha base, la parte resolutive expresa:

“Por renuncia irrevocable y voluntaria del Alcalde Diego Bonifaz, y la remoción de los directores departamentales, debido al Informe Especial de Auditoría de la Contraloría General del Estado, en el cual se determinan glosas, multas y responsabilidades administrativas y la destitución del Alcalde; lo cual generó a nivel cantonal e institucional, una grave conmoción interna, proveniente de fuerza ma-

yor y caso fortuito y que derivó en una crisis interna municipal, en un estado de transición y en un cambio de administración, con las respectivas consecuencias en los procesos de contratación pública, en las presuntas irregulares en los procesos de contratación de personal, en las posibles desviaciones administrativas y financieras, etc.; en tal virtud, y por Resolución Unánime del Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Cayambe, efectuada en sesión ordinaria del 31 de agosto del 2011 y ratificada en sesión extraordinaria de 05 de septiembre del 2011: SE DECLARA LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA EN EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CAYAMBE, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que la máxima autoridad municipal, dicte, bajo su responsabilidad, medidas de carácter urgente y de cuenta de ellas al concejo municipal y a todas las autoridades de control, en concordancia con lo establecido en el artículo 60 literal p) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

Del Acta No. 45-SG-CM-GMC-2011 correspondiente a la Sesión Ordinaria del Concejo Cantonal de Cayambe de 31 de agosto de 2011, que ha sido remitida como anexo a la comunicación que contesto, por la que se aprobó la Resolución Municipal No. 001-2011, que fue citada, se desprende que el Alcalde propuso una “declaratoria de emergencia que sea general porque en ésta va a estar involucrada el Municipio de Cayambe con todos sus entes adscritos” (pág. 4 del acta); y, tiene por objeto invertir los recursos que constan en el presupuesto de ese Gobierno Autónomo Descentralizado, según se desprende de la exposición del Ejecutivo de ese Gobierno, que consta en la página 6 de la misma acta: “...a fin de servirles inmediatamente vamos a cumplir y a darle uso valga la redundancia de forma emergente e inmediata los recursos que están en la cuenta del Municipio de Cayambe”.

En virtud de que la Resolución del Concejo Municipal, aprobada por el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Cayambe, en Sesión Ordinaria de 31 de agosto de 2011, a la que se refiere la comunicación que contesto, ha sido adoptada invocando una situación de emergencia, con fines de contratación, es pertinente examinar las normas que rigen esa materia.

El numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a la emergencia en los siguientes términos:

“31. Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y

otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

Por su parte, el artículo 57 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento aplicable para las contrataciones en situación de emergencia; dicha norma dispone:

“Art. 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato”.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, mediante Resolución No. 045-2010, publicada en el Registro Oficial No. 254 de 10 de agosto de 2010, ha expedido “Disposiciones para las Contrataciones en Situaciones de Emergencia”. El artículo 1 de la citada Resolución del INCOP, reitera el concepto de emergencia, como una situación excepcional; y, dispone:

“Art. 1.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, podrá declarar la emergencia únicamente, para atender las situaciones definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la LOSNCP.

Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP; cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá

relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada. Cualquier declaratoria de emergencia, y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a lo indicado, se considerarán elusión de procedimientos precontractuales”.

El artículo 30 del Código Civil, al que se remite la Resolución del INCOP que fue citada anteriormente, define por fuerza mayor o caso fortuito “al imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

Del tenor de las normas citadas se desprende que el procedimiento que establece el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es aplicable para efectuar la contratación de bienes, obras o servicios, que requiera la entidad contratante, exclusivamente para superar una emergencia, definida en el numeral 31 del artículo 6 ibídem, como una situación concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, proveniente de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que cualquier declaratoria de emergencia y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a tales premisas, se consideran elusión de procedimientos precontractuales, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 de la Resolución No. 045-2010 del INCOP.

Conforme el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, citado en líneas anteriores, los Municipios están facultados para utilizar los recursos económicos de su presupuesto para solucionar los problemas emergentes que surjan de manera imprevista, obviando el procedimiento precontractual ordinario previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre y cuando concurren las condiciones de emergencia antes referidas. Superada la situación de emergencia el Alcalde deberá publicar en el Portal COMPRASPUBLICAS, un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos, por así disponerlo el Art. 57 de la Ley invocada.

En similares términos a los que constan en el párrafo anterior, se ha pronunciado esta Procuraduría mediante oficios Nos. 06269 y 10520 de 27 de febrero y 23 de noviembre de 2009, en su orden.

Por tanto, la situación de emergencia no tiene alcance general; es decir que no es aplicable respecto de todas las contrataciones que requiera efectuar la entidad, sino que por el contrario, se limita a una situación específica.

Es de responsabilidad del ejecutivo de la Municipalidad, determinar con precisión y en forma motivada, la causa que justifique en cada caso específico, la aplicación del procedimiento de contratación por emergencia. Dicha causa debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, de conformidad con el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

OF. PGE. N°: 05107, de 23-11-2011

**EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y
SANEAMIENTO DE QUITO, EMAAP-Q: RÉGIMEN JURÍDICO Y
ADMINISTRATIVO –COBRO DE INTERESES Y MULTAS**

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE QUITO, EMAAP-Q

CONSULTAS:

1. “¿Si a la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EM-PAAP-Q, actual Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, le es aplicable lo previsto en el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, primer inciso, toda vez que se trata de una Empresa creada mediante ordenanza Metropolitana y no pertenece, ni perteneció a ninguno de los tipos de sociedad enunciadas en la norma constituyente, pues, su capital no está ni estuvo constituido por acciones?”.

2. “En el caso de que no le sea aplicable a la EPMAPS (ex EMAAP-Q) el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, primer inciso, y que sus acreencias por venta de energía no deban extinguirse y alguno de sus deudores se encuentre inmerso dentro de los tipos de sociedad enunciados en la norma constituyente que faculta la extinción de las deudas por este concepto y así lo hayan hecho, procede que la EPMAPS extinga la acreencia al no tener deuda vigente registrada por su deudor?”.

3. “Si la renuncia al cobro de intereses, multas y demás gastos establecida en la Disposición Transitoria CUARTA M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (incorporada mediante Ley Reformatoria No. 55-2006, publicada en el Registro Oficial No. 354 del 26 de septiembre de 2006, allí denominada como Disposi-

ción Transitoria Segunda, afecta el cobro de intereses, multas y demás gastos por aquellas deudas que no se hayan originado entre el 1° de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2005, por aplicación de dicha norma legal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 225 num. 4.

Constitución Política del Ecuador Art. 249 (derogada).

Ley Orgánica de Empresas Públicas Disp. Trans. Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 172.

Mandato Constituyente N° 15 Art. 6.

Ley de Compañías Art. 1. 413.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico (incorporada mediante Ley Reformatoria N° 55-2006, R. O. N° 354 del 26-09-2006 Arts. 2, 45, 50 y Disp. Trans. Cuarta M. Num. 7.

Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica Art. 80.

Ordenanza N° 309, crea “Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento” Art. 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. Con respecto a la aclaración solicitada por este organismo en oficio No. 02383 de 20 de junio de 2011, sobre la segunda pregunta, la empresa consultante en el oficio No. 050-SDJ-PJ-2011 0367 de 8 de agosto de 2011, expone que: “Los nombres de los deudores no serían relevantes en nuestro criterio, pues, lo que se consulta es la forma de proceder en el evento de que un deudor haya extinguido su deuda por pagar en cumplimiento del Mandato Constituyente No. 15 y la EPMAPS mantenga en sus cuentas por cobrar esas obligaciones. Sin perjuicio de aquello, es importante señalar que todas las empresas distribuidoras del país tenían deudas con la ex EMAAP-Q hasta la expedición del Mandato No. 15...”.

La Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Quito, fue inicialmente creada como persona jurídica de derecho público, mediante Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 348 de 30 de diciembre de 1993, para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado.

Sobre la base de la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que ordena que las empresas estatales, municipales, entre otras, para seguir operando adecuarán su organización y funcionamiento a esa Ley, el Concejo Metropolitano de Quito expidió la Ordenanza No. 309, que contiene la Ordenanza Metropolitana de Creación de Empresas Públicas Metropolitanas,

que agrega varios artículos en el Capítulo IX, del Título II del Libro I del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito.

El artículo 4 de la citada Ordenanza 309, crea la “Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento”, cuyo objeto, según el artículo 5 de la misma Ordenanza incluye: “d) Aprovechar los recursos hídricos como la utilización de la energía potencial almacenada en los embalses y caídas de agua para generación de electricidad”.

El informe jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. 175-PJ-SDJ-DJ-2011-451 de 5 de julio de 2011, remitido a pedido nuestro, expone como antecedente que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, que sucedió jurídicamente en sus derechos a la ex EMAAP-Q, “es titular del permiso de generación, autogeneración y comercialización de potencia y energía eléctrica, de acuerdo a los términos de los contratos suscritos con el Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC), el 19 de marzo de 2001 y 19 de septiembre de 2002, elevados a escritura pública en esas fechas, ante los Notarios Vigésimo Cuarto y Trigésimo del cantón Quito, respectivamente”.

Añade en el acápite 2.5. del informe jurídico que, la Disposición Transitoria Cuarta M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en su numeral 7 ordena que el pago de obligaciones vencidas a favor de las empresas de generación eléctrica, lleva implícita la renuncia al cobro de intereses y demás gastos convenidos, excepto el monto de capital, y que dicha norma “no hace distinción entre las empresas que pertenecían total o parcialmente al Fondo de Solidaridad al tiempo de expedición de la Ley; por el contrario, la norma es amplia y general, por lo que incluye en su mandato a todas aquellas empresas “de generación eléctrica y de la transmisora”, sin excepción, que tengan obligaciones vencidas a su favor, nacidas de la venta de energía eléctrica en el período comprendido desde el 1 de abril de 1999, hasta el 31 de diciembre de 2005”.

Agrega el informe jurídico en su acápite 2.6. que, el artículo 50 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, y el artículo 80 A del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, establecen la obligación de pago oportuno por parte de las empresas de distribución y comercialización de energía eléctrica, y determinan que hay lugar al pago de intereses legales y multa por demora o incumplimiento de obligaciones de pago. El informe argumenta en el numeral 2.4 que: “En virtud de su carácter de pública, la Empresa está impedida de condonar deudas de empresas distribuidoras de energía eléctrica...”.

Sobre dicha base concluye el informe jurídico de la empresa pública consultante que: “La ex EMAAP-Q no se encuentra inmersa entre las empresas en las que el Estado tuviere participación accionaria mayoritaria, criterio institucional mantenido desde el mes de mayo del año 2009, originado en el memorando No. 000111-LLG-JBS-PJ-2009-DJ00000935 de fecha 21 de mayo de 2009, suscrito por el doctor Genaro Peña Ugalde, a esa fecha Director Jurídico de la en ese entonces Empresa Metropolitana de Alcantarillado, Agua Potable de Quito EMAAP-Q...”.

De la copia certificada del memorando referido en el párrafo anterior, que se ha remitido en atención a nuestro pedido, consta que el entonces Director Jurídico de la ex EMAAP-Q, concluyó que el artículo 6 del Mandato 15, se refiere “a las empresas en que el Estado ecuatoriano, incluyendo los gobiernos seccionales, tiene participación accionaria mayoritaria, es decir, aquellas con un capital integrado por acciones y que, según la Ley de Compañías, son las compañías anónimas, de economía mixta y en comandita por acciones. La EMAAP-Q, de conformidad con los Arts. 1.413 y siguientes del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No. 226, de 31 de diciembre de 1997, no pertenece a ninguno de los tipos de sociedad enumerados, sin tener un capital constituido por acciones, en cuya virtud, por su naturaleza jurídica, no está comprendida en la enumeración del Art. 6 del Mandato Constituyente No. 15, por lo cual sus acreencias por suministro de potencia y energía eléctrica no se encuentran extintas...”.

El Asesor Jurídico de la empresa pública consultante, agrega en el acápite 3.2 de su informe que: “La extinción de las deudas por venta de energía, en aplicación del artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, podía ocurrir únicamente en los casos en que, tanto el acreedor como el deudor, sean empresas que tienen capital accionario mayoritario del Estado, razón por la cual, si una de las partes no era una empresa de aquellas a las que se refiere el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, como es el caso de la ex EMAAP-Q actual EPMAPS, no era posible que se produzca dicha extinción, ni siquiera por parte de los deudores que a la fecha del Mandato tenían capital accionario mayoritario del Estado”.

Por su parte, el Director Ejecutivo Interno del CONELEC, en oficio No. O-DE-11-1043, de 11 de julio de 2011, expone que: “La decisión que adoptó la Asamblea Constituyente, en este caso la expedición del Mandato Constituyente No. 15, es jerárquicamente superior a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, incluso que se le ponga; por tanto de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos, sin excepción alguna”.

El CONELEC cita el artículo 225 de la Constitución de la República, que en el numeral 4º incluye en el sector público a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos, y sobre dicha base concluye que “por tanto no cabe duda, que la EMAAP-Q, es parte del Estado y por tanto debe sujetarse al Mandato Constituyente No. 15 y a las Regulaciones expedidas por el CONELEC”.

Idéntico criterio al expuesto por el CONELEC, manifiesta el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en oficio No. MEER-DM-2011-0866-O de 17 de julio de 2011, en el que concluye que la EMAAP-Q está sujeta al Mandato No. 15.

El Director Ejecutivo Encargado del CENACE, en oficio No. CENACE 1595 de 30 de junio de 2011, expone que el CONELEC ha expedido Regulaciones para la aplicación del Mandato No. 15; agrega que el CENACE, para el desarrollo de sus actividades como Administrador Técnico y Comercial del Mercado Eléctrico Mayorista MEM, aplica las regulaciones y disposiciones que emite el CONELEC en su calidad de Organismo Regulador del Sector Eléctrico.

Sobre la primera consulta, el Director Ejecutivo del CENACE expone que: “en su ámbito de competencia el CENACE ha aplicado a EMAAP-Q (posteriormente reemplazada por EPMAPS) las disposiciones del Mandato Constituyente No. 15, las Regulaciones conexas y las disposiciones del CONELEC en las mismas condiciones que al resto de generadores estatales, sin mediar para el efecto juicio de valor alguno sino la aplicación estricta de los criterios del Regulador”.

El Director Ejecutivo Encargado del CENACE, remite como adjunto a su comunicación, copia del oficio No. DE-09-1329 de 22 de junio de 2009, que contiene la comunicación que dirige el CONELEC al CENACE, en cuyo acápite 1, expone: “Luego de los análisis de orden legal realizados al interior de la Institución, tomando como base los preceptos del Mandato Constituyente No. 15 y de las facultades otorgadas por este instrumento al CONELEC, se concluye que la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q) es un generador estatal, y por consiguiente está obligado a acogerse a las disposiciones emanadas para el efecto, relacionadas con los contratos regulados”.

Finalmente, el Ministro de Finanzas, en oficio No. MINFIN-CGJ-DJP-2011 1177 de 14 de julio de 2011, expone que: “desconoce si la actual EMAAPA-S contaba con el permiso y/o licencia del CONELEC, para operar como empresa de generación entre el período del 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2005. Por lo expuesto, este Ministerio considera que las consultas deben ser viabilizadas

al Consejo Nacional de Electrificación CONELEC; puesto que esta Cartera de Estado, no es el órgano competente para determinar si la EMAAP-Q tiene autorización y/o licencia para operar como una empresa de generación eléctrica”.

El análisis del contenido de su consulta, exige considerar que el artículo 249 de la derogada Constitución Política de 1998, establecía: “Art. 249.- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley....”.

El artículo 2 de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998, reformó el artículo 26 de esa Ley y dispuso:

“Transferencia de activos de INECEL.- Las instalaciones actuales de generación y las de transmisión que son de propiedad del Estado, por intermedio de INECEL, serán transferidas a favor de las empresas de generación y de transmisión, según corresponda, que se crean mediante esta Ley y que se conformarán como sociedades anónimas.

Para el cumplimiento de sus obligaciones específicas, las empresas de generación y de transmisión, se someterán a los controles que la Ley establece para las personas jurídicas de derecho privado. Contarán con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa. Su sede será establecida en los respectivos estatutos.

Para el caso de la distribución, se constituirán compañías tenedoras de acciones, en las que el Fondo de Solidaridad se constituirá en accionista y aportará el 100% de las acciones transferidas por INECEL en virtud del artículo 36 de esta Ley.

Las acciones en las empresas anteriormente señaladas que, de conformidad con esta Ley deban permanecer en propiedad del Estado, serán mantenidas en el Fondo de Solidaridad, preservadas en su integridad y solo podrán ser objeto de aumento o acrecimiento a través del tiempo”.

Sobre la base de la norma citada, el extinguido Fondo de Solidaridad, adquirió acciones en sociedades anónimas de propiedad estatal, para la prestación de servicios públicos de energía eléctrica.

El artículo 315 de la vigente Constitución de la República, prescribe que: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas...” y la Trigésima Disposición Transitoria de la Constitución, ordenó que el Fondo de Solidaridad “de forma previa a su liquidación, transformará al régimen de empresas públicas las de régimen privado en las que sea accionista”.

En concordancia, en su Disposición Transitoria Segunda, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estableció el régimen transitorio aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado era accionista, incluidas las sociedades anónimas del sector eléctrico. El numeral 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica, prevé que debe expedirse un nuevo marco jurídico que regule el sector eléctrico.

De conformidad con el artículo 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, el Estado es titular irrenunciable del servicio de energía eléctrica; y, el artículo 45 de la misma Ley prevé que el mercado eléctrico mayorista (MEM), estará constituido por los generadores, distribuidores y grandes consumidores incorporados al Sistema Nacional Interconectado y abarca “la totalidad de las transacciones de suministro eléctrico que se celebren entre generadores; entre generadores y distribuidores; y, entre generadores y grandes consumidores...”.

Según el artículo 26 la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en armonía con lo previsto por el artículo 249 de la Constitución de 1998, la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica era realizada por compañías autorizadas y establecidas en el país, de conformidad con esa Ley y la de Compañías; sin embargo, el artículo 30 de la misma Ley, previó que: “La construcción y operación de centrales de generación de 50 Mw o menos, sea que se destinen a la autogeneración o al servicio público, requerirán solamente de un permiso concedido por el CONELEC...”.

El artículo 31 de la citada Ley de Régimen del Sector Eléctrico, previó que “Los generadores explotarán sus empresas por su propia cuenta asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación...” y en concordancia, la Disposición General Segunda de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, prescribe que: “El Estado y sus instituciones, por ningún concepto condonarán o asumirán deudas de las distribuidoras, el transmisor y las generadoras del sector eléctrico”.

De las normas citadas se desprende que la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece un marco normativo concordante con la entonces vigente Constitución de 1998, según el cual la generación y distribución de la energía eléctrica,

constituye un servicio público cuya prestación podía ser ejecutada por compañías autorizadas de conformidad con esa Ley y la Ley de Compañías y para el caso específico de las generadoras, preveía que asuman los riegos comerciales inherentes a tal explotación (artículo 31), por lo que la Disposición General Segunda de la citada Ley de Régimen del Sector Eléctrico prohíbe al Estado y sus instituciones, condonar o asumir deudas de las distribuidoras, el transmisor y las generadoras del sector eléctrico.

El primer inciso del artículo 6 del Mandato No. 15, sobre el que trata su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 6.- Las empresas de generación, distribución y transmisión en las que el Estado ecuatoriano a través de sus distintas instituciones, gobiernos seccionales, organismos de desarrollo regional, tiene participación accionaria mayoritaria, extinguirán, eliminarán y/o darán de baja, todas las cuentas por cobrar y pagar de los siguientes rubros: compra-venta de energía, peaje de transmisión y combustible destinado para generación, que existen entre esas empresas, así como los valores pendientes de pago por parte del Ministerio de Finanzas por concepto de déficit tarifario, calculado y reconocido en virtud de la aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Registro Oficial No. 364 de 26 de septiembre de 2006, exclusivamente...”.

La Disposición Transcrita del Mandato No. 15, establece la extinción de deudas existentes a favor de las generadoras del sector eléctrico, incluidas las pendientes de pago por parte del Ministerio de Finanzas, calculadas en la forma establecida en la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, promulgada en el año 2006. Nótese que el Mandato no establece ni limita el período al que corresponden las deudas que extingue.

De conformidad con la Disposición Especial Cuarta de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, “Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas”. En consecuencia, los Mandatos tienen la jerarquía de ley orgánica.

Por su parte, la Transitoria Segunda de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, a la que se refiere el artículo 6 del Mandato No. 15 transcrito en el párrafo anterior, incorporó la Disposición Transitoria Cuarta M a esa Ley, que en su parte pertinente prescribe:

“CUARTA M.- El Ministerio de Economía y Finanzas deberá compensar a través del respectivo cruce de cuentas o pagar, según corresponda, a las personas jurídi-

cas que presten el servicio de distribución de energía eléctrica, exclusivamente el valor correspondiente a la proporción de recaudación que la distribuidora hubiera realizado de la energía facturada en el período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005; en consecuencia el Estado ecuatoriano reconoce la existencia de un déficit tarifario en el sector eléctrico, registrado entre el 1 de abril de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2005...

...7. El pago de obligaciones vencidas derivadas de la venta de energía, potencia y otros servicios del Mercado Eléctrico Mayorista, correspondientes al período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005, por parte de las personas jurídicas que prestan el servicio de distribución de energía eléctrica en el país a favor de las empresas de generación eléctrica y el transmisor, llevará implícita la renuncia por parte de las empresas de generación eléctrica y de la transmisora, al cobro de intereses y demás gastos convenidos, excepto el monto de capital de las obligaciones vencidas a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, aunque el pago de los mismos haya sido convenido previamente...".

El numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, dispone el pago de obligaciones vencidas correspondientes al período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005, que tuvieren a su favor las empresas de generación eléctrica y el transmisor, referidas únicamente al capital de la deuda, y disponiendo la renuncia por parte de las generadoras, en su calidad de acreedoras, al cobro de intereses y demás costos.

El objeto para el que fue creada la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento que reemplazó a la extinguida EMAAP-Q, incluye la generación de electricidad, según la letra d) del artículo 5 de la Ordenanza 309 y según el informe jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. 175-PJ-SDJ-DJ-2011-451 de 5 de julio de 2011, que fue citado en los antecedentes de este pronunciamiento, esa Empresa Pública Metropolitana es titular de un permiso de generación, autogeneración y comercialización de potencia y energía eléctrica, de acuerdo a los términos de los contratos suscritos con el Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC), el 19 de marzo de 2001 y 19 de septiembre de 2002.

Del artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone: "Art. 172.- Liquidación y extinción de obligaciones entre entidades del sector público.- Cuando el ente rector de las finanzas públicas, establezca que entre dos o más entidades del Estado, o el Estado con otras entidades pueden extinguirse obligaciones existentes entre ellas, ya sea por haberse efectuado el

pago, operado la compensación o por condonación de la deuda, les conminará para que en un plazo determinado suscriban obligatoriamente un convenio de extinción de obligaciones. Para los efectos anotados, las entidades del Estado observarán obligatoriamente las normas que expida el ente rector de las finanzas públicas”.

Del análisis que precede se concluye que la generación de electricidad forma parte del objeto para el que fue creada la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, según la letra d) del artículo 5 de la Ordenanza 309 que la creó, y el permiso otorgado por el CONELEC para generación, autogeneración y comercialización de potencia y energía eléctrica, de acuerdo a los términos de los contratos suscritos con el Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC), el 19 de marzo de 2001 y 19 de septiembre de 2002, referidos por el informe jurídico contenido en memorando No. 175-PJ-SDJ-DJ-2011-451 de 5 de julio de 2011.

La Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento que sustituye a la extinguida EMAAP-Q, no es una empresa en las que el Estado tuviere participación “accionaria”, pero es una empresas estatal, creada por la Municipalidad de Quito, y por tanto integran el sector público en los términos que establece el numeral 4 del artículo 225 de la Constitución de la República.

En consecuencia, aún cuando la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento es una empresa pública creada mediante ordenanza Metropolitana y no pertenece, ni perteneció su antecesora EMAAP-Q a ninguno de los tipos de sociedad por acciones enunciadas en el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, las transacciones de suministro eléctrico que ha realizado con otras generadoras y con distribuidoras de energía eléctrica, forman parte del mercado eléctrico mayorista según el artículo 45 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

En atención a los términos de sus consultas primera y segunda se concluye que por ser una empresa cuyo objeto incluye la generación de energía eléctrica, a la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMPAAP-Q, actual Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, si le es aplicable el primer inciso del artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15.

En consecuencia, esa empresa pública está sujeta a la extinción de obligaciones provenientes de sus deudores del sector eléctrico, en los términos que dispone el artículo 6 del Mandato No. 15, considerando además que la extinción de obligaciones entre entidades del sector público está prevista además por el artículo 172 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

3. El informe jurídico de la empresa consultante en su acápite de conclusiones, numeral 3.3. expone que: “La Segunda Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico prohíbe expresamente la condonación de obligaciones a favor del Estado y sus instituciones. No obstante, la misma Ley Reformatoria en el numeral 7 de la Segunda Disposición Transitoria (actual Disposición Transitoria CUARTA M), dispuso que el cobro de las obligaciones pendientes llevaba implícita la renuncia por parte de las empresas de generación eléctrica y de la transmisora, al cobro de intereses y demás gastos convenidos, excepto el monto del capital de las obligaciones vencidas a la fecha de entrada en vigencia de esa Ley (26 de septiembre de 2006)”.

La Transitoria Cuarta M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, condona el pago de intereses de las obligaciones vencidas entre empresas del sector eléctrico, y por tanto establece una excepción a la prohibición general de condonación de obligaciones que consta en la Disposición General Segunda de la misma Ley. En consecuencia, las dos disposiciones están vigentes y rigen, como regla general la Disposición General Segunda de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, y como excepción la Disposición Transitoria Cuarta M de la misma Ley, ambas incorporadas por la Ley Reformatoria promulgada en el año 2006.

Concluye el informe jurídico que en consecuencia: “El cobro de las obligaciones que se encontraban vencidas hasta el 26 de septiembre de 2006 a favor de la ex EMAAP-Q, por los consumos efectuados durante el período del 1 de abril de 1999 al 31 de diciembre de 2005, no podía comprender intereses ni multas. Lo cual implica a su vez que todas las obligaciones que no correspondan a dicho periodo generan intereses y multas en relación con los cuales existe la obligación de cobro”.

El Director Ejecutivo interno del CONELEC, en oficio No. O-DE-11-1043, de 11 de julio de 2011 y el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en oficio No. MEER-DM-2011-0866-O de 17 de julio de 2011, citan el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que fue transcrito al atender sus dos primeras consultas, que dispone que el pago de obligaciones vencidas derivadas de venta de energía, lleva implícita la renuncia por parte de las empresas de generación eléctrica al cobro del interés y demás gastos convenidos, excepto el monto de capital, y sobre tal base concluyen que:

“De la norma transcrita se colige como condición para el pago del capital de las obligaciones vencidas en el período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005 a favor de las empresas generadoras y transmisor, éstas debieron renunciar al cobro de los intereses y demás gastos generados en ese período”.

El Director Ejecutivo Encargado del CENACE, en oficio No. CENACE 1595 de 30 de junio de 2011, remitido en atención a nuestro requerimiento, expone que:

“En lo que tiene relación con la renuncia al cobro de intereses y multas por las acreencias de EPMAPS, que se detalla en el numeral 3 de su oficio No. 002386, nos permitimos señalar que aun cuando la Disposición Transitoria Cuarta letra M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se refiere al período comprendido entre el 01 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005, el Artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15 dispone la extinción, eliminación o baja de “todas las cuentas por cobrar y pagar (...) que se encontraban vigentes a la fecha de emisión del referido Mandato”.

En el mismo oficio CENACE 1595 de 30 de junio de 2011, el Director Ejecutivo de CENACE agrega que:

“En el oficio CONELEC No. DE-09-1242, el Regulador manifiesta que: “La decisión que adoptó la Asamblea Constituyente, en este caso la expedición del Mandato Constituyente No. 15, es jerárquicamente superior a cualquier otra norma del orden jurídico, incluso que se le oponga; por tanto de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos, sin excepción alguna. En este sentido, la renuncia al cobro de intereses, multas y demás gastos generados a raíz de la participación de la EMAAP-Q (posteriormente reemplazada por EPMAPS) cubriría a aquellas deudas que no se hayan originado entre el 01 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005 y hasta la fecha de emisión del Mandato Constituyente No. 15”.

Conforme se desprende de los criterios transcritos en los párrafos que anteceden, tanto el CENACE como el CONELEC y el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, concuerdan en que el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 15, dispone la extinción, eliminación o baja de todas las cuentas por cobrar a favor de las generadoras, vigentes hasta la fecha de emisión del referido Mandato, que le es aplicable a la empresa pública consultante. Por el contrario, esa empresa considera que debe cobrar aquellas obligaciones que no correspondan al período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005.

En armonía con lo analizado al atender sus dos primeras preguntas, se concluye que en virtud de la aplicación del artículo 6 del Mandato No. 15 a las empresas generadoras de electricidad, la extinción de obligaciones que dicha norma establece, incluye según el tenor de esa norma, “todas las cuentas por cobrar y pagar de los siguientes rubros: compra venta de energía...”.

El artículo 6 del Mandato No. 15 no determina un período de tiempo, al que se aplica la extinción de las deudas que esa norma establece, por lo que es pertinente concluir que está referida a todas las deudas vigentes al tiempo de expedición del referido Mandato, conforme han concluido en forma concordante el CONELEC, el CENACE y el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en sus criterios institucionales.

Por tanto, la renuncia al cobro de intereses, multas y demás gastos establecida en la Disposición Transitoria CUARTA M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, incorporada mediante Ley Reformatoria No. 55-2006, publicada en el Registro Oficial No. 364 del 26 de septiembre de 2006, imponía a las empresas generadoras la obligación de ejecutar el cobro del capital que por venta de energía les adeudaren las demás empresas del sector, pues la renuncia que esa norma establecía, estaba referida únicamente a intereses y multas de dichas obligaciones, correspondientes al período comprendido entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de diciembre de 2005.

Sin embargo, de no haber ejecutado el cobro antes de la promulgación del Mandato No. 15, las deudas pendientes a favor de las generadoras, por periodos posteriores al establecido en el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se deberán extinguir por la aplicación del artículo 6 del Mandato No. 15.

En atención a los términos de su tercera consulta se concluye que la aplicación del artículo 6 del Mandato No. 15, que extingue todas las deudas constituidas a favor de las empresas generadoras, sí podría afectar al cobro de intereses, multas y demás gastos por deudas establecidas a favor de esas empresas generadoras, que no se hayan originado entre el 1° de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2005, que es el período determinado por la Disposición Transitoria CUARTA M de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, incorporada mediante Ley Reformatoria No. 55-2006, publicada en el Registro Oficial No. 354 del 26 de septiembre de 2006.

OF. PGE. N°: 03594, de 07-09-2011

EMPRESA PÚBLICA O PRIVADA: TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA A COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO NACIONAL DE FOMENTO

CONSULTA:

“...En virtud que la empresa (Almacenera Guayaquil CEM Almaquil) se ha transformado de sociedad anónima a compañía de economía mixta, por este medio me permito solicitar a usted señor Procurador General del Estado, establecer si Almacenera Guayaquil CEM Almaquil, es una entidad financiera y si ésta deberá operar como empresa pública o privada”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225, 308, 311 y 315.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1 y 4.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Arts. 1 y 2.

Ley de Almacenes Generales de Depósito Art. 2.

Ley de Modernización del Estado Art. 46.

Mandato Constituyente N° 2 Arts. 4 y 6.

Res. de Junta Bancaria N° JB-2002-452 de 14-05-2002 Art. 1

Res. N° SBS-INIF-2010-457 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su petición, mediante oficio No. 3850 de 23 de septiembre de 2011, esta Procuraduría le solicitó remitir a este organismo la documentación que refiere en su consulta; requerimiento que fue atendido por el Secretario General del Banco Nacional de Fomento en oficio No. BNF-SG-2011-3260 de 5 de octubre de 2011, al que adjunta copias certificadas de la escritura de constitución de Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil y del contrato de compra venta de acciones celebrado el 27 de marzo de 2009, mediante el cual el Banco Nacional de Fomento y la Corporación Bolsa Nacional de Productos Agropecuarios adquirieron el paquete accionario de Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil; testimonio de la escritura de transformación y reforma integral del estatuto social de la compañía Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil, otorgada por el Notario Décimo Cuarto de Cantón Guayaquil, en la que consta el Acta de Junta de Accionistas celebrada el 18 de febrero de 2010; copias simples de la razón de inscripción en el Registro Mercantil del Cantón Guayaquil, de la escritura de transformación y reforma de estatuto de Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil, de fecha 7 de febrero de 2011, y de la Resolución No. SBS-INIF-2010-457 de 30 de julio de 2010, en la que se resuelve aprobar la transformación de Almacenera Guayaquil S.A. en compañía de economía mixta denominada Almacenera Gua-

yaquil CEM Almaquil; y, copia certificada del Acta de Junta General de Accionistas de 11 de noviembre de 2010, en la que se aprobó el aumento de capital de Almacenera Guayaquil CEM Almaquil.

Mediante oficios Nos. 3849 y 4268 de 23 de septiembre y 14 de octubre de 2011, esta Procuraduría solicitó a la Superintendencia de Bancos y Seguros, el criterio institucional respecto al caso consultado, lo cual fue atendido por el Superintendente de ese Organismo de Control en oficio No. SBS-INJ-2011-0000767 de 19 de octubre de 2011.

En el memorando No. AJ-20111477 de 9 de septiembre de 2011, anexo a su consulta, la Asesora Jurídica (E) del Banco Nacional de Fomento manifiesta que la compañía Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil, se constituyó mediante escritura pública celebrada el 11 de diciembre de 1977 ante el Notario Quinto del Cantón Guayaquil y posteriormente, mediante contrato de compra-venta de acciones efectuado en la ciudad de Guayaquil el 27 de marzo de 2009, Filanbanco S.A. en liquidación y la compañía Dommu S.A. vendieron la totalidad del paquete accionario de Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil a favor del Banco Nacional de Fomento y la Corporación Bolsa Nacional de Productos Agropecuarios.

Expresa la Asesora Jurídica, que en Junta Universal de Accionistas celebrada en la ciudad de Guayaquil el 18 de febrero de 2010, los accionistas del Banco Nacional de Fomento (99%) y la Corporación Bolsa Nacional de Productos Agropecuarios (1%) resolvieron la transformación de la compañía Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil a empresa de economía mixta con la denominación de Almacenera Guayaquil CEM Almaquil y en Resolución No. SBS-INIF-2010-457 de 30 de julio de 2010, el Intendente Nacional de Instituciones Financieras “resuelve aprobar la transformación de Almacenera Guayaquil S.A. ALMAQUIL, en compañía de economía mixta denominada Almacenera Guayaquil CEM ALMAQUIL, así como la reforma integral de su estatuto social”.

Agrega la Asesora Jurídica, que en Junta Universal de Accionistas de 11 de noviembre de 2010, se aprobó el aumento de capital de la empresa, en cumplimiento de la Resolución de Junta Bancaria No. JB-2002-452 de 14 de mayo de 2002, que en su artículo 1 establece el capital mínimo requerido para constitución de un Almacén General de Depósito en UD \$ 525.788,00; y, que al haberse aprobado dichos actos societarios, con fecha 7 de febrero de 2011, la Registradora Mercantil del Cantón Guayaquil procedió a la inscripción de la empresa como compañía de economía mixta.

Concluye la Asesora Jurídica del Banco Nacional de Fomento manifestando, que la empresa Almacenera Guayaquil CEM Almaquil es una Entidad de Servicios Fi-

nancieros, conforme lo determinan las normas de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y al no sujetarse a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dicha compañía debe operar como empresa privada, bajo vigilancia de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

En el oficio No. SBS-INJ-2011-0000767 de 19 de octubre de 2011, el Superintendente de Bancos y Seguros manifiesta que conforme al inciso tercero del artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, “los almacenes generales de depósito, son instituciones de servicios financieros que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades, y que están sometidas a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control que realizará la Superintendencia dentro del marco legal que regula a dichas instituciones, en base a las normas que expida para el efecto. En tanto que, las instituciones financieras se caracterizan por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión; por no realizar esta actividad, ALMALQUIL como almacén general de depósito, no está catalogada como institución financiera”.

Concluye el Superintendente de Bancos expresando, que con respecto a si Almacenera Guayaquil CEM Almaquil debe operar como empresa pública o privada “es menester señalar que al ser la referida institución una compañía de economía mixta, cuya transformación fue aprobada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, mediante Resolución No. SBS.INIF.2010-456, de 30 de julio de 2010, constituye una empresa subsidiaria del Banco Nacional de Fomento y no por ello ha dejado de ser una empresa privada y por tanto debe operar bajo el régimen de derecho privado, conforme ha ocurrido con otras instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, tal el caso del Banco del Pacífico S.A. en el que la Procuraduría General del Estado, en el oficio No. PGE-07227, de 5 de mayo del 2009, cuyo extracto fue publicado en el Registro Oficial No. 663, de 14 de julio de ese año, manifestó que dicha entidad mantiene su naturaleza derecho privado; criterio similar a lo dispuesto por la Presidencia de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 4688, de 29 de abril del 2009, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 586 de 8 de mayo de ese mismo año, en el cual reconoce la naturaleza privada de dicha entidad con accionista de derecho público”.

En el oficio No. 07227 de 5 de mayo de 2009, al que hace referencia el Superintendente de Bancos, esta Procuraduría concluyó manifestando que “el Banco del Pacífico S.A., conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, y en consecuencia de conformidad con el artículo 46 de la Ley de Modernización del

Estado, las relaciones con su personal se rigen por la legislación laboral, con las limitaciones respecto de la remuneración mensual unificada y la prohibición del pago de utilidades que establecen los artículos 4 y 6 del Mandato Constituyente No. 2”.

De la documentación remitida por usted se desprende que mediante escritura pública celebrada el 11 de febrero de 1977, ante el Notario Quinto de Cantón Guayaquil, se constituyó la compañía de Almacenes Generales de Depósito denominada “Almacenera Guayaquil S.A. Almaquil, inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Guayaquil el 23 de diciembre de 1977; y, mediante escritura pública celebrada el 18 de junio de 2010 ante el Notario Décimo Cuarto del Cantón Guayaquil, se transformó y reformó íntegramente el estatuto de la compañía Almacenera Guayaquil S. A. ALMAQUIL en compañía de economía mixta, bajo la denominación de Almacenera Guayaquil CEM ALMAQUIL, inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Guayaquil el 7 de febrero de 2011.

Dicha transformación consta aprobada en la Resolución No. SBS-INIF-2010-457 de 30 de julio de 2010 remitida por usted, en la que el Intendente Nacional de Instituciones Financieras de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el artículo 1 de dicha Resolución, resuelve: “APROBAR la transformación de Almacenera Guayaquil S.A. ALMAQUIL en compañía de economía mixta denominada Almacenera Guayaquil CEM ALMAQUIL; así como la reforma integral de su estatuto social, en los términos contenidos en la escritura pública otorgada el 18 de junio de 2010, ante el Notario Interino Décimo Cuarto del cantón Guayaquil, doctor Javier Enrique Gonzaga Tama”.

Respecto a si la empresa Almacenera Guayaquil CEM Almaquil es una entidad financiera, el artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, dispone que esta Ley regula la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado, así como la organización y funciones de la Superintendencia de Bancos, entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero, en todo lo cual se tiene presente la protección de los intereses del público y en su inciso tercero determina lo siguiente:

“Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, así como las instituciones de servicios financieros, entendiéndose por éstas a los almacenes generales de depósito, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retrogarantía, corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades, quedarán sometidas a la aplicación de normas de solvencia y

prudencia financiera y al control que realizará la Superintendencia dentro de marco legal que regula a dichas instituciones, en base a las normas que expida para el efecto”.

Según el artículo 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para los propósitos de esa Ley, “son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda”.

La Ley de Almacenes Generales de Depósito, que es la Ley Especial que norma la actividad de este tipo de compañías, en el artículo 1 dispone que las compañías de Almacenes Generales de Depósito se regirán por esta Ley, por la Ley General de Bancos (actual Ley General de Instituciones del Sistema Financiero) y por sus propios Estatutos.

El artículo 2 de la mencionada Ley de Almacenes Generales de Depósito determina:

“Las compañías de Almacenes Generales de Depósito deberán constituirse en forma de Compañía Anónima, sujetándose al trámite señalado en la Ley para la constitución de un Banco Privado.

La prórroga del período de duración, el aumento o disminución de capital, el cambio de denominación, la disolución voluntaria, la liquidación, el establecimiento de sucursales o cualquier otra modificación de sus Estatutos, se sujetarán a las mismas disposiciones legales que rigen para los Bancos Privados”.

En atención a lo expuesto, se establece que los almacenes generales de depósito se rigen por la Ley de Almacenes General de Depósito y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por remisión del artículo 1 de la Ley General de Almacenes Generales de Depósito; y, son instituciones de servicios financieros, sujetos a la aplicación de las normas de solvencia y prudencia financiera y al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, conforme lo determina el inciso tercero del artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Respecto a si la empresa Almacenera Guayaquil CEM Almaquil, cuya transformación de sociedad anónima a compañía de economía mixta fue aprobada por la Superintendencia de Bancos con Resolución No. SBS-YNIF-2010-457 de 30 de julio de 2010, debe operar como empresa pública o privada, cabe tener presente que el artículo 225 de la Constitución de la República, establece que el sector público comprende:

“1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

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 Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

En relación con las empresas públicas, el artículo 315 de la citada Constitución prescribe:

“El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que sus disposiciones “regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local”.

El inciso primero del artículo 4 de la citada Ley de Empresas Públicas, define que las empresas públicas “son entidades que pertenecen al Estado en los términos

que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotado de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

Respecto de las empresas mixtas referidas por la Constitución, el artículo 308 de la Ley de Compañías, prescribe que el Estado, las Municipalidades, los Consejos Provinciales las entidades u organismos del sector público, podrán participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.

Según el artículo 311 de la Ley de Compañías, son aplicables a las compañías de economía mixta “las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a las contenidas en esta sección”.

De las citadas disposiciones constitucionales y legales se desprende que las empresas públicas son entidades pertenecientes al Estado que funcionan como sociedades de derecho público que no pertenezcan al sector financiero, lo cual excluye tanto a las sociedades financieras como a las instituciones de servicios financieros, entre las que se encuentran los almacenes generales de depósito. Además, se establece que los artículos 308 y 311 de la Ley de Compañías, regulan a las compañías de economía mixta, que por su naturaleza son personas jurídicas de derecho privado.

Por lo expuesto, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, con relación a la primera parte de su consulta, se concluye que el almacén general de depósito, transformado (de sociedad anónima) a compañía de economía mixta, que motiva su consulta, no es una entidad financiera sino una institución de servicios financieros sometida a la aplicación de las normas de solvencia y prudencia financiera y al control de la Superintendencia de Bancos, dentro del marco de la Ley de Almacenes Generales de Depósito que regula a dichas empresas, excluida del régimen de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en virtud del artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece como ámbito de dicho cuerpo legal, regular la constitución organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero.

Adicionalmente, con relación a la segunda parte de su consulta, el almacén general de depósito a que se refiere su petición debe operar como empresa de de-

recho privado, conforme a los artículos 308 y 311 de la Ley de Compañías, que disponen que las empresas de economía mixta están sujetas al régimen aplicable a las sociedades anónimas.

OF. PGE. N°: 04749, de 16-11-2011

FIDEICOMISO MERCANTIL: RÉGIMEN LEGAL Y TASAS DE INTERÉS PARA LAS INVERSIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA CANTONAL DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL, ECAPAG

CONSULTAS:

1. ¿Qué régimen debe aplicarse para los recursos que están siendo administrados en fideicomisos mercantiles de administración e inversión que constituyen un patrimonio autónomo y que fueron celebrados antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador y de las Disposiciones del Banco Central del Ecuador respecto a las inversiones del sector público?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 299.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 162 y Disp. Gene. Décima Primera.

Ley de Mercado de Valores Arts. 37, 109 y 115.

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado Arts. 32 y 37.

Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios Arts. 1 y 2.

Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores Art. 12.

Res. del Consejo Nacional de Valores Arts. 13 y 15.

PRONUNCIAMIENTO:

1. El informe jurídico de la empresa consultante, está contenido en oficio sin número ni fecha, remitido como anexo al oficio de consulta Ger. G No. 641-2011 de 13 de julio de 2011. En dicho informe se manifiesta que ECAPAG es una institución de derecho público creada mediante Ley No. 08 publicada en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994 y se refiere como antecedente que el 11 de abril del 2001, ECAPAG suscribió el contrato de concesión de los servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, con

la compañía International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. LTDA., en virtud del cual ésta asumió la administración, operación y prestación de dichos servicios.

Añade el informe jurídico que ECAPAG tiene a su cargo el control y supervisión de la concesión de los servicios de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil; y, que en dicho marco, sujetándose a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores constituyó fideicomisos para la administración e inversión de la totalidad de fondos que percibe por concepto de tasas, impuestos, contribuciones especiales de mejoras, así como préstamos para financiar obras de infraestructura de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, obras que son ejecutadas por la operadora de los servicios Interagua C. Ltda.

El informe cita los artículos 109 y 115 de la Ley de Mercado de Valores, que definen al fideicomiso mercantil y determinan que en su constitución pueden intervenir las entidades públicas; los artículos 1 y 2 del Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado, que prevén que actúen como fiduciarias las entidades públicas y privadas que cumplan con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores; y, el artículo 12 del la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores y dispone que: “La constitución y administración de negocios fiduciarios de administración o inversión de dinero o valores que realicen las instituciones del sector público, observarán estrictamente las disposiciones que sobre descentralización e inversión del sector público existieren, quedando obligados a realizar las inversiones a través de los mecanismos bursátiles autorizados. El fiduciario precautelarará, a través de su actuación, el estricto cumplimiento al Título VIII de la Ley de Mercado de Valores, así como de las demás disposiciones, en materia de inversiones pública y descentralización”.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico concluye que: “...los fideicomisos constituidos por ECAPAG para la administración e inversión de los recursos destinados a obras de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Guayaquil, por ser un patrimonio autónomo administrado por una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, quien es su representante legal, y por tratarse de fondos comprometidos en obras enmarcadas en el contrato de concesión, deben aplicarse las estipulaciones previstas en los contratos de constitución de fideicomiso mercantil que se hayan celebrado para dicho fin, por lo tanto, no corresponde que se le apliquen normas sobrevinientes”.

Por su parte, la Superintendente de Compañías, en el oficio No. SC-IMV. DJMV.2011.167 22760 de 5 de septiembre de 2011, cita similar base normativa

a la referida por la entidad consultante y con respecto al artículo 12 de la Resolución del Consejo Nacional de Valores que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, que prevé que los negocios fiduciarios de administración o inversión de dinero o valores que realicen las instituciones del sector público, observarán estrictamente las disposiciones que sobre descentralización e inversión del sector público existen, argumenta:

“Respecto a los negocios fiduciarios de administración o inversión en dinero, si bien la norma expedida por el C.N.V. hace relación a las disposiciones sobre descentralización e inversión del sector público, debemos considerar que la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, vigente a la fecha de expedición de la citada norma reglamentaria, ya ha sido derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en vigencia. De igual forma, respecto a la inversión obligatoria de los recursos públicos a través del mercado bursátil, el Art. 37 de la Ley de Mercado de Valores fue reformado por la Ley s/n publicada en el Registro Oficial No. 498-3S de 31 de diciembre del año 2008, reforma que no obliga, sino faculta al sector público a realizar la compraventa de activos financieros a través del mercado bursátil”.

La Superintendencia de Compañías cita además, el artículo 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que en armonía con el artículo 299 de la Constitución de la República, dispone que los recursos públicos se manejarán a través de la banca pública; y, los artículos 13 y 15 de la Resolución del Consejo Nacional de Valores que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, que prohíben la delegación de funciones públicas en los negocios fiduciarios y su uso como instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido. La Superintendencia manifiesta que todas las normas se deben adecuar a las disposiciones constitucionales; y, sobre dicha base concluye que:

“...si bien el sector público puede actuar como constituyente o beneficiario de un fideicomiso mercantil, que en esencia es un contrato privado, no por ello puede la entidad de derecho público abstraerse del cumplimiento de expresas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, que rigen la actuación y en especial las inversiones que el sector público realiza tanto en el mercado financiero como en el mercado de valores.

En conclusión, en nuestra opinión, en el caso en análisis deberían aplicarse las disposiciones previstas en los contratos de fideicomisos mercantiles, en todo lo

que no se oponga a expresas normas constitucionales y en general a disposiciones de orden público vigentes, que rigen la actuación de las entidades públicas y en especial el manejo e inversiones de recursos públicos, aún cuando éstos se encuentren fideicomitidos”.

Por su parte, el Gerente del Banco Central del Ecuador, en oficio No. SE-2169-2011 de 28 de septiembre de 2011, cita las disposiciones de los artículos 299 de la Constitución de la República y 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establecen que los recursos públicos se deben gestionar a través de la banca pública; y, concluye: “...a criterio de la Institución, todos los fideicomisos mercantiles constituidos, que manejen recursos públicos, deben observar la disposición constitucional contenida en el artículo 299 de la Carta Magna vigente”.

El contenido de la consulta, exige considerar como antecedente, tanto el contrato de concesión suscrito por ECAPAG con INTERAGUA, como el objeto de los contratos de fideicomiso mercantil suscritos por ECAPAG, a los que se refiere la consulta y cuyas copias certificadas han sido remitidas a pedido nuestro.

1. Contrato de Concesión.-

ECAPAG suscribió el 11 de abril del año 2001, el Contrato de Concesión de los servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil con la compañía INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA., por el que la concesionaria asumió la administración, operación y prestación de dichos servicios.

La cláusula cuarta del contrato determina que es una concesión de servicio público, que en cuanto se refiere a la prestación del servicio público de agua potable, según el numeral 4.2.1. incluye el aprovechamiento de las fuentes de agua, su conducción hasta las plantas de potabilización, potabilización para hacerla apta para consumo humano, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del agua potable; según el numeral 4.2.2., el servicio de saneamiento incluye la recolección, tratamiento y disposición final de agua servidas, aguas lluvias. El servicio público incluye el mantenimiento de redes y obras tanto de agua potable como de alcantarillado sanitario y pluvial; la venta de agua en bloque a terceros y según el numeral 4.2.5 “El cobro de las tarifas, derechos y otros cargos por la prestación de los Servicios”. El plazo de la concesión, según el numeral 4.4. de la cláusula cuarta del contrato, es de 30 años “contados a partir de la fecha de transferencia del Servicio”.

2. Fideicomiso Mercantil de administración, inversión de recursos y transferencia.-

Contenido en el contrato Número 857/2003, suscrito el 21 de octubre de 2003, ante la Notaría Trigésima Primera del Cantón Guayaquil, entre ECAPAG como constituyente y beneficiaria del fideicomiso; y, la compañía Administradora de Fondos de Inversión y Fideicomisos BG S.A., como fiduciaria. El objeto del fideicomiso mercantil, según la cláusula cuarta, fue estipulado en los siguientes términos:

“...El presente fideicomiso tendrá como finalidad la administración de los recursos económicos y dinero que a partir de la presente fecha le transfiera la CONSTITUYENTE y los que llegare a transferir en el futuro, para que dichos recursos sean destinados a efectuar transferencias a INTERAGUA para la ejecución de obras de agua potable; y, sus remanentes -de existir- sean invertidos en las instituciones financieras nacionales o internacionales y/o en papeles, títulos valores, etcétera, que le señale la CONSTITUYENTE...”. La misma cláusula prevé que “las inversiones se ejecutarán de conformidad con las instrucciones que le llegue a impartir única y exclusivamente ECAPAG”.

Según la cláusula segunda “Antecedentes”, subnumeral 2.4, de conformidad con el contrato de concesión, “INTERAGUA C. LTDA tendrá derecho a recibir de ECAPAG los valores que a ésta le correspondan por concepto del rendimiento del diez por ciento (10%) del impuesto sobre el monto de las planillas por los servicios de telecomunicaciones y radioeléctricos (actualmente Impuesto a los consumos especiales); impuesto que actualmente percibe ECAPAG”.

La cláusula Quinta del contrato, el patrimonio autónomo del fideicomiso se constituye mediante la transferencia de USA 1.000 en dinero en efectivo; y, “se incrementará en la medida en que ECAPAG recabe del agente recaudador los fondos correspondientes del impuesto para que sean entregados a la compañía INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C.LTDA., a través del presente fideicomiso. El fideicomiso se incrementará con los rendimientos de las inversiones que realice el fideicomiso...”.

La cláusula novena “Instrucciones del Fideicomiso”, prevé que “Tanto las transferencias como las inversiones se realizarán por parte de la FIDUCIARIA de conformidad con las instrucciones que le llegue a impartir única y exclusivamente ECAPAG, según el caso.” El numeral 9.2., autoriza a la fiduciaria a realizar transferencias a favor de INTERAGUA, destinadas a los proyectos referidos al servicio

público a su cargo; y, el numeral 9.3., a realizar la transferencia de los remanentes, en “instituciones financieras nacionales o extranjeras, en papeles y/o títulos valores u otro documento que le sea indicado por parte de la CONSTITUYENTE”. El numeral 9.4 autoriza a la fiduciaria a “Abrir una o más cuentas corrientes en el Banco de Guayaquil S.A. en donde se receptorá el ciento por ciento (100%) de los recursos que reciba el fideicomiso.”

Interagua y Ecapag son beneficiarias del fideicomiso, según su cláusula décima cuarta; y, el plazo del contrato, según su cláusula décima octava, es igual al tiempo de vigencia del contrato de concesión referido en los antecedentes.

3. Reforma al Fideicomiso Mercantil.-

La reforma al contrato de fideicomiso mercantil de Administración de Recursos y Transferencia, fue celebrada el 14 de junio de 2007, entre ECAPAG y Administradora de Fondos de Inversión y Fideicomisos BG S.A, ante la Notaría Trigésima Primera del Cantón Guayaquil.

En el numeral 2.4. de la cláusula segunda “Antecedentes” refiere como antecedente la reforma del fideicomiso, otorgada mediante escritura pública suscrita ante la Notaría Trigésima Primera del Cantón Guayaquil, de 21 de diciembre de 2006., con el objeto de “designar como Beneficiaria aparte de la compañía INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA., a la compañía HIDROPLAYAS S.A., a quienes se les transferirá los recursos para la ejecución de obras y proyectos de agua potable en los montos y demás condiciones estipulados en el CONVENIO TRIPARTITO celebrado el veinticuatro de noviembre del dos mil seis entre ECAPAG, Interagua C. Ltda. e Hidroplayas S.A. mediante la cual acuerdan la transferencia de la parte proporcional del diez por ciento (10%) del ICE por la prestación del servicio de agua potable en las poblaciones de Posorja, Data del Posorja, El Morro y Puerto de El Morro, conforme las instrucciones que envíe ECAPAG a la Fiduciaria...”.

La cláusula tercera del contrato reformativo, modifica la cláusula novena del contrato inicial “Instrucciones del Fideicomiso” y al final del numeral 9.2, agrega: “Así mismo realizar transferencias a la cuenta corriente que señale la CONSTITUYENTE cuyo titular sea la compañía International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. LTDA., por el monto que comunique ECAPAG a la Fiduciaria, de manera mensual... Y anualmente o periódicamente en caso de así instruirlo la CONSTITUYENTE transferir los montos que solicite por concepto de gastos generales de fiscalización de las obras en que haya incurrido ECAPAG en virtud del Contrato de Concesión”.

4. Fideicomiso celebrado con FIDUPACÍFICO.-

Fideicomiso Mercantil celebrado el 18 de abril de 2005, ante el Notario Quinto del Cantón Guayaquil, entre ECAPAG como constituyente y beneficiaria; y, la Compañía Fiduciaria del Pacífico S.A. FIDUPACÍFICO, como fiduciaria.

La cláusula tercera “Antecedentes” refiere que ECAPAG posee fondos propios, producto de la recuperación de cartera vencida a clientes que mantenían deudas con esa institución hasta el 31 de julio de 2001 en que traspasó la operación de los servicios a Interagua C. Ltda. mediante el contrato de concesión de servicios.

La cláusula cuarta, estipula el objeto del fideicomiso de administración e inversión de recursos, en los siguientes términos: “... el presente fideicomiso tendrá como finalidad la administración de recursos económicos provenientes del dinero recaudado por la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, por concepto de recuperación de cartera vencida en coactiva y todas las recaudaciones posteriores bajo se mismo concepto, para que dichos recursos sean invertidos en las instituciones financieras nacionales internacionales y/o papeles, títulos valores, etcétera, que le señale el Fideicomitente”.

La cláusula novena “Instrucciones”, numeral 2, autoriza a la fiduciaria a “Realizar inversiones de bajo riesgo con los recursos que se encuentran en el patrimonio autónomo, de acuerdo a las instrucciones impartidas por escrito por el Fideicomitente. Tres. Destinar los recursos que se encuentran en el patrimonio autónomo para cubrir los fondos y pensiones de jubilación de los ex trabajadores de ECAPAG...”.

La cláusula vigésima cuarta prevé que el fideicomiso de administración de inversión de dinero o valores que realiza el fideicomitente, como institución del sector público “observará estrictamente las disposiciones que sobre descentralización e inversión del sector público existieren, quedando obligados a realizar las inversiones a través de los mecanismos bursátiles autorizados”.

5. Sustitución de Fiduciaria.-

Mediante escritura pública otorgada ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, el 30 de noviembre de 2010, ECAPAG y la Administradora de Fondos FODEVA S.A. FODEVASA., sustituyen como fiduciaria a Fidupacífico. Según la cláusula cuarta “objeto del Contrato” la sustitución se efectúa de acuerdo al artículo 133 de la Ley de Mercado de Valores “y no implica de manera alguna ni terminación ni reforma a las instrucciones, al contrato de constitución del fideicomiso mercantil...”. El plazo del contrato, según la cláusula duodécima es de 21 años contado a partir de su suscripción.

De los documentos descritos se desprende que los contratos de fideicomiso mercantil que ECAPAG ha celebrado, tienen por objeto el primero, celebrado el 21 de octubre de 2003 con la compañía Administradora de Fondos de Inversión y Fideicomisos BG S.A., la administración de los recursos públicos provenientes de los tributos de los que esa empresa es sujeto activo, para ser destinados a efectuar transferencias a la concesionaria INTERAGUA, para la ejecución de obras de agua potable; y, el segundo suscrito el 18 de abril de 2005 con FIDUPACÍFICO, sustituido después por la Administradora de fondos FODEVA S.A, administra los recursos provenientes de la recuperación de cartera vencida, destinados a cubrir los fondos y pensiones de jubilación de los ex trabajadores de ECAPAG, respectivamente. En los dos casos, los contratos estipulan que la fiduciaria atenderá las instrucciones de la constituyente, en materia de inversión de los recursos que administra.

Atenta la materia de la consulta es pertinente considerar la disposición del artículo 299 de la Constitución de la República que establece:

“Art. 299.- El Presupuesto General del Estado se gestionará a través de una Cuenta Única del Tesoro Nacional abierta en el Banco Central, con las subcuentas correspondientes.

En el Banco Central se crearán cuentas especiales para el manejo de los depósitos de las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados, y las demás cuentas que correspondan.

Los recursos públicos se manejarán en la banca pública, de acuerdo con la ley. La ley establecerá los mecanismos de acreditación y pagos, así como de inversión de recursos financieros. Se prohíbe a las entidades del sector público invertir sus recursos en el exterior sin autorización legal.”

Los contratos de fideicomiso mercantil para la administración de recursos públicos sobre los que trata la consulta, fueron celebrados antes de la promulgación de la vigente Constitución de la República; sin embargo, la disposición del artículo 299 de la vigente Constitución, que ordena que los recursos públicos se manejen en la banca pública, debe ser necesariamente considerada en el análisis de este materia, en virtud de la prevalencia de la norma Constitucional respecto de cualquier otra norma, establecida por el artículo 424 de la Carta Constitucional vigente.

Los fideicomisos mercantiles se constituyen y administran de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento

expedido por el Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores. El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al contrato de fideicomiso mercantil, en los siguientes términos:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario...”.

El inciso segundo del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, dispone que las instituciones del sector público que actuarán como constituyentes de fideicomisos mercantiles, estarán sujetas al reglamento especial que al efecto expida el Consejo Nacional de Valores; dicho Reglamento consta actualmente en la Codificación de las Resoluciones del CNV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007. El inciso final del artículo 13 del citado Reglamento, dispone que: “Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido”.

El artículo 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone que: “Los recursos públicos se manejarán a través de la banca pública, considerando en lo pertinente, las respectivas normas técnicas y las capacidades de gestión de las entidades que conforman la banca pública. El cobro, pago o transferencia de dichos recursos se podrá realizar a través de otras entidades financieras”.

El Capítulo VI del citado Código Orgánico, establece el conjunto de normas, principios y procedimientos utilizados en la obtención, depósito y colocación de los recursos financieros públicos; su administración y custodia, con el fin de establecer una administración eficiente y transparente de los recursos financieros públicos, para responder a las necesidades de pago. Al efecto, el artículo 161 *ibídem*, establece un sistema único de cuentas, integrado por la Cuenta Única del Tesoro Nacional, abierta en el depositario oficial que es el Banco Central. La misma norma prevé la existencia de subcuentas, en las que se acredite la totalidad de recursos financieros públicos que cada entidad del Estado reciba; y, con respecto a la salida de recursos, prescribe que se realizará sobre la base de las disposi-

ciones de los autorizadores de pago de las entidades y organismos pertinentes y del ente rector de las finanzas públicas, cuando existan obligaciones de pago, legalmente exigibles, debidamente determinadas por las entidades responsables correspondientes, previa afectación presupuestaria o registro contable.

El segundo inciso de la Disposición General Décima Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que en casos excepcionales, las entidades del sector público, que no son empresas públicas nacionales ni de las entidades financieras públicas, podrán gestionar sus recursos a través de fideicomisos constituidos en instituciones financieras públicas, previa autorización del ente rector de las finanzas públicas y prescribe que para la constitución de fideicomisos con recursos públicos por cualquier entidad pública deberá ser comunicada al ente rector de las finanzas públicas.

El artículo 32 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, confiere al Directorio del Banco Central del Ecuador, atribución para regular la forma en que el gobierno, las instituciones financieras públicas y las demás entidades y empresas del sector público deban realizar sus inversiones financieras.

El artículo 37 reformado de la Ley de Mercado de Valores, dispone que: “Las inversiones y compraventa de activos financieros que realicen directa o indirectamente las entidades y organismos del sector público, que excedan mensualmente del valor de dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América, podrán realizarse a través de los sistemas de negociación bursátiles interconectados entre las bolsas de valores establecidas en el país...”.

En concordancia, el numeral 14 de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Finanzas No. 447, dispone que: “Los recursos públicos que sean gestionados a través de fideicomisos deberán ser manejados a través del Banco Central del Ecuador y/o de la Banca Pública, con excepción de aquellos recursos públicos que provengan de fideicomisos en cuyo contrato se hubieren establecido restricciones en la administración de éstos, para efectuar depósitos o inversiones en ciertas instituciones financieras públicas o privadas. Vencido el plazo de dichos contratos, se manejarán esos recursos en el Banco Central y/o Banca Pública, conforme las normas precedentes.”

El numeral 4.4.2.4 de la citada Normativa prevé que “ningún fideicomiso público deberá mantener recursos por fuera de la CCU (cuenta única corriente) y sus inversiones se sujetarán a las regulaciones que sobre la materia emita el Directorio del depositario oficial de los fondos públicos”.

De las normas citadas se desprende que los artículos 299 de la Constitución de la República y 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que rigen desde su promulgación, disponen que el manejo de los recursos públicos se debe realizar, a través de la banca pública; y, el numeral 14 de la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público expedida por el Ministerio de Finanzas, en su calidad de órgano rector de las finanzas públicas, permite la gestión de recursos públicos a través de fideicomisos mercantiles, en aquellos casos en que en los respectivos contratos se hubiere estipulado efectuar depósitos o inversiones en ciertas instituciones financieras públicas o privadas, evento en el que vencido el plazo de dichos contratos, se deberán trasladar los recursos a la Banca Pública conforme a las normas que rigen en la actualidad.

En el acápite V “Consideraciones y Fundamentos”, del fallo de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, referido al contrato de concesión del nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, celebrado antes de la promulgación de la nueva Constitución, sobre la base de los principios de supremacía constitucional establecido en el artículo 424 de la vigente Constitución de la República, y de aplicación directa de sus preceptos, concluyó que: “1) al existir un marco constitucional diferente al de la Constitución Política de 1998, es deber de la Corte Constitucional sostener la Supremacía de la Constitución vigente”.

En el referido fallo, la Corte Constitucional analiza que “Existe una cuestión constitucional anexa que debe ser resuelta, toda vez que el problema reside en determinar si desde un punto de vista constitucional y legal, la ejecución de un contrato de concesión implica o no la transferencia de dominio de los bienes concesionados y, en consecuencia, definir si los bienes concesionados pasan a ser privados por el solo hecho de ser objeto de concesión.” Y concluye: “En definitiva, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, manifiesta que los recursos públicos no pierden ni perdieron tal calidad, a través de contrato de concesión, toda vez que este contrato no implica la transferencia de la propiedad de bienes públicos, con mayor razón cuando se trata de bienes pertenecientes a un aeropuerto, bienes que son, de acuerdo con la vigente Constitución, públicos de carácter estratégico y, por lo tanto, son bienes objeto de control por parte de la Contraloría General del Estado”.

Lo resuelto por la Corte Constitucional, impide que la interpretación de un contrato se limite a su texto para efectos de darle prevalencia, si éste vulnera o contradice una norma de la Constitución vigente.

En los casos materia de consulta, los contratos de fideicomiso suscritos por ECA-PAG, fueron celebrados antes de la promulgación de la Constitución de la Repú-

blica de 2008 y del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que disponen que la gestión de los recursos públicos se efectúe a través de la banca pública; sin embargo, en dichos contratos de fideicomiso mercantil, no se ha restringido la administración de los recursos públicos transferidos al patrimonio autónomo en que el fideicomiso mercantil consiste, a fin de que su administración se efectúe en forma restringida en determinadas instituciones financieras, sino que se ha estipulado que las inversiones que realicen las fiduciarias se efectúen conforme a las instrucciones de ECAPAG.

Por tanto, si ECAPAG está obligada a observar las normas vigentes para la administración de recursos públicos en la banca pública, contenidas en los artículos 299 de la Constitución y 162 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, entonces está obligada a aplicar dichas normas al instruir a las fiduciarias, respecto de la inversión de los recursos públicos que éstas administran.

En atención a los términos de su consulta se concluye que de conformidad con el artículo 299 de la vigente Constitución de la República, que dispone que los recursos públicos se deben manejar en la banca pública, los recursos públicos que están siendo administrados en fideicomisos mercantiles de administración e inversión que fueron celebrados antes de la vigencia de la actual Constitución de la República, se deben manejar a través de la banca pública conforme dispone la vigente norma constitucional. En consecuencia, la ECAPAG deberá observar la norma contenida en el artículo 299 de la vigente Constitución de la República, sobre inversión de recursos públicos, para efectos de conferir a su vez, las instrucciones a las fiduciarias.

2. ¿Qué régimen de tasas debe aplicarse para las inversiones que se realicen dentro de la administración de los fideicomisos mercantiles constituidos con anterioridad a la Constitución vigente?"

El informe de la entidad consultante, contenido en oficio sin número ni fecha, remitido como anexo al oficio de consulta Ger. G No. 641-2011 de 13 de julio de 2011, cita la Resolución del Banco Central del Ecuador No. 2009, relacionada con las inversiones del sector público no financiero, que en su artículo 2 dispone:

“Art. 2.- Las entidades del sector público no financiero únicamente podrán invertir sus recursos en el Banco Central del Ecuador o en las instituciones financieras públicas.

La entidad del sector público no financiero deberá ordenar al Banco Central del Ecuador la transferencia de los recursos a la entidad financiera pública detallando las condiciones financieras pactadas con la institución financiera pública capta-

dora. Para tal efecto, se deberá observar las tasas determinadas en los artículos 5, 6 y 7 del Capítulo 3 “Tasas de Interés para Operaciones Activas y Pasivas” del Título Sexto “Sistema de Tasas de Interés” del Libro I “Política Monetaria-Crediticia” de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador.

Las entidades del sector público no financiero, al vencimiento de las inversiones que tienen en el sector financiero, depositarán esos recursos en la cuenta corriente que mantienen en el Banco Central del Ecuador”.

El informe jurídico cita además, la Regulación No. 009-2010 de 26 de mayo de 2010, por la que el Directorio del Banco Central del Ecuador, determina las tasas de interés pasivas para las inversiones de las instituciones del sector público no financiero, incluidos los recursos públicos administrados en fideicomisos en entidades financieras públicas.

El Gerente del Banco Central del Ecuador, en oficio No. SE-2169-2011 de 28 de septiembre de 2011 cita el artículo 6 del Capítulo III “Tasas de Interés para Operaciones Activas y Pasivas, del Título Sexto “Sistema de Tasas de Interés”, del Libro I, Política Monetaria-Crediticia, de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador y del artículo 2 de la misma Codificación, que regula las inversiones financieras del sector público; y, sobre dicha base concluye: “... en relación al régimen de tasas que debe aplicarse para las inversiones que se realicen dentro de la administración de los fideicomisos mercantiles constituidos con anterioridad a la Constitución vigente, deberá observarse lo dispuesto en el artículo 6 del Capítulo III “Tasas de Interés para Operaciones Activas y Pasivas”, del Título Sexto “Sistema de Tasas de Interés”, del Libro I “Política Monetaria Crediticia” de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador”.

El artículo 32 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, confiere al Directorio del Banco Central del Ecuador, atribución para regular la forma en que el gobierno, las instituciones financieras públicas y las demás entidades y empresas del sector público deban realizar sus inversiones financieras.

En atención a los términos de su segunda pregunta se concluye que el régimen de tasas de interés a aplicar para las inversiones de recursos públicos que se realicen por los fideicomisos mercantiles de administración, es el determinado por el Directorio del Banco Central del Ecuador.

OF. PGE. N°: 04515, de 27-11-2011

FONDOS DE RESERVA Y RÉGIMEN SOLIDARIO DE CESANTÍA: SERVIDORES EN COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL GUAYAS

CONSULTA:

“¿Procede pagarles los fondos de reserva a los servidores públicos en mención, desde que ingresaron a laborar al Gobierno Provincial del Guayas, aplicando la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado en concordancia con lo que dispone el Art. 269 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 2, 58, 96 y 99; y, 269 de su Reglamento.

Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado Disp. Trans. Primera.

Código Civil Art. 7.

Ley de Seguridad Social Arts. 275, 280, 282.

Código del Trabajo Art. 196.

Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social Art. 10, Disp. Trans. Quinta.

Res. N° 272, R. O. N° 8 de 20-08-2009.

Res. N° 316, R. O. N° 201 de 27-05-2010 Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del memorando No. 4230-PSP-DCAD-GPG-2011 de 25 de agosto de 2011, que contiene el criterio jurídico del Procurador Síndico del Consejo Provincial del Guayas, encargado, en el cual, con fundamento en los artículos 3, numeral 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y 269 de su Reglamento de aplicación; Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado; y, 7 del Código Civil, concluye manifestado que:

“Por todo lo antes expuesto, a partir del 1 de abril de 2011, para las y los servidores públicos, sujetos al ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento General, se prevé que en los casos de cesación de funciones siempre y cuando de manera inmediata (día laborable siguiente) la o el servidor que reingrese a otra institución del sector público, éste no perderá su derecho y antigüedad para el cálculo, provisión y pago del fondo de reserva; pues, en el evento de que un servidor cese en funciones y con posterioridad al tiempo determinado en la Ley, reingrese al sector

público no se podrá considerar como continuidad de labores para la aplicación de la norma prevista en el Art. 269 del Reglamento General de la LOSEP.

En tal virtud, habiendo continuidad en las aportaciones y tratándose del mismo patrono, en este caso el Estado, considero que el servidor puede acceder al cobro de los valores por concepto de Fondos de Reserva desde que ingresó a esta Institución”.

En el oficio que contesto se plantean los siguientes casos específicos con respecto al pago de los fondos de reserva:

PRIMER CASO

Con respecto a una servidora del Gobierno Provincial del Guayas que laboró hasta el 31 de julio de 2009 en otra institución del Estado y presentó su renuncia, ingresando al Consejo Provincial del Guayas a prestar sus servicios mediante la modalidad de contrato por servicios ocasionales desde el 3 de agosto de 2009 hasta la actualidad, es decir, desde el primer día laborable siguiente después de haber cesado en funciones en la institución anterior.

SEGUNDO CASO

En relación a servidores públicos que se encuentran en comisión de servicios sin remuneración desde el mes de abril del año 2010 en el Consejo Provincial del Guayas.

En ambos casos planteados, los servidores en mención solicitan que se les cancele sus fondos de reserva desde la fecha en la que ingresaron a laborar en el Gobierno Provincial del Guayas.

La Ley de Seguridad Social, en el Art. 275 inciso primero dispone que el IESS será el recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por más de un año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo y otras leyes sobre la misma materia.

El Art. 282 de la Ley citada, prevé que la aportación obligatoria del empleador para el fondo de reserva será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios conforme al Código del Trabajo.

El Código del Trabajo, en el Art. 196 prescribe que: “Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado”.

La Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, en el Art. 10 relacionado con la Ley de Seguridad Social, dispone lo siguiente:

“Art. 10.- Incorpórese como inciso final del artículo 280 el siguiente:

“Los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados se depositarán mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el equivalente al ocho punto treinta y tres por ciento (8.33%) de la materia gravada, conjuntamente con el pago de los aportes mensuales”.

La Disposición Transitoria Quinta de la mencionada Ley Reformatoria señala:

“Quinta.- Para los efectos de la aplicación de la reforma del primer inciso del artículo 280 de la Ley de Seguridad Social, previsto en la presente Ley, cada año de aportes de fondos de reserva se considerará como doce aportaciones mensuales”.

Cabe destacar que la Comisión Legislativa y de Fiscalización con fecha 19 de mayo de 2009, expidió la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, vigente desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, que en su Disposición Transitoria Primera expresa lo siguiente:

“PRIMERA.- A partir del mes siguiente de la entrada en vigencia de la presente ley el empleador pagará de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación, por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La autoridad competente verificará que el empleador cumpla con esta obligación”.

En aplicación a la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, el Consejo Superior del IESS expidió la

Resolución No. 272, la cual fue sustituida por la Resolución No. 316, que contiene el “Reglamento para el pago o devolución del Fondo de Reserva por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, que en el Art. 1 dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Derecho del trabajador o servidor.- El trabajador o servidor público con relación de dependencia, tendrá derecho al pago mensual del Fondo de Reserva por parte de su empleador, en un porcentaje equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración aportada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, después del primer año de trabajo”.

El Art. 2 de la Resolución No. 316 expresa:

“Art. 2.- Depósito del Fondo de Reserva en el IESS.- Cuando el trabajador o servidor público solicitare por escrito, a través del aplicativo informático, que su Fondo de Reserva sea depositado en el IESS, el empleador consignará dicho rubro mensual, conjuntamente con la planilla de aportes. Estos valores se registrarán en la cuenta individual del afiliado para su posterior devolución. De no depositarse el Fondo de Reserva dentro de los primeros quince días (15) del mes siguiente al que corresponda, causará mora con los recargos y multas correspondientes”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 3 prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

El Art. 96 de la Ley Orgánica citada, establece la remuneración mensual unificada en las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas establecidas en el artículo 3 de esta Ley, la misma que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que los dignatarios, autoridad, funcionario y servidor a que tenga derecho y que se encuentren presupuestados; remuneración mensual a la que no se sumarán entre otros ingresos en la letra d) El fondo de reserva.

Por su parte, el Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“Artículo 99.- Fondos de Reserva.- Los servidores y servidoras de las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta ley, tienen derecho a recibir anualmente y a partir del segundo año por concepto de fondos de reserva una remuneración mensual unificada del servidor equivalente a la que perciba, conforme a las normas pertinentes que regulan la seguridad social”.

El Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que los servidores de las instituciones y organismos previstos en el Art. 3 de esa Ley, tienen derecho a recibir anualmente y a partir del segundo año de servicio, por concepto de fondos de reserva, una remuneración mensual unificada del servidor equivalente a lo que éste perciba. De ahí que, en cuanto al pago de los fondos de reserva, de conformidad con el indicado artículo, su pago procede a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

De su parte, el tercer inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, con respecto a la contratación de servicios ocasionales, establece: “El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad, tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 269 respecto del fondo de reserva prevé lo siguiente:

“Artículo 269.- Del fondo de reserva.- En caso de que una servidora o un servidor cesare en funciones en una de las instituciones establecidas en el artículo 3 de la LOSEP, e ingrese al primer día laborable siguiente a otra institución, entidad u organismo del sector público, no perderá su derecho y antigüedad para el cálculo, provisión y pago del fondo de reserva.

Cuando las o los servidores públicos presten sus servicios en otras instituciones del Estado, dentro o fuera del país, mediante comisión de servicios sin remuneración, los fondos de reserva serán pagados por la institución en la cual se encuentra prestando sus servicios”.

Por lo tanto, en el caso de servidores que cesen en sus funciones en una institución del sector público e ingresen el primer día laborable siguiente a otra entidad del Estado, no pierden su derecho a continuar percibiendo el fondo de reserva, aplicando para el efecto la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado.

Con relación al pago de fondos de reserva a los funcionarios que habiendo cesado en sus funciones en una determinada entidad del Estado y que reingresaran a laborar en otra institución del Estado, esta Procuraduría se pronunció mediante oficio No. 02748 de 11 de julio de 2011.

De otra parte, de conformidad con los artículos 99 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 269 inciso segundo de su Reglamento de Aplicación, se concluye que

los servidores públicos que se encuentran en comisión de servicios sin remuneración en una determinada entidad del Estado, tienen derecho a que la institución en la que se encuentran prestando sus servicios pague los fondos de reserva desde que ingresaron a laborar en dicha institución, aplicando para el efecto la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado.

OF. PGE. N°: 04292, de 17-10-2011

GARANTÍA DE BUENA EJECUCIÓN DE ESTUDIOS TÉCNICOS: MONTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1 y 2. “Para realizar el acta de entrega recepción de los estudios contratados para realizar el inventario vial de una calle del recinto portuario y realizar los estudios y diseños para concluir un tramo inconcluso, ¿debe requerirse al Consultor la presentación de la Garantía de Buena Ejecución de Estudios, a pesar de haber sido estipulado en el contrato, no obstante que no se trata de una contratación bajo el concepto de “Proyecto Integral”?”

“¿Debe aplicarse la LOSNCP como disposición legal que prevalece respecto de los decretos; y por tanto, no se hace necesario que el Consultor presente dicha Garantía?”

3. “¿A la presente fecha ha sido reformado el decreto 451 quedando establecido que se debe presentar “al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 5% del valor total de los estudio contratado (sic), por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra; ... y por tanto, de aplicarse la cláusula del contrato para que el consultor presente la Garantía de Buena Ejecución de los Estudios ¿sobre qué monto debe presentarla?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 425.

Ley de Régimen Administrativo Portuario Art. 7.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 2 lits. a) y b).

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. El informe del Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica de Autoridad Portuaria de Guayaquil, contenido en memorando No. APG-UAJ-2011-000914-M de 5 de agosto de 2011, manifiesta con respecto al contrato materia de consulta que: “el requerimiento de la garantía era optativo para el caso de que sea necesaria la presentación de la garantía en atención al producto del estudio”, por lo que “sin esfuerzo concluimos que no se la requiere”.

Argumenta que el servicio de consultoría objeto del contrato materia de la consulta, fue específico “y no fue relativo a una obra de ejecución vial bajo el concepto de “Proyecto Integral” a que se refieren las Normas contenidas en el Decreto Ejecutivo 451”, por lo que, “luego de revisar la Ley Orgánica del Servicio (sic) Nacional de Contratación Pública, fácilmente se advierte que esta Ley Orgánica no contiene ninguna disposición que trate sobre la existencia de esta garantía”. Al efecto, el informe jurídico cita el artículo 425 de la Constitución de la República, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y concluye que:

“...una vez requerido el consultor contratado con la presentación de la garantía reclamada en el Decreto Ejecutivo No. 451, éste efectuó las gestiones tendientes a obtenerla de alguna de las empresas de seguro que operan en el ramo de garantías, habiendo recibido como respuesta “que es imposible conseguirla debido a que tales emisoras no cuentan con la autorización correspondiente para emitir este tipo de pólizas que no están previstas como tales en la Ley”; produciéndose en el consultor la imposibilidad de cumplir con estas normas, pues para lograrlo por medio de garantía bancaria, debe comprometer la totalidad del producto de su trabajo de consultoría durante el plazo de cinco años, ya que para respaldar su cumplimiento, debe dejar en la entidad que emita la garantía, un valor equivalente al monto de la garantía, sin que por lo tanto pueda recibir el consultor, a cambio de su labor efectuada, la correspondiente retribución que es propia de toda actividad profesional garantizada constitucionalmente.

En estas circunstancias, consideramos inequitativo y sin el respectivo y efectivo sustento legal la exigencia establecida en el Decreto Ejecutivo No. 451, siendo del parecer que no se haría plenamente exigible al consultor el rendimiento de la garantía contemplada en el mismo”.

A pedido nuestro se ha remitido copia del contrato de consultoría No. 47-2010, celebrado entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y el ingeniero civil Manuel

Roberto Apolo Granda, el 8 de noviembre de 2010, cuyo objeto fue estipulado en la cláusula cuarta, en los siguientes términos:

“CUARTA: OBJETO DEL CONTRATO

El CONSULTOR, se obliga para con la Autoridad Portuaria de Guayaquil a prestar el servicio de consultoría para realizar el Inventario Vial de las Obras Inconclusas Existentes y Estudios y Diseños Definitivos y Actualizados de los Tramos Pendientes de la Calle B y Prolongación de la Calle P de APG. Los trabajos se realizarán bajo la supervisión y coordinación del Administrador del Contrato y de acuerdo a los documentos que se indican en la cláusula Segunda”.

La cláusula octava del contrato prevé el plazo de cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha de suscripción del contrato, para su total ejecución; y, la cláusula décima estipula el valor del contrato en USD 38.677,87.

En materia de garantías, la cláusula décima cuarta del contrato, ha estipulado la garantía del buen uso del anticipo y en el numeral 14.02, la “Garantía de Buena Ejecución de Estudios”, con el siguiente tenor:

“Si en el producto del estudio y de ser necesario se requiere la garantía que asegure la buena ejecución de los estudios, prevista en el Art. 4 del Decreto No. 451: NORMAS QUE DEBERÁN APLICAR, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE EJECUCIÓN VIAL, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL E INSTITUCIONAL, el consultor entregará a la entidad, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra”.

El numeral 14.04 de la cláusula décima cuarta del contrato prevé que la garantía de buena ejecución de estudios “de ser requerida, será devuelta una vez transcurrido los cinco años contados desde la fecha de recepción de los estudios”.

El numeral 14.05.02 de la cláusula décima cuarta del contrato, prevé la ejecución de la garantía de buena ejecución de estudios, “si dentro de los cinco años de haber receptado la entidad los estudios, se comprobare documentada y técnicamente la inadecuada aplicabilidad de los mismos”.

La cláusula décimo sexta del contrato, estipula la recepción de los estudios. El último párrafo de la citada cláusula prevé: “Una vez que se hayan terminado todos los trabajos previstos en el contrato, el CONSULTOR entregará a la enti-

dad contratante el informe final provisional; cuya fecha de entrega servirá para el cómputo y control del plazo contractual. La entidad contratante dispondrá del término de (15) días para la emisión de observaciones y el CONSULTOR de (15) días, adicionales para absolver dichas observaciones y presentar el informe final definitivo. El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto de conformidad con el artículo 123 inciso tercero del Reglamento General”.

El Decreto Ejecutivo No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, sobre cuya aplicación tratan sus consultas, establece normas a aplicar en materia de contratación pública de ejecución de obra vial, por parte de la administración pública central e institucional.

El artículo 7 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, establece que el Directorio de las Autoridades Portuarias estará integrado por los siguientes miembros:

- “a) Un vocal designado por el Presidente de la República, de entre los componentes de la propuesta en terna formulada por el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, conforme al literal i) del Art. 4 de la Ley General de Puertos;
- b) El Capitán de Puerto de la respectiva jurisdicción, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia;
- c) Un vocal designado por el Ministerio de Finanzas, con su respectivo suplente;
- d) Un vocal designado por el Ministro de Industrias, Comercio e Integración, con su respectivo suplente;
- e) Un vocal designado por el Ministro de Obras Públicas, con su respectivo suplente;
- f) Dos vocales representantes por parte de los usuarios, con sus respectivos suplentes...”

El artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone que la Función Ejecutiva comprende: “ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central”.

El mismo artículo 2 del citado Estatuto, en su antepenúltimo inciso prevé que los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

Atenta la integración del Directorio de las Autoridades Portuarias, establecido por el artículo 7 de la Ley de Régimen Portuario Nacional, dichas entidades integran la Administración Pública Institucional, según la letra ch) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el penúltimo inciso del mismo artículo, y por tanto, están sujetas a la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 451, que como antes se dijo establece normas en materia de contratación pública de ejecución de obras viales, que deben observarse por la administración pública central e institucional.

El artículo 2 del citado Decreto Ejecutivo No. 451, dispone que: “Los documentos precontractuales deberán contar, además de los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos, cálculos, especificaciones técnicas y presupuestos referenciales, bajo el concepto de “Proyecto Integral”, con las actividades y obras esenciales descritas en esa norma, que incluyen por ejemplo, medidas de seguridad como guardavías, tachas reflectivas, delineadores de carreteras (numeral 6), señalización horizontal y vertical (numeral 7), señalización preventiva, informativa y turística (numeral 8).

El artículo 4 del citado Decreto 451 prescribe que: “Toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras señalados en el artículo 2 deberá rendir, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 711, publicado en el Registro Oficial No. 424 de 11 de abril de 2011, se reforma el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, disponiendo que el valor de la garantía será el “equivalente al 5% del valor total de los estudios contratados”. El tercer considerando del citado Decreto 711 motiva la reforma manifestando que la garantía establecida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451 “ha limitado la participación de las empresas consultoras y de los consultores independientes en los diversos procesos de contratación”.

El artículo 10 del Decreto 451 dispone: “Al presentar su oferta, el oferente y, posteriormente el contratista y el Fiscalizador deben certificar haber revisado los estudios de la obra y encontrarse conforme con ellos, de tal manera que, exceptuando imponderables, no se permitan incrementos de montos ni de plazos argumentando errores en los estudios...”.

Conforme se desprende de las normas transcritas del Decreto Ejecutivo No. 451 y su reforma, las obras públicas que en materia vial realicen las instituciones de la

Administración Pública Central e Institucional, deben ejecutarse bajo el concepto de “Proyecto Integral”, es decir considerando todas las actividades que la total ejecución de la obra vial comprenda, descritas en el artículo 2 del Decreto 451.

En tal contexto, la adecuada elaboración de los estudios viales, constituye un elemento esencial en el concepto de proyecto integral de la obra vial, lo que determina que el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, exija a toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras viales, la garantía que asegure “que los estudios hayan sido bien realizados”. Por su naturaleza, dicha garantía se rinde luego de cumplida la obligación principal y por tanto entra en vigencia a partir de la entrega recepción del objeto del contrato de consultoría, según el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en sus artículos 74, 75 y 76, las siguientes garantías: de fiel cumplimiento, para asegurar el cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. Garantía por anticipo, por igual valor al anticipo recibido, cuando la forma de pago establecida en el contrato previera su pago; y, garantía técnica, en los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos.

Con respecto a la devolución de las garantías, el artículo 77 de la citada Ley Orgánica prevé que: “En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.”.

Ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento, contienen norma alguna que prevea entre las garantías, una que asegure la correcta realización de los estudios objeto de los contratos de consultoría. Dicha materia ha sido regulada exclusivamente por el Decreto No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010 y su reforma contenida en el Decreto Ejecutivo No. 711, publicado en el Registro Oficial No. 424 de 11 de abril de 2011. No existe en consecuencia, conflicto de normas que deba ser resuelto aplicando el principio de prevalencia de la ley respecto de Decreto Ejecutivo, principio que exige que las normas en conflicto regulen en forma diversa la misma materia, lo que no ocurre en el caso materia de consulta.

En el caso específico materia de consulta, el contrato de consultoría celebrado por Autoridad Portuaria de Guayaquil y el ingeniero Roberto Apolo, tiene por objeto según la cláusula cuarta, realizar el inventario vial de las obras inconclusas existentes, y estudios y diseños definitivos y actualizados de los tramos pendientes de la Calle B y Prolongación de la Calle P de APG; es decir que se trata de una consultoría de obra vial y por tanto tal consultoría está sujeta a las normas del Decreto 451.

En el contrato al que se refiere la consulta, sobre la base del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, se ha estipulado en forma expresa la garantía de buena ejecución de estudios, en el numeral 14.02 de la cláusula décima cuarta y se ha previsto su devolución, en el numeral 14.04. de la misma cláusula, una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de recepción de los estudios; por tanto, dicha previsión contractual obliga a las partes y en cuanto se relaciona con la devolución de las garantías, guarda conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que para ello prevé que se observe “lo estipulado en el contrato”.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que para efectuar la entrega recepción de los estudios contratados para realizar el inventario vial de una calle del recinto portuario y realizar los estudios y diseños para concluir un tramo inconcluso, debe requerirse al Consultor la presentación de la Garantía de Buena Ejecución de Estudios, de conformidad con la estipulación que consta en la cláusula décima cuarta del contrato, numeral 14.02, en virtud de que se trata de una garantía exigible en todo contrato de consultoría relacionado con obras viales, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 451 y por tanto los estudios integran el concepto de proyecto integral en la contratación de obra vial.

3. El informe jurídico de la entidad consultante expone sobre esta consulta que:

“Los trabajos de consultoría que fueron materia del contrato No. 47-2010, terminaron con posterioridad al 11 de abril del 2011; y, por tanto, para la época de su entrega-recepción estaba vigente la citada reforma al Decreto Ejecutivo No. 451.

...en el supuesto no consentido de que sí fuesen aplicables, debería atenderse el manejo de la entrega – recepción al tenor del texto reformado del Art. 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, no sólo por el principio universal de que los actos y hechos de las personas en una colectividad se rigen por las normas de ley vigentes al momento en que se producen, sino por el principio constitucional de que aún en el caso de conflicto entre disposiciones relativas a la misma materia, se debe aplicar la menos rigurosa”.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los contratos terminan entre otras causas, por cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que en tal evento se instrumenta mediante la correspondiente acta de entrega recepción y posterior liquidación del contrato.

El artículo 81 de la citada Ley Orgánica, prevé que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, previsión que ha sido recogida por la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 1 de la Resolución No. 005 de 3 de octubre de 2008, expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

De conformidad con el artículo 1561 del Código Civil, el contrato es ley para los contratantes y con respecto a la garantía que motiva su consulta, el numeral 14.02. de la Cláusula Décima Cuarta estipula lo siguiente:

“14.02.- Garantía de Buena Ejecución de Estudios: Si en el producto del estudio y de ser necesario se requiere la garantía que asegure la buena ejecución de los estudios, prevista en el Artículo 4 del Decreto No. 451: **NORMAS QUE DEBERAN APLICAR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE EJECUCIÓN VIAL, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL E INSTITUCIONAL**, el consultor entregará a la entidad, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra.”

En armonía con lo expresado al atender sus dos consultas anteriores, para efectuar la entrega recepción de los estudios contratados para realizar el inventario vial de una calle del recinto portuario y realizar los estudios y diseños para concluir un tramo inconcluso, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 451, debe requerirse al Consultor la presentación de la Garantía de Buena Ejecución de Estudios, en los términos previsto en la Cláusula Décima Cuarta numeral 14.02 del contrato.

En consecuencia, en atención a los términos de su tercera consulta, se concluye que para la determinación del monto de la garantía de buena ejecución de estudios, se debe atender a la estipulación contractual contenida en el numeral 14.2 de la Cláusula Décima y a la norma vigente al tiempo de celebración del contrato; es decir, en el caso específico, se aplica el artículo 4 del Decreto 451 publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, que establece que el consultor entregará a la entidad, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra.

OF. PGE. N°: 03547, de 06-09-2011

GARANTÍAS: EMPRESAS PÚBLICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA PROVINCIAL DE VIVIENDA, COVIPROV

CONSULTA:

“¿Si la Empresa Provincial de Vivienda EP, al amparo de los Artículos 1 y 2 Numeral 8; 73 inciso Segundo; de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, considerando su condición de Empresa Pública, no debe rendir garantías a los gobiernos autónomos cantonales como aval para la construcción de las soluciones habitacionales que esta Empresa emprenda o realice en el ámbito de su competencia dentro de esas jurisdicciones, en la provincia de Pichincha?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts 1, 2 num. 8, 69 y 73.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 4.

Ordenanza de creación de la Empresa Pública Provincial de Vivienda Arts. 1, 2 y Disp. Gen. Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 02768 de 13 de julio de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa empresa pública, de

conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, en virtud de que el criterio jurídico adjunto a la consulta, constante en memorando No. 186-MM-DJ-EPV-2011 de 1 de julio de 2011, no contiene un análisis jurídico de las normas que en él se mencionan.

Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 329-GG-AYVL-EPV-2011 de 26 de julio de 2011, ingresado el 29 de julio del presente año.

En el informe jurídico ampliatorio, contenido en memorando No. 0215-MM-AL-EPV-2011 de 26 de julio de 2011, remitido a pedido nuestro, se expone como antecedente que la Empresa Provincial de Vivienda EP, se creó mediante Ordenanza No. 003-HCPP-2010, cuya copia certificada se ha remitido y que es una persona jurídica de carácter público que asumió la administración, operación “y en general todas las autorizaciones conferidas por los órganos estatales a la sociedad anónima “Compañía de Vivienda Provincial COVIPROV S.A., así como, los derechos y obligaciones derivados de los contratos celebrados y obligaciones asumidas pro esa Compañía”.

Agrega que, la extinta Compañía de Vivienda Provincial COVIPROV S.A., como sociedad anónima, rendía garantías ante los gobiernos autónomos cantonales, como aval para realizar las construcciones de las soluciones habitacionales dentro del ámbito de su competencia.

El informe jurídico cita entre otras normas, el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prevé que no se exigirán las garantías establecidas por esa ley para los contratos referidos en el numeral 8 del artículo 2 de esa ley, es decir para aquellos que celebren el Estado con otras entidades del sector público, o éstas entre sí o con empresas públicas. Sobre dicha base concluye que: “...la Empresa Provincial de Vivienda EP, en su condición de empresa pública no debería rendir garantías a los gobiernos autónomos cantonales como aval para la construcción de las soluciones habitacionales que esta Empresa realice en el ámbito de su competencia dentro de esas jurisdicciones cantonales, de la Provincia de Pichincha”.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a las empresas públicas como “entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos

naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

Con respecto a las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, el numeral 2 del artículo 5 de la misma Ley Orgánica, prevé su creación por acto normativo.

En materia de contratación, el numeral 2 del artículo 34 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone: “...2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables...”.

Por su parte, el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

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

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

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

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública”.

La obligación de los contratistas, de rendir garantías en forma previa a la suscripción de contratos con el Estado y las instituciones del sector público, está prevista en el inciso quinto del artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone: “Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes”. Sin embargo, el inciso siguiente al numeral 5 del artículo 73 de la misma Ley Orgánica prevé que: “No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley”.

La Sección X del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula los “Contratos entre entidades públicas o sus subsidiarias.” El artículo 98 del citado Reglamento, establece que se sujetarán al procedimiento establecido en esa sección, las contrataciones que celebren:...2. El Estado o las entidades del sector público con: 2.1 Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público; 2.2 Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1. o las subsidiarias de éstas; y, 2.3 Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento; y, el artículo 99 *ibídem*, determina el procedimiento para tales contrataciones.

Por su parte, la Ordenanza de creación de la Empresa Pública Provincial de Vivienda, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, fue aprobada por el Consejo Provincial de Pichincha en sesiones de 10 de diciembre de 2009 y 12 de enero de 2010, sobre la base de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Según el artículo 1 de la citada Ordenanza, la Empresa Provincial de Vivienda EP, es una sociedad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeta a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo objeto según el artículo 2 de la misma Ordenanza es “la planificación, construcción y comercialización de proyectos y programas de vivienda social en la Provincia de Pichincha... ”.

La Disposición General Segunda de la misma Ordenanza, prevé que la Empresa Provincial de Vivienda EP, asume la administración, operación, adaptación de títulos habilitantes y en general todas las autorizaciones conferidas por órganos estatales a la sociedad anónima extinguida Compañía de Vivienda Provincial COVIPROV S.A., así como los derechos y obligaciones derivados de contratos celebrados y las obligaciones asumidas por ésta.

Del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y del artículo 98 su Reglamento, se desprende el Régimen Especial establecido en esas normas, se aplica a los contratos sujetos al ámbito de esa Ley Orgánica, esto es obras, bienes o servicios, en los que el contrato se celebre entre entidades públicas.

En atención a los términos de su consulta, se concluye que en los contratos que celebre la Empresa Provincial de Vivienda EP, con los gobiernos autónomos cantonales, con sujeción al régimen especial establecido por el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por su condición de empresa pública, no está obligada a rendir garantías, de conformidad con la previsión expresa que en ese sentido establece el inciso siguiente al numeral 5 del artículo 73 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

OF. PGE. N°: 03371, de 24-08-2011

**INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, IESS:
PRÓRROGA DE FUNCIONES DE LOS REPRESENTANTES
DEL CONSEJO DIRECTIVO**

**ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD
SOCIAL, IESS**

CONSULTA:

“...Si procede en derecho que, mientras el señor Presidente Constitucional de la República no expida la normativa para la designación de los nuevos representantes de los asegurados y empleadores y sus alternos ante el Consejo Directivo del IESS, los representantes actuantes pueden continuar en sus funciones, hasta ser legalmente reemplazados”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13

Ley de Seguridad Social Arts. 26 y 28.

Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores, y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, D. E. N° 2207 R. O. N° 487 de 4-01-2002 Arts. 2, 5, 7 y 8.

D. E. N° 281 R. O. N° 72 de 26-04-2007 Art. 1, 2 y 3.

D.E. N° 2185 R.O. N° 443 de 15-10-2004.

Res. de la Procuraduría General del Estado Art. 4 R. O. N° 102 de 11-06-2007.

Res. N° 0024-2007-CC R. O. S. N° 357 de 7-07-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 03156 de 5 de agosto de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de la documentación referida en su consulta, relacionada con el pedido formulado por el IESS al Consejo Nacional Electoral, a fin de que se efectúe la Convocatoria para la elección de los representantes de los empleados y asegurados ante el Consejo Directivo del IESS.

Los requerimientos de esta Procuraduría se formularon de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007 y han sido atendidos mediante oficio No. 11000000-626-CD TR 24089 de 9 de agosto de 2011, ingresado el 15 de agosto del presente año.

En el oficio de consulta se expone que mediante Resolución No. 0024-2007-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 357 de 7 de julio de 2008, el entonces Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 del Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Se agrega que, el Presidente del Consejo Directivo del IESS, mediante oficio No. 11000000.160.CD de 25 de febrero de 2011, solicitó al Presidente del Consejo Nacional Electoral, que de conformidad con el Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, efectúe la respectiva convocatoria. Copia certificada de dicho oficio ha sido remitida a pedido nuestro.

La consulta manifiesta que mediante oficio No. 317-P-OS-CNE-2011 de 14 de marzo de 2011, cuya copia también se ha remitido en atención a nuestro requerimiento, el Presidente del Consejo Nacional Electoral ha concluido que no se puede dar atención al pedido del IESS de que se formule la convocatoria para la elección de los representantes de los empleadores y asegurados al Consejo Superior del IESS, "...mientras el Presidente Constitucional de la República no expida el nuevo Reglamento en esa materia, tanto por lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, como por lo señalado en el artículo 28 de la Ley de Seguridad Social...".

Añade la consulta que el Presidente del Consejo Directivo del IESS, en oficio No. 11000000-371-CD de 1 de junio de 2011, solicitó al Superintendente de Bancos y Seguros que a fin de que no se afecte el normal funcionamiento institucional, “hasta tanto el Consejo Nacional Electoral formalice el procedimiento de designación de los vocales del Consejo Directivo, me permito solicitar un pronunciamiento sobre la permanencia en sus funciones del representante de los empleadores y del representante de los asegurados ante el Consejo Directivo del IESS, hasta ser legalmente reemplazados”. Copia de dicha comunicación se ha remitido a pedido nuestro.

Por su parte, el Superintendente de Bancos y Seguros, en oficio No. SBS-INJ-INSS-2011-447, cuya copia certificada ha sido enviada a este Despacho en atención a nuestro requerimiento, contestó el pedido formulado por el IESS, al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, y dispuso que el Consejo Directivo del IESS, presente a la Superintendencia de Bancos y Seguros “...un proyecto de normativa, a fin de que en conjunto con la Superintendencia de Bancos y Seguros, se ponga a consideración de la Presidencia de la República el procedimiento para la designación de los nuevos representantes de los asegurados y empleadores y sus alternos ante el Consejo Directivo del IESS; mientras tanto, los representantes actuantes continuarán en sus funciones hasta ser legalmente reemplazados”.

El informe del Procurador General del IESS, contenido en oficio No. 64000000-2386 TR 24084 de 26 de julio de 2011, que se ha acompañado a la consulta, cita entre otras normas, los artículos 26 y 28 de la Ley de Seguridad Social, que confieren al Consejo Directivo del IESS, el carácter de órgano máximo de gobierno de ese Instituto y determina la forma en que ese Consejo se integra, de manera tripartita; es decir, con representantes de los asegurados, de los empleadores y de la Función Ejecutiva, previendo el último inciso del citado artículo 28 de la Ley de Seguridad Social que: “El procedimiento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores, y sus respectivos alternos, será definido en el Reglamento que para el efecto expedirá el Presidente de la República”.

El citado informe jurídico refiere como antecedente que el Reglamento para la Designación del representante de los asegurados y del Representante de los Empleadores y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del IESS, fue expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2207, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 487 de 4 de enero de 2002 y luego reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 281, publicado en el Registro Oficial No. 72 de 26 de abril de 2007, por el que se “modificó la conformación del Colegio Electoral encargado de la designación”.

Añade que mediante Resolución No. 0024-2007-TC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 357 de 7 de julio de 2008, el entonces Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 del mencionado Reglamento y eliminó por tanto, las normas que regulan la designación del representante de los asegurados.

El citado informe del Procurador General del IESS, invoca el artículo 5 del Reglamento para la Integración del Consejo Directivo del IESS, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2185, publicado en el Registro Oficial No. 443 de 15 de octubre de 2004, que prevé que:

“...A falta definitiva de los representantes principales se titularizarán sus representantes alternos en el plazo de tres días y durarán el tiempo que les faltaba completar a aquellos.

En caso de ausencia definitiva de los representantes principales y alternos, el Presidente de la República procederá en el plazo de ocho días a nombrar a sus representantes; y, el Tribunal Supremo Electoral procederá a convocar a elecciones de los nuevos representantes; de los empleadores y de los asegurados, dentro del plazo de quince días de producida dicha ausencia. Los nuevos representantes durarán el tiempo que faltare para completar el período para el que fueron designados los anteriores.

La Superintendencia de Bancos y Seguros vigilará el cumplimiento de esta disposición”.

El informe jurídico refiere también el criterio del Superintendente de Bancos y Seguros, contenido en oficio No. SBS-INJ-INSS-2011-447, al que antes se hizo referencia y argumenta que:

“... el señor Superintendente de Bancos y Seguros, como representante legal del organismo de control de la seguridad social en el país, en conocimiento del asunto esencial de esta consulta y en uso de sus atribuciones legales, ha dispuesto que, hasta que el señor Presidente Constitucional de República (sic) expida el reglamento que fije la normativa sobre la designación de los nuevos representantes de los asegurados y de los empleadores y de sus alternos ante el Consejo Directivo del IESS, los representantes actuantes pueden desempeñar sus cargos, hasta ser legalmente reemplazados. Este Instituto, por su parte, encuentra fundado el referido pronunciamiento, por entenderlo ajustado a derecho”.

Agrega el informe jurídico que:

“... la prorrogación de funciones, cuya utilidad ha destacado la doctrina y ha demostrado la ley, es aplicable tanto en el derecho privado como – y con mayor razón- en el derecho público. En este último, gracias a la prorrogación de funciones, las atribuciones, deberes y potestades que han de ejercerse o cumplirse en el período comprendido entre la fecha de terminación de funciones de un determinado servidor (antecesor) y la de inicio de actividades de quien lo sustituya (sucesor), son asumidas, mediante prorrogación, por el antecesor, evitando de este modo la inmovilidad o inacción del órgano de la administración y, sobre todo, las consecuencias jurídicas y prácticas de esta inmovilidad”.

Finalmente, el Procurador General del IESS concluye manifestando que: “...considero legal y necesario que los representantes de los asegurados y de los empleadores y sus alternos ante el Consejo Directivo del IESS, continúen en sus funciones hasta ser legalmente reemplazados. Además, al proceder así se habrá dado cumplimiento a la disposición del señor Superintendente de Bancos y Seguros”.

Atento el contenido de su consulta es pertinente considerar que de conformidad con el artículo 26 de la Ley de Seguridad Social, el Consejo Directivo “es el órgano máximo de gobierno del IESS, responsable de las políticas para la aplicación del Seguro General Obligatorio. Tiene por misión la expedición de las normativas de organización y funcionamiento de los seguros generales administrados por el IESS, el planeamiento estratégico del ahorro previsional, la regulación y supervisión de las direcciones de los seguros generales y especiales aplicados por el IESS, y la fiscalización de los actos de la administración del IESS”.

La forma en que se integra el Consejo Directivo del IESS, está determinada por el artículo 28 de la citada Ley de Seguridad Social, que dispone:

“Art. 28.- INTEGRACION.- El Consejo Directivo estará integrado en forma tripartita y paritaria con un representante de los asegurados, uno de los empleadores y uno de la Función Ejecutiva, quien lo presidirá. Cada uno de los miembros del Consejo Directivo tendrá un alterno que subrogará al titular en caso de ausencia temporal o definitiva.

El representante de los asegurados y su alterno serán designados conjuntamente por las Centrales Sindicales legalmente reconocidas, la Confederación Nacional de Servidores Públicos, la Unión Nacional de Educadores, la Confederación Nacional de Jubilados, y las organizaciones legalmente constituidas de los afiliados al Seguro Social Campesino.

El representante de los empleadores y su alterno serán designados conjuntamente por las Federaciones Nacionales de Cámaras: de Industrias, de Comercio, de Agricultura y Ganadería, de la Construcción, y de la Pequeña Industria.

El representante de la Función Ejecutiva y su alterno serán designados por el Presidente de la República para un período que terminará conjuntamente con el período del Presidente de la República. Sin embargo, continuará en funciones hasta cuando el Presidente de la República entrante realice la nueva designación.

El representante de los asegurados y el representante de los empleadores, así como sus alternos, serán designados para un período de cuatro (4) años.

El procedimiento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores, y sus respectivos alternos, será definido en el Reglamento que para el efecto expedirá el Presidente de la República.

Los miembros del Consejo Directivo ejercerán las atribuciones que señala esta Ley, desempeñarán sus funciones a tiempo completo y no podrán prestar otros servicios remunerados o desempeñar otros cargos, salvo la cátedra universitaria. Recibirán las retribuciones fijadas en el Presupuesto del Instituto, previa aprobación del Ministro de Economía y Finanzas”.

Del tenor de la norma legal transcrita se desprende que el Consejo Directivo del IESS se integra por tres miembros que son representantes de los asegurados, de los empleadores y de la Función Ejecutiva, éste último y su alterno, designado por el Presidente de la República.

Con respecto a los representantes de los asegurados y de los empleadores y sus respectivos alternos, según los incisos segundo y tercero del artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, deben ser designados observando el procedimiento que determine el Reglamento y que les corresponde desempeñar el cargo por un período de cuatro años, según el quinto inciso del mismo artículo.

El miembro del Consejo Directivo del IESS (y su alterno), designado por el Presidente de la República, está sujeto también a período, según el inciso cuarto del artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, que dispone que su periodo “concluye conjuntamente con el período del Presidente de la República”, previéndose expresamente por la misma norma, que dicho miembro “continuará en funciones hasta cuando el Presidente de la República entrante realice la nueva designación”.

El cuarto inciso del artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, prevé la prorroga- ción en funciones del miembro del Consejo Directivo del IESS que representa a la Función Ejecutiva, aún cuando su período hubiera concluido, hasta cuando el Presidente de la República entrante realice la nueva designación, lo que consti- tuye una prorroga ción legal.

El Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del re- presentante de los empleadores, y sus respectivos alternos ante el Consejo Direc- tivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2207, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 487 de 4 de enero de 2002, fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 281, publi- cado en el Registro Oficial No. 72 de 26 de abril de 2007, cuyos artículos 1, 2 y 3 (reformatorios de los artículos 1, 2 y 5 del citado Reglamento), fueron objeto de declaratoria de inconstitucionalidad por el extinguido Tribunal Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 375 de 7 de julio de 2008, que en la parte Resolutiva, dispuso:

“Art. 1. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 del Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores y de sus respectivos suplentes ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por contrariar los numerales 3 y 26 del artículo 23, así como el numeral 5 del artículo 171 y el artículo 272 de la Constitución Política del Estado y en consecuencia el señor Presidente Constitucional de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales deberá expedir las nor- mas reglamentarias pertinentes para la designación del representante de los ase- gurados ante el Consejo Directivo del IESS, con base a criterios que garanticen la equidad en la participación de las diferentes organizaciones que integran el cole- gio electoral respectivo, con especial énfasis en establecer mecanismos idóneos que permitan acreditar la representatividad efectiva de dichas organizaciones, a fin de que se proceda con la designación”.

De la Resolución transcrita se desprende que la declaratoria de inconstitucionali- dad estuvo referida a los artículos 1, 2 y 3 del Decreto No. 281, reformatorio del Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del repre- sentante de los empleadores y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Las normas del Decreto No. 281, cuya inconstitucionalidad fue declarada, disponían:

“Art. 1.- Cada una de las cinco centrales sindicales nacionales legalmente reco- nocidas, la Confederación de Servidores Públicos, la Unión Nacional de Edu- cadores, la Confederación Nacional de Jubilados, y la organización legalmente

constituida de los afiliados del Seguro Social Campesino, designarán un representante por cada organización para que conformen el Colegio Electoral que designará el representante de los asegurados y su alterno ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

“Art. 2.- El Tribunal Supremo Electoral convocará a las organizaciones determinadas en el artículo 1 del presente decreto, para que designen su representante que conformará el Colegio Electoral en el plazo máximo de ocho días, contados a partir de la fecha de la convocatoria”.

“Art. 3.- en el artículo 5 sustitúyanse las palabras “cinco” por “nueve, “tres” por “cinco y “cuatro” por cinco”.

El artículo 5 del Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores y de sus respectivos suplentes ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social reformado por el artículo 3 del Decreto No. 281, antes transcrito, luego de la reforma, tuvo el siguiente texto:

“Art. 5.- Los nueve miembros que conforman los colegios electorales designarán a los representantes principal suplente mediante voto secreto, los representantes serán designados con al menos cinco de los nueve votos posibles. Se reunirán el día y hora y en el lugar que determine el Tribunal Supremo Electoral. Para la instalación y desarrollo de la elección se requiere de al menos la presencia de cinco de los grandes electores. De no existir quórum o no ser posible la obtención de la mayoría necesaria para la designación, el Tribunal Supremo Electoral ordenará una segunda y última convocatoria, la que requerirá del mismo quórum y mayoría”.

Del tenor de las normas transcritas, que dejaron de regir a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad, se desprende que son aquellas que regulaban el procedimiento de elección del representante de los asegurados ante el Consejo Directivo del IESS.

La designación del representante de los empleadores, se rige por los artículos 7 y 8 del citado Reglamento, que en su orden disponen:

“Art. 7.- Para la designación de los representantes de los empleadores y su alterno ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las federaciones nacionales de Cámaras de Industrias, de Comercio, de Agricultura

y Ganadería, de la Construcción y de la Pequeña Industria, de conformidad con sus respectivos estatutos y o reglamentaciones internas, procederán a designar cada una a un representante, cuyos nombres serán notificados al Presidente del Tribunal Supremo Electoral...”.

“Art. 8.- La convocatoria a elecciones, el quórum y votos necesarios para la designación, son los mismos que para la designación de los representantes de los asegurados”.

Si bien los artículos 7 y 8 del Reglamento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores y sus respectivos alternos ante el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no fueron objeto de la declaratoria de inconstitucionalidad antes referida, su aplicación está supeditada al artículo 5 del mismo Reglamento, reformado por el artículo 3 del Decreto No. 281, cuya inconstitucionalidad fue declarada en la resolución del Tribunal Constitucional.

El Reglamento para la Integración del Consejo Directivo del IESS, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2185 publicado en el Registro Oficial No. 443 de 15 de octubre de 2004, regula en el artículo 1 la posesión de los representantes principales y alternos del Consejo Directivo del IESS; los artículos 2 y 5 del mismo Reglamento prevé la principalización y titularización del representante alterno, para el caso en que el principal perdiere su calidad de miembro del Consejo Directivo del IESS, o se produjere su ausencia definitiva. Para el caso de conclusión del período de los representantes de los empleadores y de los asegurados, el artículo 7 *ibídem*, prescribe:

“Art. 7.- Con ciento veinte días de anticipación al término del período de los representantes de los empleadores y de los asegurados, el Presidente del Consejo Directivo comunicará del particular al Tribunal Supremo Electoral para que proceda a convocar a elecciones de los nuevos representantes, dentro del período antes indicado”.

El cuarto inciso del artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, que antes fue transcrito, establece con respecto al miembro del Consejo Directivo del IESS, que representa a la Función Ejecutiva y es designado por el Presidente de la República, cuyo período concluye al terminar el del Presidente, que “continuará en funciones hasta cuando el Presidente de la República entrante realice la nueva designación”. Dicha previsión, admite en consecuencia la prórroga en funciones, del representante del Ejecutivo al Consejo Directivo del IESS, aún cuando su período hubiere concluido, con la clara finalidad de asegurar la continuidad del

funcionamiento del Consejo Directivo del IESS, que según el artículo 26 de la Ley de Seguridad Social, es el máximo órgano de ese Instituto.

Es principio general del derecho que “donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas”; sobre su aplicación Cassagne explica: La analogía consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera. Se deriva del principio de lógica ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet (donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas)”.

El mismo autor agrega: “En nuestra opinión, la analogía constituye una técnica de interpretación del derecho. Por ello, cuando por analogía se aplican algunas disposiciones del Código Civil al Derecho Administrativo, la fuente no es la analogía, sino las normas del Código Civil que resultan aplicables a través de esa técnica de interpretación.”

Villegas Basavilbaso, señala que “...en general los autores de Derecho administrativo (D’Alessio, Presutti, Vitta, Porti, Fleiner, Bielsa, Linares) reconocen que la analogía es un medio jurídico para la integración de la norma administrativa, y opina que la admisión expresa de la analogía para las cuestiones civiles, no significa su extrañamiento del Derecho administrativo, en primer lugar porque no está prohibida implícita ni explícitamente, a la inversa de lo que sucede en la relación jurídico penal; y en segundo término porque la analogía “es un proceso lógico-axiológico que establece la Justicia de un igual tratamiento para dos casos esencialmente iguales”.

Los autores coinciden en excluir la aplicación de la analogía respecto de disposiciones que restrinjan la libertad del individuo o impongan sanciones, así como para establecer contribuciones fiscales y exenciones.

En el caso materia de consulta, si el artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, que es la norma específica que regula el funcionamiento del Consejo Directivo del IESS, admite la prórroga de funciones de uno de sus tres miembros (el representante del Presidente de la República), dicha prórroga en funciones también es aplicable respecto de los demás miembros del mismo órgano colegiado, que son los representantes de los asegurados y de los empleadores, hasta que se expidan las normas que regulen su designación y se cumpla con dicho proceso de designación.

Del análisis que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que sí procede en derecho que mientras el Presidente de la República no expida la normativa para la designación de los nuevos representantes de los asegurados

y de los empleadores y sus alternos ante el Consejo Directivo del IESS, los representantes actuantes puedan continuar en sus funciones, hasta ser legalmente reemplazados.

OF. PGE. N°: 03751, de 16-09-2011

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS: COBRO EN EL LUGAR DE RESIDENCIA DEL PROPIETARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE GUALAQUIZA

CONSULTAS:

1. “¿Es procedente que el gobierno municipal de Gualaquiza, cobre el impuesto a los vehículos, aduciendo como lugar de registro del vehículo, el lugar de residencia de su propietario, particular que consta en la matrícula, o a qué lugar de registro se refiere el Art. 542 del COOTAD?”
2. “¿Es procedente que las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, no acepten el comprobante de pago del impuesto a los vehículos, realizado en la jurisdicción de otra provincia?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num3.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit e) y 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 113, 115, 130, 154, 491, 538, 539, 540, 541 y 542.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 13 lit. b), 15, 31 al 36, 102, 103, 139 lit. o), Disp. Trans. Vigésimo Cuarta; y, 13 num. 6, 150 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 359 (derogada).

Código Tributario Art. 59.

Código Civil Art. 45.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 13 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que son órganos con competencia en esa materia, los siguientes:

a) El Ministerio del Sector; b) La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados; y, c) Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales y sus órganos desconcentrados.

El segundo inciso del artículo 130 del COOTAD y el artículo 15 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, asignan la rectoría general del sistema nacional de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, al Ministro del Sector; y, el artículo 29 numeral 22 de la citada Ley Orgánica, confiere al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito atribución para “Disponer la creación, control y supervisión de los registros nacionales sobre transporte terrestre, tránsito y seguridad vial”.

La letra d) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, incluye entre los impuestos municipales, al impuesto sobre los vehículos; y, los artículos 538 a 542 del mismo Código lo regulan y establecen en los siguientes términos:

“Art. 538.- Forma de Pago.- Todo propietario de todo vehículo deberá satisfacer el impuesto anual que se establece en este Código.

Comenzando un año se deberá pagar el impuesto correspondiente al mismo, aún cuando la propiedad del vehículo hubiere pasado a otro dueño, quién será responsable si el anterior no lo hubiere pagado.

Previa la inscripción del nuevo propietario en la jefatura de tránsito correspondiente se deberá exigir el pago de este impuesto”.

De la norma transcrita se desprende que el sujeto pasivo del impuesto municipal a los vehículos es el propietario o dueño del automotor; y, la base imponible del tributo, según el artículo 539 del COOTAD, es el avalúo que conste registrado en el Servicio de Rentas Internas y en la jefatura provincial de tránsito correspondiente.

El artículo 542 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone: “Art. 542.- Lugar del Pago.- El impuesto se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo”.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. GADMG 012-2011 de 6 de julio de 2011, remitido a pedido nuestro, argumenta que la disposición del artículo 542 del COOTAD es oscura “porque no se sabe a qué

registro se refiere, ya que existe una base de datos del SRI y otra de la CNTTTSV y rigen a nivel nacional”.

Argumenta que: “hay que entender que el impuesto a los vehículos que consta en los artículos 538 a 542 del COOTAD, está en ese cuerpo legal para ser cobrado por cada Gobierno Municipal, sino, no tendría sentido que conste en el COOTAD. Por consiguiente significa que cada Municipalidad debe crear un catastro de los vehículos, cuyos propietarios residen o están domiciliados en esa circunscripción cantonal y por ende están obligados a pagar el impuesto a los vehículos. Y será obligación de la CPTTTSV o de las Subjefaturas de Tránsito exigir que el pago del impuesto a los vehículos se realice en el lugar de residencia del Propietario”.

Añade que el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, preveía con respecto al impuesto a los vehículos que se lo pagaría “en el cantón del domicilio del propietario”. Sobre dicha base concluye que “queda claro que el impuesto a los vehículos que, establece el Art. 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se debe pagar en el domicilio o residencia del dueño del vehículo, para lo cual cada GAD Municipal debe crear un catastro de los vehículos, cuyos propietarios residen o están domiciliados en su circunscripción territorial cantonal”.

A la consulta se ha acompañado un proyecto de Ordenanza que regula la Determinación, Administración, Control y Recaudación del impuesto a los vehículos en el cantón Gualaquiza, que prevé la creación de un catastro de vehículos en el cantón.

Con relación a la consulta, el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Tránsito, cita los artículos 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 13 numeral 6 de su Reglamento, que asignan a esa Agencia, sus Unidades Administrativas y a los GADs, competencia para emitir la matrícula; y, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito, atribución para diseñar y mantener el Registro Nacional de matrículas y títulos de propiedad de los vehículos.

Añade el informe de la Agencia Nacional de Tránsito que: “El artículo 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el impuesto anual a los vehículos cuya base imponible corresponde al avalúo de los vehículos que se encuentren registrados en el Servicio de Rentas Internas, Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador y se lo deberá

pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo, según el artículo 542 de la misma norma” y concluye con el siguiente criterio:

“En consecuencia, de acuerdo a las normas jurídicas invocadas anteriormente, el lugar en el que se deberá efectuar el pago del impuesto a los vehículos es donde aquellos sean registrados. El acto mediante el cual se registra un automotor es la matriculación, como lo establece el artículo 103 de la LOTTTSV. En el caso particular el Gobierno de Gualaquiza no está facultado para matricular vehículos y realizar el registro correspondiente, puesto que no ha asumido las competencias de regulación y control del transporte terrestre, conforme lo dispuesto por el COOTAD; por lo cual tampoco puede realizar directamente el cobro del impuesto señalado en el artículo 538 del mismo Código”.

El contenido de su consulta, exige considerar que de conformidad con el artículo 113 del COOTAD, las competencias son “capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias”.

El artículo 115 del citado Código Orgánico, dispone que las competencias concurrentes, “son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente...”.

Con respecto a la competencia en materia de tránsito y transporte, el artículo 130 del COOTAD, confiere a los GADs atribución para planificar, regular y controlar el tránsito, transporte y seguridad vial dentro de su territorio cantonal; el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: “Los gobiernos autónomos descentralizados municipales definirán en su cantón el modelo de gestión de la competencia de tránsito y transporte público, de conformidad con la ley, para lo cual podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo esta competencia antes de la vigencia de este Código...”.

El artículo 102 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que:

“Art. 102.- Al propietario del vehículo se le otorgará una sola matrícula del automotor, que será el documento habilitante para su circulación por las vías del país, y en ella constará el nombre del propietario, las características y especificaciones del mismo y el servicio para el cual está autorizado.

La matrícula del vehículo registra el título de propiedad. La Comisión Nacional o sus órganos desconcentrados conferirán certificaciones sobre la propiedad del vehículo”.

De conformidad con el artículo 103 reformado de la citada Ley Orgánica, “La matrícula será emitida en el ámbito de sus competencias por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus Unidades Administrativas o por los GADs, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento. El documento que acredite el contrato de seguro obligatorio para accidentes de tránsito, será documento habilitante previo para la matriculación y circulación de un vehículo”.

Por su parte, el inciso final del artículo 150 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone:

“La matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales, previo el pago de todas las tasas e impuestos vigentes y el cumplimiento de los procedimientos contemplados en el Manual respectivo emitido por la Comisión Nacional”.

Ni el COOTAD, ni la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevén los casos en los que corresponde a los GADs emitir matrículas; sin embargo, la Disposición Transitoria Octava de la citada Ley Orgánica, prevé que: “Los municipios que actualmente ejerzan competencias en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, en virtud de procesos de descentralización, continuarán ejerciéndolas, sujetándose a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización”.

La Transitoria Décimo Octava ibídem, prevé que: “Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales asumirán las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD. Hasta tanto la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ejercerá tales competencias”.

El procedimiento de transferencia de competencias a los GADs, está establecido en el artículo 154 del COOTAD, que asigna atribución al Consejo Nacional de Competencias, para expedir una resolución motivada que debe contener el detalle de las competencias, talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos transferidos que de conformidad con la letra d) de dicha norma, entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial, y se expedirá sobre

la base de los informes habilitantes que prevé la letra a) del mismo artículo, referidos al estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias a ser descentralizadas y un informe de la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las nuevas competencias.

Según la letra b) del artículo 13 reformado de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, actúa a través de sus órganos desconcentrados.

Es pertinente considerar que los artículos 31 a 36 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que regulaban el funcionamiento y atribuciones de las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, fueron derogadas por la Ley reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011, que creó la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, como ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, que reemplazó a la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En consecuencia, las disposiciones de la citada Ley, que asignan atribuciones para emitir matrículas, a las Comisiones Provinciales, deben ser entendidas en el contexto de la Ley reformativa, que confieren dichas atribuciones a la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados.

En forma adicional, es pertinente considerar que la letra b) del artículo 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que constituyen recursos de la Agencia Nacional de Tránsito “b) Los provenientes de los derechos por el otorgamiento de matrículas, placas y títulos habilitantes para la operación de servicios de transporte, tránsito y seguridad vial en el ámbito nacional que no incluyan las jurisdicciones regionales, metropolitanas y municipales que asuman las competencias respectivas”; y, el inciso final del mismo artículo prevé que: “Los recursos mencionados en el literal b) serán distribuidos automáticamente conforme lo establezca el Consejo Nacional de Competencias una vez que los Gobiernos Autónomos Descentralizados asuman las competencias respectivas...”.

El ordenamiento jurídico constituye una unidad en la que cada una de sus partes debe guardar armonía con las demás, por ello, a fin de ilustrar el tema, es pertinente considerar que en materia de infracciones de tránsito, también se hace refe-

rencia a la autoridad competente para efectuar el registro del vehículo, cuando se dispone en la letra o) del artículo 139 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constituye contravención leve de primera clase, la siguiente: “o) El comprador de un vehículo automotor que no registre, en el organismo de tránsito correspondiente, el traspaso de dominio del bien, dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la fecha del respectivo contrato...”.

El domicilio fue establecido como lugar de pago del impuesto municipal a los vehículos, por el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, conforme argumenta el informe jurídico de la Municipalidad consultante; sin embargo, la norma vigente, contenida en el artículo 542 del COOTAD, no contiene tal previsión y por el contrario, determina que el impuesto a los vehículos se lo debe pagar en el cantón en que esté registrado el vehículo, que puede o no coincidir con aquel en el que su propietario tenga su domicilio.

De conformidad con el artículo 59 del Código Tributario, “Para todos los efectos tributarios, se tendrá como domicilio de las personas naturales, el lugar de su residencia habitual o donde ejerzan sus actividades económicas; aquel donde se encuentren sus bienes, o se produzca el hecho generador”.

El artículo 45 del Código Civil, define al domicilio como la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; y, el artículo 56 *ibídem*, prevé que: “El domicilio parroquial, cantonal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, etc.; y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes o decretos. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes o decretos, se adquiere o pierde según las reglas de este Título”.

Finalmente, resulta oportuno considerar que la Vigésima Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dispone que la Agencia Nacional de Tránsito y sus organismos desconcentrados, la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, la Comisión de Tránsito del Guayas y los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos o Municipales, están obligados a compartir la información de la que dispongan dentro del ámbito de su competencia.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el registro sobre la propiedad del vehículo consta en la matrícula, que según los

artículos 103 de esa Ley y 150 de su Reglamento, debe ser otorgada por el respectivo organismo de tránsito, es decir por la Agencia Nacional de Tránsito y sus órganos desconcentrados, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Octava de esa Ley, hasta que los GADs asuman las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD.

En consecuencia, el lugar donde debe pagarse el impuesto sobre los vehículos, de conformidad con lo previsto en el artículo 542 del COOTAD, es el lugar en que ha sido otorgada la matrícula del vehículo, por parte del organismo de tránsito correspondiente, pues la matrícula, según el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es el documento que registra la propiedad del automotor, registro que constituye el hecho generador del tributo, y se otorga según el artículo 103 de la misma Ley y artículo 150 de su Reglamento, por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus Unidades Administrativas o por los GADs.

De conformidad con la Transitoria Octava de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Municipalidad consultante podrá asumir competencia para otorgar matrículas, una vez que se cumpla el procedimiento de transferencia de competencias establecido en el artículo 154 del COOTAD, al que antes se hizo referencia.

No corresponde en consecuencia, considerar el domicilio del propietario del vehículo, para efectos del pago del impuesto municipal que lo grava, sino el lugar en el que el automotor hubiere sido registrado por las autoridades de tránsito, conforme se ha analizado en el presente pronunciamiento, esto es por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus órganos desconcentrados y los GADs a los que se hubiere transferido dicha competencia, quienes al momento de la matriculación cobran al contribuyente el impuesto que motiva su consulta, conforme lo prevé el artículo 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

2. El informe inicial del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADMG 004-2011 de 25 de febrero de 2011, manifiesta que “las CPTTTSV de cualquier lugar del Ecuador, deben hacer valer el comprobante de pago efectuado en el Gobierno Municipal de Gualaquiza, en caso de que la residencia del dueño del vehículo sea ésta”.

Respecto a esta consulta, en el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de

Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, se expresa el siguiente criterio:

“Las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial fueron eliminados por la Ley Orgánica Reformatoria a la LOTTTSV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, por lo que la Agencia Nacional de Tránsito ejerce sus atribuciones en las jurisdicciones provinciales a través de unidades administrativas. En este sentido, las unidades administrativas provinciales deben matricular los vehículos de transporte terrestre previo el pago de las tasas e impuestos, conforme lo previsto por el artículo 103 de la LOTTTSV, en el caso particular del impuesto a los vehículos, el mismo deberá ser cancelado en el cantón donde esté matriculado el automotor como lo señala el artículo 542 del COOTAD”.

La Constitución de la República, en el artículo 237 numeral 3, establece que corresponde al Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley, el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

Según los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

De lo expuesto se desprende, que tanto la Constitución de la República, como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, facultan al Procurador General del Estado a absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público, sobre la inteligencia o aplicación de las normas.

En el caso específico, su segunda consulta no está referida a la aplicación de normas, por lo que me abstengo de atenderla.

OF. PGE. N°: 04641, de 09-11-2011

IMPUESTOS ESTATALES: COMPETENCIA PARA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS –LEGALIDAD DE ORDENANZAS MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN QUITO

CONSULTAS:

1. “La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que corresponde absolver las consultas sobre impuestos de carácter estatal al Servicio de Rentas Internas, en el mismo sentido, correspondería absolver las consultas sobre tributos de carácter seccional a los gobiernos autónomos descentralizados, para el efecto, los municipios y distritos metropolitanos?”.
2. ¿Qué obligatoriedad tienen las absoluciones de consultas sobre impuestos estatales y seccionales absueltas por la Procuraduría General del Estado?.
3. “¿Puede pronunciarse la Procuraduría General del Estado sobre la legalidad de las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados?”.

BASES LEGALES:

- Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 338 y 339.
Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 5 num. 2.
Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 16 (derogada).
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno Art. 64.
Código Tributario Arts. 5, 9, 64, 65, 103 num. 5) y 135.
Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas Art. 7 num. 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. “1.- La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que corresponde absolver las consultas sobre impuestos de carácter estatal al Servicio de Rentas Internas, en el mismo sentido, correspondería absolver las consultas sobre tributos de carácter seccional a los gobiernos autónomos descentralizados, para el efecto, los municipios y distritos metropolitanos?”

Con relación a la primera consulta, el criterio institucional del Municipio, con fundamento en los artículos 65 y 135 del Código Tributario, concluye en el siguiente sentido:

“En razón de esto, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito ha expedido la Resolución No. A0076, vigente desde el 18 de octubre de 2002, donde se de-

lega a la Dirección Financiera Tributaria del ente municipal, ahora denominada Dirección Metropolitana Tributaria, la absolución de consultas tributarias, siendo por tanto el órgano competente en esta temática para esta función”.

El artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, determina como función del Procurador General del Estado, la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades.

La Codificación del Código Tributario, en su artículo 9 prevé que la gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias.

El artículo 64 del Código Tributario, con relación a la administración tributario central dispone:

“Art. 64.- Administración tributaria central.- La dirección de la administración tributaria, corresponde en el ámbito nacional, al Presidente de la República, quien la ejercerá a través de los organismos que la ley establezca.

En materia aduanera se estará a lo dispuesto en la ley de la materia y en las demás normativas aplicables.

La misma norma se aplicará:

1. Cuando se trate de participación en tributos fiscales;
2. En los casos de tributos creados para entidades autónomas o descentralizadas, cuya base de imposición sea la misma que la del tributo fiscal o éste, y sean recaudados por la administración central; y,
3. Cuando se trate de tributos fiscales o de entidades de derecho público, distintos a los municipales o provinciales, acreedoras de tributos, aunque su recaudación corresponda por ley a las municipalidades”.

El numeral 5 del artículo 103 del Código Tributario, entre las atribuciones generales de la administración tributaria, establece la siguiente: “5. Expedir resolución motivada en el tiempo que corresponda, en las peticiones, reclamos, recursos o consultas que presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de la administración”.

En concordancia, el Art. 135 de la Codificación del Código Tributario contiene una disposición general con relación a consultas tributarias, en el siguiente tenor:

“Art. 135.- Quienes pueden consultar.- Los sujetos pasivos que tuvieren un interés propio y directo; podrán consultar a la administración tributaria respectiva sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, en cuyo caso la absolución será vinculante para la administración tributaria.

Así mismo, podrán consultar las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, sobre el sentido o alcance de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. Las absoluciones emitidas sobre la base de este tipo de consultas solo tendrán carácter informativo.

Solo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrán validez y efecto jurídico, en relación a los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias por ésta administrados, en los términos establecidos en los incisos anteriores, por lo tanto, las absoluciones de consultas presentadas a otras instituciones, organismos o autoridades no tendrán efecto jurídico en el ámbito tributario.

Las absoluciones de las consultas deberán ser publicadas en extracto en el Registro Oficial”.

La disposición legal previamente transcrita, contiene algunas premisas que deben resaltarse. En primer término, pueden consultar únicamente los sujetos pasivos que tienen interés propio y directo (o también federaciones, asociaciones gremiales), sobre el régimen jurídico aplicable (no sobre la inteligencia de normas) a situaciones determinadas, lo que produce efecto vinculante para la administración tributaria.

Añade el segundo inciso del artículo 135 que sólo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrá validez y efecto jurídico, lo que significa que una administración tributaria no puede absolver consultas sobre tributos que le son ajenos; por ejemplo, el Servicio de Rentas Internas no puede absolver una consulta que le plantee un contribuyente sobre el pago del impuesto a los predios urbanos, como tampoco un municipio puede absolver una consulta particular que le plantee un sujeto pasivo sobre el impuesto al valor agregado. Esto no excluye las competencias que la Constitución y la Ley le otorgan a la Procuraduría General del Estado, que no es un ente de administración tributaria.

El numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República, confiere al Procurador General del Estado, la atribución de prestar el asesoramiento legal y la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector

público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

En forma concordante con la referida norma constitucional, el inciso primero del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, dispone lo siguiente: “Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional”. (Actualmente Corte Constitucional)

Los artículos 3, 62 y 79 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, establecen que el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Valor Agregado IVA y el Impuesto a los Consumos Especiales, respectivamente, son administrados por el Servicio de Rentas Internas.

El artículo 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas SRI, contempla las facultades y atribuciones del SRI y en su numeral 10, determina entre aquellas facultades “10. Las demás que le asignen las leyes”.

El Art. 7 numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, contempla, como una de las atribuciones del Director General de dicha entidad, “Absolver las consultas que se presenten de conformidad con el Código Tributario y publicar un resumen de su absolución en el Registro Oficial. Esta facultad es indelegable”.

De las disposiciones legales que he señalado, se establece que el SRI tiene la calidad de entidad encargada de la gestión tributaria central, a la que le corresponden entre otras, las facultades que le asigna el artículo 64 del Código Tributario, anteriormente citado y la potestad indelegable de absolver consultas tributarias en el ámbito de su competencia, por expresa previsión del artículo 7, numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, en concordancia con los artículos 9 y 135 del Código Tributario.

El artículo 65 del Código Tributario, con respecto a la administración tributaria seccional prevé:

“Art. 65.- Administración tributaria seccional.- En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine.

A los propios órganos corresponderá la administración tributaria, cuando se trate de tributos no fiscales adicionales a los provinciales o municipales; de participación en estos tributos, o de aquellos cuya base de imposición sea la de los tributos principales o estos mismos, aunque su recaudación corresponda a otros organismos”.

De conformidad con el artículo 135 del Código Tributario, les corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, absolver las consultas que cumplan con los presupuestos del mismo artículo 135 del Código Tributario; es decir, que sean formuladas por sujetos pasivos que tienen interés propio y directo, o por las entidades que prevé el mismo artículo, sobre el régimen jurídico aplicable a situaciones determinadas, con relación a los tributos de orden municipal o metropolitano, con efecto vinculante para la administración tributaria seccional, más no consultas tributarias sobre inteligencia de la ley o de otras normas reglamentarias, tributarias o no, puesto que dicha facultad es propia de la Procuraduría General del Estado, al tenor de los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, absolver consultas tributarias que versen sobre el régimen jurídico aplicable a situaciones determinadas con relación a tributos municipales o metropolitanos, en su orden, que sean formuladas por sujetos pasivos que tienen interés propio y directo, o por las entidades que prevé el inciso segundo del mismo artículo, sin perjuicio de la competencia de la Procuraduría General del Estado de absolver consultas jurídicas (de índole tributario o no), sobre la inteligencia o aplicación de normas legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, que formularen las máximas autoridades de los entes públicos, incluidos los propios municipios y otros gobiernos autónomos descentralizados con administración tributaria seccional.

2. En lo que respecta a la segunda consulta, se refiere a los artículos 338, 339 y 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relativos a la estructura administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados, así como la Resolución No. C0076 de 12 de diciembre de 2007, que en copia certificada se ha remitido a esta Procuraduría, ordenanza que según señala en su consulta, se expidió con fundamento en las competencias que la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito otorga al Municipio.

Con los antecedentes señalados en el párrafo precedente, concluye con relación a su segunda consulta en lo siguiente:

“En virtud de lo anterior, consideramos que al no ser la Procuraduría General del Estado el ente competente para absolver consultas en materia tributaria, no tienen efecto jurídico las absoluciones que por este ente se hagan en esta temática”.

Según quedó establecido al atender su primera consulta, el Servicio de Rentas Internas SRI tiene la facultad indelegable de absolver consultas tributarias relacionadas con los tributos que administra, por expresa previsión del artículo 7, numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, en concordancia con los artículos 9 y 135 del Código Tributario, por lo que la Procuraduría General del Estado se ha abstenido de atender consultas sobre impuestos estatales que corresponde absolver al Servicio de Rentas Internas.

En lo que respecta a los impuestos seccionales, conforme concluí en la primera consulta, las absoluciones de consultas jurídicas de índole tributario o no que efectúe la Procuraduría General del Estado, sobre la inteligencia o aplicación de normas legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, tienen el carácter de vinculante para los entes públicos, incluidos los propios municipios, por disposición expresa del artículo 237, numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

3. Finalmente, el criterio jurídico del Municipio de Quito con relación a la tercera consulta, es el siguiente:

“No corresponde a la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre la legalidad de una ordenanza, fundamentos que la misma Procuraduría General del Estado ha declarado por medio del pronunciamiento contenido en el Oficio No. 14638 de 11 de agosto de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 26 de 2010, relativo a la consulta efectuada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito sobre la Alianza Estratégica del Aeropuerto Internacional de Quito, en el que en parte se refiere a la aplicación de la Ordenanza”.

Según consta del pronunciamiento emitido por este Organismo, contenido en el oficio No. 14638 de 11 de junio de 2010, al que hace referencia el criterio jurídico municipal, se originó en las consultas formuladas por usted, sobre la Alianza Estratégica para la construcción del Aeropuerto Internacional de Quito. En dicho pronunciamiento, la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 16 de la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como el numeral 2 del mismo artículo 16 y numeral 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se abstuvo de pronunciarse con respecto del contenido de la Ordenanza Metropolitana No. 0289, publicada en el Registro Oficial No. 628, de 7 de julio de 2009, a través de los cuales la CORPAQ se creó como persona derecho público y asumió los derechos y obligaciones de la CORPAQ (corporación de derecho privado) y la Ordenanza Metropolitana No. 309, de 16 de abril de 2010, por la cual la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Régímenes Especiales asumió los derechos y obligaciones de la CORPAQ Pública.

De otra parte, conforme quedó establecido al atender la primera pregunta, la Procuraduría General del Estado tiene competencia constitucional y legal, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para emitir pronunciamientos sobre la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, es decir respecto del sentido y alcance de las normas, lo que incluye a las ordenanzas que expiden los gobiernos autónomos descentralizados, en base del correspondiente análisis jurídico aplicable a cada caso específico.

Es diferente el pronunciamiento sobre la legalidad de las ordenanzas que expiden los gobiernos autónomos descentralizados, lo que implica una declaración sobre si una determinada ordenanza es contraria a los preceptos legales; es decir si ésta atenta contra la Constitución o las leyes, lo cual no corresponde al ámbito determinado para la Procuraduría General del Estado, en la Constitución de la República y en su Ley Orgánica.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que esta Procuraduría no puede pronunciarse sobre la legalidad de las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados; en todo caso cualquier declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad, es competencia de los jueces o tribunales de la República y la Corte Constitucional, en la órbita de sus competencias.

OF. PGE. N°: 03356, de 23-08-2011

IMPUESTOS PEDIALES: EXENCIÓN A EMPRESA PALMERAS DEL ECUADOR S.A.

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SHUSHUFINDI

CONSULTA:

“¿Está obligada o no, la EMPRESA PALMERAS DEL ECUADOR S.A. como propietaria de bienes inmuebles que están situados dentro de la jurisdicción cantonal de Shushufindi, en los cuales se encuentran sembradas plantaciones de oleaginosas de ciclo largo, a pagar al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Shushufindi los impuestos prediales correspondientes a los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 en que estuvo vigente la Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, o solo está obligada a pagar este impuesto a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 301.

Constitución Política de la República del Ecuador Arts. 157 y 257 (derogada).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 520.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 312, 331, 336 lits. g) y s) (derogada).

Código Tributario Arts. 3, 31 y 68.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender la consulta planteada, mediante oficios Nos. 02046 y 02496 de 26 de mayo y 23 de junio de 2011, respectivamente, esta Procuraduría le solicitó se sirva remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Jurídico de la Entidad Edilicia que usted representa, respecto del objeto de su consulta, así como copias certificadas de la documentación que ahí se especifica; requerimientos que fueron atendidos por usted en oficio No. 294 A-GADMSFD-11 de 27 de junio de 2011, ingresado a esta Procuraduría el 29 de junio del presente año, al que adjunta el informe No. 172-AJ-GADMCSFD-2011 y el criterio jurídico suscrito por el Procurador Síndico Municipal, así como la certificación de la Tesorera Municipal de fecha 27 de junio de 2011, en la que señala que la Unidad de Tesorería de esa Municipalidad emitió los Títulos de Crédito por concepto de impuestos prediales por los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, cuyos valores no están cancelados hasta esa fecha.

En su oficio expone que la empresa PALMERAS DEL ECUADOR S.A. es una empresa que se dedica al cultivo de oleaginosas de ciclo largo, y en tal virtud, tiene en esa jurisdicción cantonal, plantaciones conocidas comúnmente como Palma Africana.

Manifiesta en su oficio que, esa Municipalidad “en uso de las facultades y competencias que le otorga la Constitución de la República y las leyes vigentes en el Territorio Ecuatoriano, a través de la Unidad de Tesorería, procedió a notificar a la empresa Palmeras del Ecuador S.A., en tres fechas distintas, haciéndole conocer que se acerquen a la Sección de Recaudación Municipal a cancelar los valores por concepto de impuestos prediales, que adeuda la mencionada empresa a esta Institución correspondiente a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010”.

Agrega en su oficio que: “Conforme se ha venido notificando a Palmeras del Ecuador, la empresa ha venido haciendo peticiones a esta institución municipal, en el sentido de que se deje sin efecto el cobro de los impuestos prediales, argumentando que el literal s) del artículo 336 de la Ley de Régimen Municipal antes vigente, excluye a la empresa PALMERAS DEL ECUADOR del pago de impuesto predial hasta el año 2010, que recién con la entrada en vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dicha empresa debe pagar el impuesto predial desde enero del 2011, criterio que no es compartido por este gobierno municipal. Otra petición hecha por el sujeto pasivo de la obligación es: que se amplíe el plazo concedido por la Dirección Financiera para el pago, hasta que la Procuraduría General del Estado se pronuncie respecto al tema”.

En el criterio jurídico institucional anexado al informe No. 172-AJ-GADMCS-FD-2011, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Shushufindi menciona los artículos 331 y 336 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, los cuales se relacionaban con el impuesto a los predios rurales y las exenciones a los predios y bienes exentos de dicho impuesto, y expresa que “la propiedad de PALMERAS DEL ECUADOR S.A. está compuesta por los dos elementos del que trata el inciso primero del art. 336 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; EL PREDIO y LA PLANTACIÓN; y si bien es cierto que el literal s) del art. 336 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal exonera el pago del impuesto de la plantación, esto no excluye a PALMERAS DEL ECUADOR S.A. al pago de los impuestos prediales que causa el suelo, predio, superficie, bien inmueble o raíz, que resulta ser el hecho generador del impuesto que reclama este gobierno municipal”.

Añade el Procurador Síndico que, en cuanto a la petición que en oficio de fecha 02 de mayo del 2011 hace el señor Fabián Miño V., Procurador Judicial de Pal-

meras del Ecuador, “se estima que es improcedente, ya que como se ha señalado antes, al hacer la lectura jurídica de los artículos 312, 331 y 336 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se establece que el hecho generador del impuesto que se reclama es la tierra y no los árboles de palma”.

Concluye el Procurador Síndico Municipal manifestando que: “La empresa PALMERAS DEL ECUADOR S.A. ESTÁ OBLIGADA COMO SUJETO PASIVO, AL PAGO DE LOS IMPUESTOS PREDIALES CAUSADOS EN LOS AÑOS 2006, 2007, 2008, 2009 Y 2010 MIENTRAS ESTUVO VIGENTE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, POR LOS BIENES INMUEBLES SITUADOS EN LA JURISDICCIÓN CANTONAL DE SHUSHUFINDI, EN LOS CUALES TIENE SEMBRADA PLANTACIONES DE OLEAGINOSAS DE CICLO LARGO, CONOCIDAS COMÚNMENTE COMO PALMA AFRICANA”.

Según se desprende de la certificación de la Tesorera del Municipio de Shushufindi de 27 de junio de 2011, adjuntada a su oficio, “La Unidad de Tesorería emitió los Títulos de Crédito por concepto de Impuestos Prediales causados por la Empresa Palmeras del Ecuador S.A. en los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010. Títulos de Crédito cuyos valores no están cancelados hasta la actualidad”.

La Constitución Política de la República vigente hasta el 19 de octubre de 2008, en el artículo 257 establecía que sólo por acto legislativo de órgano competente se podían establecer, modificar o extinguir tributos; y que las tasas y contribuciones especiales debían crearse y regularse de acuerdo con la ley.

La Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el artículo 264 numeral 5 establece que los gobiernos municipales tienen competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El artículo 301 de la vigente Constitución, dispone que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Agrega, que solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones y que las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El artículo 3 del Código Tributario prescribe que sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos y que las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El artículo 31 del referido Código, define a la exención o exoneración tributaria como “la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”.

Considerando que la consulta planteada se refiere al pago del impuesto predial rural correspondiente a los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, por los cuales la Municipalidad de Shushufindi emitió los respectivos títulos de crédito, cabe efectuar el análisis a la luz de las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que estuvo vigente en dichos períodos.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) en el Título VI, Capítulo III “Del Impuesto a los Predios Rurales”, en el artículo 331 prescribía que las propiedades situadas fuera de los límites establecidos en el artículo 312 de esa Ley (disposición referida a las propiedades ubicadas dentro de los límites de las zonas urbanas) son gravados por el impuesto predial rural; y agregaba: “Los elementos que integran esta propiedad son: tierras, edificios, maquinaria agrícola, ganado y otros semovientes, bosques naturales o artificiales, plantaciones de cacao, café, caña, árboles frutales y otros análogos”.

Respecto de la exoneración del impuesto a los predios rurales, el artículo 336 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, disponía que quedaban exentos de dicho impuesto, entre otros: “g) El valor de los bosques artificiales o naturales que ocupen terrenos de vocación forestal. Salvo los casos de árboles sembrados aisladamente, la exoneración se extenderá a los terrenos correspondientes; ...i) La parte del avalúo que corresponde al valor de las tierras puestas en cultivo dentro de bosques o zonas no colonizadas, que tengan vocación agropecuaria, y previa autorización del Ministerio de Agricultura y Ganadería; ...s) Las plantaciones perennes, tales como frutales, oleaginosas de ciclo largo, palo de balsa, barbasco, cascarilla, caucho y otras consignadas en lista que elaborará el Ministerio de Agricultura y Ganadería”.

De la normativa citada de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se desprende que estaban exentos del impuesto predial rural, entre otros, los bosque artificiales o naturales y los terrenos correspondientes a dichos bosques, el valor de las tierras puestas en cultivo dentro de bosques o zonas no colonizadas que tengan vocación agropecuaria; no así en cambio, el valor de los terrenos de las plantaciones perennes, tales como frutales, oleaginosas ciclo largo, cuya exención no se extendía a las tierras correspondientes a dichas plantaciones, al tenor de la letra s) del artículo 336 de la derogada Ley de Régimen Municipal.

Cabe tener presente, que el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 520 referido a los predios y bienes exentos del pago del impuesto predial rural, no contempla exención a las plantaciones de oleaginosas de ciclo largo que motivan su consulta y peor aún, a las tierras en que encuentren dichas plantaciones.

Por tanto, en virtud de que el artículo 257 de la derogada Constitución Política de la República establecía que sólo por acto legislativo de órgano competente se podía extinguir tributos, y el artículo 301 de la vigente Constitución de la República prescribe que solo mediante ley se pueden exonerar impuestos, se concluye que, conforme al artículo 336 letra s) de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente en los periodos 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 que motivan su consulta, las plantaciones perennes, tales como oleaginosas de ciclo largo, se encontraban exoneradas del pago del impuesto predial rural, sin que tal exoneración incluya las tierras correspondientes a dichas plantaciones.

En todo caso, la Procuraduría General del Estado no puede decidir sobre la situación particular de la EMPRESA PALMERAS DEL ECUADOR S.A., que motiva su consulta, ya que tal resolución le corresponde al Municipio del Cantón Shushufindi como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 03633, de 09-09-2011

JUBILACIÓN: FUNCIONARIOS DE CARRERA DIPLOMÁTICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES,
COMERCIO E INTEGRACIÓN

CONSULTA:

“Es procedente o no que los funcionarios públicos de carrera diplomática constantes en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior (LOSE), esto es, los de las categorías de: Primera: Embajador; Segunda: Ministro; Tercera: Consejero; Cuarta: Primer Secretario; Quinta: Segundo Secretario; y, Sexta: Tercer Secretario,

puedan acogerse al beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225 y 226.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 4, 4, 23 lits. c), e) y o), 47 lit. j), 83 lit. i), 128 y Dispos. Fin. Primera y Cuarta; y, 108, 285 y 289 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Arts. 72, 73, 128, 129, 132 y 207.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos Art. 133 (derogada).

Ley de Seguridad Social Arts. 184.

Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 04395 de 20 de octubre de 2011, esta Procuraduría le solicitó que remitiera el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, el que fue atendido por la Cartera de Estado a su cargo, en la nota No. 17734-DALGI-2011 de 25 de octubre de 2011.

Paralelamente a dicho requerimiento, mediante oficio No. 04396 de 20 de octubre de 2011, a fin de contar con los elementos necesarios para atender la consulta formulada, esta Entidad requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales con respecto al tema planteado, el cual fue atendido en oficio No. MRL-AJ-2011-01980 de 11 de noviembre de 2011, ingresado el 12 de noviembre del mismo año, suscrito por el Viceministro del Servicio Público.

En el mencionado informe del Ministerio de Relaciones Laborales, el Viceministro del Servicio Público, con fundamento en el cuarto párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3, 23 letras c), e) y o); 47 letra j); 83 letra i), 128; y, Disposiciones Finales Primera y Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público; artículos 72, 128, 132, 207 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior; artículo 184 de la Ley de Seguridad Social; y, artículo 11 del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, emitido por el Consejo del IESS mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225, de 9 de marzo de 2006, concluye manifestando que: "Bajo el principio constitucional de que son servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, principio que es recogido por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los artículos 128 y 132 de la Ley Orgá-

nica del Servicio Exterior, (Ley expedida con anterioridad a la LOSEP), conducen a que los funcionarios del servicio exterior gocen de los derechos comunes para todos los servidores públicos que contempla la LOSEP, (consideración hecha conforme a la Primera y Cuarta Disposiciones Finales de ésta Ley), como es el de gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley, y recibir indemnizaciones por retiro voluntario para acogerse a la jubilación”.

En el dictamen No. 471-DALGI-2011 de 26 de septiembre de 2011, suscrito por el Director de Asuntos Legales de Gestión Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, dirigido a la Directora de Administración de Recursos Humano, que contiene el criterio jurídico sobre la procedencia de aplicar el beneficio de jubilación al personal de la carrera diplomática al amparo del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el acápite 2.20, manifiesta:

“Del tenor literal del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que el beneficio de jubilación ahí señalado, es aplicable para todos los servidores establecidos en el Art. 3 de la LOSEP, entre los cuales, “solo” se encuentra el personal administrativo y auxiliar del Servicio Exterior, más no el personal de la Carrera Diplomática, por lo que, en aplicación al principio de legalidad consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la República, no podría aplicarse para el personal diplomático”.

Se agrega en la parte final de dicho informe que: “es criterio de esta Dirección de Asuntos Legales de Gestión Interna que las funcionarias y funcionarios públicos de Carrera Diplomática, amparados en la Ley Orgánica del Servicio Exterior (LOSE), no se encuentran inmersos en el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), por tanto, no es aplicable al beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la LOSEP”.

Entre la documentación que ha sido remitida consta el oficio No. MRL-AGTH-2011-EDT00634 de 20 de septiembre de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, dirigido a la Coordinadora General Administrativa Financiera del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, quien, mediante oficio No. MRECI-CGAF-DARH-2011-939 de 10 de agosto de 2011, consulta al Ministerio de Relaciones Labores sobre la procedencia de incluir al personal del Servicio Exterior en el plan de compra de renuncia dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Servicio Público.

En el mencionado informe del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, concluye manifestando lo siguiente: “Por tanto, conside-

rando la aplicabilidad general de la Ley Orgánica del Servicio Público en materia remunerativa e ingresos complementarios, en todos los organismos detallados en el artículo 225 de la Constitución de la República; así como, lo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Exterior en cuanto a la aplicación de leyes generales y reglamentos sobre el servicio civil y carrera administrativa, en los planes institucionales de compra de renuncia se podrán tomar en cuenta a las y los servidores amparados por la Ley Orgánica del Servicio Exterior”.

De igual manera, dentro de la documentación que se adjunta al oficio de consulta consta el oficio circular No. MRL-DSMUATH-2011-0006116 de 19 de abril de 2011, del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, dirigido a todos los Ministros de Estado, Secretarios Nacionales, Directores de la Función Ejecutiva y sus Entidades Adscritas y Dependientes, en el cual se manifiesta: “Por lo expuesto, en el evento que un servidor público requiera acceder al beneficio de jubilación determinado en el artículo 129 y regulado por el artículo 81, el pago de la compensación tomará en cuenta todos los años de servicio en el Sector Público, tomando en consideración que el jubilado que ya hubiere recibido este beneficio no podrá acceder a éste nuevamente. De ninguna manera si la Institución no cuenta con la disponibilidad presupuestaria para el beneficio de jubilación, desvinculará al servidor de su puesto de trabajo hasta poder cubrir el beneficio de su compensación económica”.

El artículo 229 de la Constitución de la República, establece que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Similar disposición prevé el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El artículo 3 de la LOSEP, ubicado en el Capítulo Único del Título I, relativo a los principios, ámbito y disposiciones fundamentales del servicio público, dispone que el ámbito de aplicación de dicha normativa es de aplicación obligatoria, “en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”.

Por su parte, el cuarto párrafo posterior al numeral 4 del mencionado artículo 3 de la LOSEP, agrega que: “En razón de las especificaciones propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas”.

La parte final del citado cuarto párrafo posterior al numeral 4 del Art. 3 de la LOSEP, establece que: “se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración...”.

Dentro de este contexto general, el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“Art.- 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

i) Las servidoras y servidores sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Exterior.

...Las servidoras y servidores comprendidos en los literales de este artículo, no estarán sujetos a los procesos de evaluación de desempeño determinados en esta Ley, respecto de lo cual aplicarán sus propias leyes, en donde se contemplarán sus procesos de evaluación.

Lo establecido en los capítulos 2 y 3 del Título II de esta ley será de observancia obligatoria bajo todos los regímenes previstos en la misma”.

Los capítulos 2 y 3 del Título II de la LOSEP, a los que se remite el inciso final del artículo 83 de esa Ley, se refieren a las prohibiciones de nepotismo, pluriempleo, así como a las inhabilidades para el desempeño de cargos o dignidades en el sector público, que son normas de aplicación general para todos los servidores públicos. En el mismo sentido, la Disposición General Tercera de la LOSEP, prevé que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el artículo 3 de dicha Ley Orgánica.

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

Con esta precisión, debe entenderse que si bien los servidores de la carrera diplomática están excluidos de la carrera del servicio público, ello no significa que no sean parte del servicio público que comprende las instituciones establecidas

en el Art. 3 de la LOSEP, entre las cuales se encuentra la Función Ejecutiva de la cual son parte los servidores de la carrera diplomática, en virtud de que su designación proviene del Ministro de Relaciones Exteriores, de conformidad con el Art. 74 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior. Lo dicho se corrobora, al disponer el Art. 132 de la referida Ley Orgánica, que los funcionarios del servicio exterior gozan de los derechos establecidos por la presente Ley, de los comunes a los funcionarios públicos determinados en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (actual Ley Orgánica del Servicio Público), así como de los reconocidos por otras leyes y por la práctica y el derecho internacional.

En el caso de servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público, además de las disposiciones generales establecidas por la LOSEP, se rigen por sus leyes específicas, que establecen requisitos también específicos para cada carrera; por ello, no se podría concluir que los servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público regulada por la LOSEP, quedan privados de los derechos generales establecidos para los servidores de carrera por la LOSEP, y entre ellos, la estabilidad determinada por el artículo 81 de esa Ley Orgánica, pues ello sería errado, en virtud de que, conforme se ha analizado, dicha Ley Orgánica contiene regulaciones generales aplicables a todo servidor de carrera.

Por la misma razón, tampoco se puede concluir, que a los servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público que regula la LOSEP, como los funcionarios del servicio exterior, sólo les son aplicables las disposiciones de la LOSEP contenidas en los capítulos 2 y 3 de su Título II, pues ello excluiría la aplicación de otros títulos de esa Ley, que también contienen normas generales, como por ejemplo el Título II que establece los deberes, derechos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, o el Título XI que regula las remuneraciones e ingresos complementarios, entre otros.

De conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, quedan sometidos a las disposiciones que regulan la carrera diplomática los puestos del servicio exterior, de los que se excluyen los puestos técnicos, administrativos y honorarios, que según el segundo inciso del artículo 74 *ibídem*, están sujetos a la LOSCCA, actualmente sustituida por la LOSEP.

Cabe señalar que el artículo 133 de la derogada Codificación de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), estableció el beneficio por jubilación a favor del personal que renuncie para acogerse a jubilación.

En cuanto a los derechos de los funcionarios públicos determinados en la Ley Orgánica del Servicio Público, el Art. 23 de la LOSEP, reconoce como derechos de los servidores públicos, entre otros: "...c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;...e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley".

El Art. 128 de la referida Ley Orgánica, establece que los servidores públicos "podrán acogerse a la jubilación definitiva cuando hayan cumplido con los requisitos de jubilación que establezcan las Leyes de Seguridad Social".

El Art. 129 de la LOSEP, ubicado en el Capítulo 2 del Título IX, referido a las remuneraciones, establece que los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esa Ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, "tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total".

Del tenor literal del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, antes referido, se desprende que el beneficio por jubilación ahí señalado, es aplicable para todo el servicio público del cual forman parte los servidores mencionados en el Art. 3 de la LOSEP, entre los cuales se encuentra en el numeral primero, "Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva", al cual pertenecen los funcionarios públicos de la carrera diplomática establecidos en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, esto es, los de las categorías de: Primera: Embajador; Segunda: Ministro; Tercera: Consejero; Cuarta: Primer Secretario; Quinta: Segundo Secretario; y, Sexta: Tercer Secretario.

Para efectos del pago de dicho beneficio, el cálculo se debe realizar por cada año de servicio contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total; es decir, que el quinto año de servicio es la base o piso del beneficio a que tiene derecho el servidor que se acoja a la mencionada compensación.

Con posterioridad, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su artículo 108 prescribe que la Unidad de Administración del Talento Humano establecerá los planes de jubilación dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria. Agrega, que el servidor que deseara acogerse a los planes de cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos.

El artículo 285 del citado Reglamento, relativo a las disposiciones para las compensaciones económicas e indemnizaciones, en el inciso segundo, dispone: “Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar”.

Asimismo, el inciso tercero del artículo 289 del mencionado Reglamento, dispone que cuando los servidores se acogieren a dichos planes (entiéndase compensación por jubilación y retiro no obligatorio y compensación por jubilación y retiro obligatorio previstas en los artículos 288 y 289 del Reglamento a la LOSEP) “los valores a reconocerse de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP, serán establecidos considerando para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar”.

Del contenido de los artículos 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 285 y 289 de su Reglamento de aplicación, se desprende que para el cálculo de las compensaciones por jubilación obligatoria y no obligatoria, se deberá tomar en cuenta los años laborados por el servidor en el sector público, y el pago por dicha compensación deberá hacerse efectivo a partir del quinto año de servicios prestados en el sector público, debiendo además reconocerse la parte proporcional a que hubiere lugar. El monto total por dicho beneficio es de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP, el servidor deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188 establecen los requisitos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria de vejez y por edad avanzada.

Asimismo, el servidor deberá cumplir con los requisitos previstos en “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”, que en su artículo 1 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

De la normativa citada, se desprende que el derecho al beneficio por jubilación previsto en el artículo 129 de la LOSEP, procede cuando los servidores públicos cumplan con los requisitos para la jubilación establecidos en la Ley de Seguridad

Social y en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”.

Por tanto, de conformidad con el Art. 132 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior que dispone que los funcionarios del servicio exterior gozan de los derechos establecidos por la Ley Orgánica del Servicio Exterior y de los comunes a los funcionarios públicos, establecidos en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (actual Ley Orgánica del Servicio Público), se concluye que del personal de carrera del servicio exterior previsto en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, esto es, los de las categorías: Primera: Embajador; Segunda: Ministro; Tercera: Consejero; Cuarta: Primer Secretario; Quinta: Segundo Secretario; y, Sexta: Tercer Secretario, gozan de los derechos comunes a los funcionarios determinados en la Ley Orgánica del Servicio Público; razón por la cual, tienen derecho al beneficio por jubilación previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, siempre y cuando cumplan con los requisitos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social y en el Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, antes mencionados.

Corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, regular y controlar la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en la Ley Orgánica del Servicio Exterior, de conformidad con el antepenúltimo inciso del artículo 3 de la LOSEP, que dispone: “En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas”.

OF. PGE. N°: 05537, de 20-12-2011

JUBILACIÓN: PERSONAL QUE PERCIBE RETIRO MILITAR

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CONSULTA:

“...Si el criterio contenido en su oficio No. 01768, de fecha 12 de mayo de 2011, debe ser aplicado al personal que percibe retiro militar y que presta servicios en el Ministerio de Defensa Nacional”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 141 y 229.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 81 y 129.

Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Art. 24.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos Art. 134 (derogada).

Ley del Seguro Social Obligatorio Art. 242 (derogada).

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Arts. 15, 21 y Disp. Trans. Segunda.

Res. 17 R. O. N° 102 de 11-06-2007 Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05227 de 29 de noviembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de la documentación a la que hace referencia su consulta. El referido requerimiento se realizó de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de esta Entidad, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: “al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente”.

El requerimiento de esta Procuraduría ha sido atendido con oficio No. SUF-2011-1260-OF de 7 de diciembre de 2011, ingresado al día siguiente.

El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 01768 de 12 de mayo de 2011, al que alude su consulta, está relacionado con la aplicación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece el beneficio por jubilación, respecto de los servidores del Ministerio

de Coordinación de la Seguridad Interna y Externa, que perciben pensiones de retiro militar.

El informe jurídico de la Entidad consultante, contenido en memorando No. JUR-2011-0969-ME de 17 de noviembre de 2011, que se ha acompañado a la comunicación inicial de consulta, expone que el Comandante General de la Fuerza Naval, mediante oficio No. COGMAR-JUR-816-2011 de 26 de septiembre de 2011, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, ha solicitado que se aclare el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 01768 de 12 de mayo de 2011, a fin de determinar si es “aplicable para esta Fuerza y para todas las Instituciones dependientes de la Cartera de Estado que usted representa”.

Según se desprende del texto del oficio del Comandante General de la Fuerza Naval, la aclaración se requiere en virtud de que el referido pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado se ha referido únicamente al personal militar que presta servicios en el Ministerio Coordinador de la Seguridad Interna y Externa.

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, argumenta que tanto el Ministerio Coordinador de Seguridad Interna y Externa como el Ministerio de Defensa Nacional son parte de la Función Ejecutiva, de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de la República; y, añade que, el artículo 229 de la citada Constitución, incluye en la definición de servidores públicos, a todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El informe jurídico agrega que, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, establecido por el artículo 3 de esa Ley, el numeral 1 incluye a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva.

Añade que en el Ministerio de Defensa Nacional existe personal que percibiendo pensión de retiro militar, se encuentra laborando en calidad de servidor público y que anteriormente estuvo regulado por la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA); y, que dicho personal “fue sometido a evaluación, calificación y selección, de acuerdo con las necesidades institucionales, con aplicación del Art. 133, cuyo inciso final manifestaba: “Los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus

pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América”.

Sobre dicha base, el informe jurídico de la Entidad consultante concluye que, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 01768 de 12 de mayo de 2011 “también es aplicable al personal que percibe retiro militar y que presta servicios en el Ministerio de Defensa Nacional.”

El artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece el beneficio por jubilación en los siguientes términos:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

En el pronunciamiento contenido en oficio No. 01768 de 12 de mayo de 2011, concluí expresando que:

“El estímulo por jubilación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP, constituye un incentivo para que los servidores públicos opten por acogerse a la jubilación y retirarse del servicio público, por lo que se colige que es un beneficio distinto de la pensión de retiro que del tenor del artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, es una prestación que consiste en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo de las Fuerzas Armadas mediante la baja y que acredita un mínimo de veinte años de servicio activo y efectivo en la Institución”.

En el mismo pronunciamiento agregué que: “En consecuencia, se concluye que el personal del Ministerio Coordinador de la Seguridad que, percibiendo pensión de retiro militar, haya reingresado al sector público, puede percibir el beneficio previsto por el artículo 129 de la LOSEP, siempre que cumplan con los requisitos de edad y número de imposiciones al seguro social para acogerse a la jubilación, conforme a la Ley de Seguridad Social y las Resoluciones del Consejo Directivo del IESS citadas en la absolució n de la consulta que se aclara.”

Con dicho pronunciamiento se atendió la consulta formulada por el Ministro Coordinador de la Seguridad Interna y Externa mediante oficio No. MICS-D-2011-0299 de 7 de abril de 2011, relacionada con la aplicaci3 n del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Pú blico, antes transcrito, que establece el pago de un beneficio económico al servidor que se acoja a la jubilaci3 n.

La consulta tenía por objeto determinar, si dicho beneficio es aplicable respecto del personal militar que habiendo integrado las Fuerzas Armadas, presta servicios en esa Secretarí a de Estado, de ahí que el pronunciamiento hizo referencia al personal del Ministerio Coordinador de Seguridad Interna y Externa, en virtud de que a dicho personal estaba referida la consulta en forma concreta.

Entre los antecedentes expuestos en la consulta formulada por el Ministerio Coordinador de Seguridad Interna y Externa se manifestó que, varios militares ingresaron a la carrera administrativa, en aplicaci3 n del artículo 15 de la Ley de Seguridad Pú blica y del Estado, que permiti3 que los organismos de trabajo del Consejo de Seguridad Nacional se integren con personal civil y militar especializado y previamente calificado; y, que la Disposici3 n Transitoria Segunda de la Ley de Seguridad Pú blica y del Estado estableci3 que los servidores pú blicos que vení an prestando sus servicios en la Secretarí a General del COSENA, bajo nombramiento o contrato, previo a un proceso de evaluaci3 n, calificaci3 n y selecci3 n de acuerdo a los requerimientos y aplicaci3 n de los fines de esa Ley, pasen a formar parte del Ministerio de Coordinaci3 n de Seguridad o quien haga sus veces.

El pronunciamiento consider3 en el aná lisis el artículo 134 de la derogada Codificaci3 n de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificaci3 n y Homologaci3 n de las Remuneraciones de los Servidores Pú blicos (LOSCCA), que estableci3 el beneficio por jubilaci3 n como un estímulo para el personal que renuncie para acogerse a la jubilaci3 n; y, en su segundo y tercer incisos previ3 que en caso de reingreso al servicio pú blico, “el jubilado no tendrá derecho a este beneficio”, esto es al beneficio por jubilaci3 n; y, que “los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector

público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América”.

Se agregó que, el artículo 242 de la derogada Ley del Seguro Social Obligatorio, previó que para efectos de las prestaciones del IESS, los tiempos de servicios militares podían sumarse a los tiempos de servicios públicos o privados. Dicha norma disponía:

“Art. 242.- Cómputo de tiempos de servicios civiles y militares.

Los tiempos de servicios militares podrán sumarse con tiempos de servicios civiles: públicos o privados, para efecto de las prestaciones por invalidez, vejez, retiro militar y muerte.

Si el tiempo del servicio militar fuere mayor que el tiempo de servicio civil público, la Caja Militar otorgará las prestaciones de acuerdo con su Ley, siempre que con solo esos dos tiempos se cumplan las condiciones exigidas en la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas. En este caso el IESS transferirá a la Caja Militar, los aportes personales y patronales; y, esta última, calculará la prestación considerando todos los tiempos de imposiciones civiles: públicas y privadas, y militares, como tiempo militar.

Si el tiempo de servicio militar fuere mayor que el tiempo de servicio civil público, pero sumando estos dos tiempos no se cumplieren las condiciones exigidas por la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas para tener derecho a la prestación, o si dicho tiempo militar fuere menor que el civil público, podrán sumarse los tiempos de servicios civiles, tanto públicos como privados, afectos al Régimen del Seguro Social, pero en tales casos la pensión correrá a cargo de este último, siempre que se cumplan las condiciones de edad y tiempos de servicio exigidas en esta Ley y su Estatuto. En estos casos, la Caja Militar transferirá al IESS los aportes personales y patronales correspondientes, considerando, para efecto de los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, todos los tiempos de imposiciones civiles: públicas y privadas, y militares, como tiempo civil”.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, cuyo análisis se incluyó en el pronunciamiento de la referencia dispone que: “Cuando el militar se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”.

Se consideró además que el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determina la edad de retiro voluntario (65 años de edad) y obligatorio (70 años

de edad) del servicio público; y, el artículo 129 de la misma Ley, sobre el que trata la consulta, establece el beneficio por jubilación.

Con relación al beneficio por jubilación, el Ministerio de Relaciones Laborales mediante oficio circular No. MLR- DSMUATH-2011-0006116 de 19 de abril del 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, dirigido a los Ministros de Estado, Secretarios Nacionales, Directores de la Función Ejecutiva y de las Entidades Adscritas y Dependientes, expresa lo siguiente:

“Por lo expuesto, en el evento que un servidor público requiera acceder al beneficio de jubilación determinado el artículo 129 y regulado por el artículo 81, el pago de la compensación tomará en cuenta todos los años de servicio en el Sector Público, tomando en consideración que el jubilado que ya hubiere recibido este beneficio no podrá acceder a éste nuevamente. De ninguna manera si la Institución no cuenta con la disponibilidad presupuestaria para el beneficio de jubilación, desvinculará al servidor de su puesto de trabajo hasta poder cubrir el beneficio de su compensación económica”.

El análisis de las normas que se han citado en los párrafos precedentes, permitió concluir en el pronunciamiento de la referencia, que los servidores que ya hayan percibido el beneficio por jubilación, no pueden acceder nuevamente al mismo, en virtud de que dicho estímulo económico, de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP, constituye un incentivo para que los servidores públicos opten por acogerse a la jubilación y se retiren del servicio público. Se concluyó además, que el beneficio por jubilación es una prestación distinta de la pensión de retiro que, al tenor del artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, consiste en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo de las Fuerzas Armadas mediante la baja y que acredita un mínimo de veinte años de servicio activo y efectivo en la Institución.

Sobre la base normativa referida se concluyó que el personal del Ministerio de Coordinación de la Seguridad Interna y Externa, que percibiendo pensión de retiro militar haya reingresado al sector público, puede recibir el estímulo por jubilación establecido por el artículo 129 de la LOSEP, siempre que cumpla con los requisitos de edad y número de imposiciones al seguro social para acogerse a la jubilación, conforme a la Ley de Seguridad Social y las respectivas Resoluciones del Consejo Directivo del IESS.

Del informe de la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Defensa, se desprende que personal militar que percibe pensión de retiro, presta servicios a esa Secretaría de Estado, en calidad de servidores públicos; y, por tanto, se

encuentra en idénticas condiciones (de reingreso al servicio público) como el personal militar al que se refirió la consulta del Ministro Coordinador de la Seguridad Interna y Externa, que fue absuelta con el pronunciamiento de la referencia.

En atención a los términos de su consulta se concluye que idéntico criterio al contenido en el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 01768, de fecha 12 de mayo de 2011, relacionado con la aplicación del artículo 129 de la LOSEP, que establece el beneficio por jubilación, puede ser aplicado al personal que percibe retiro militar y que presta servicios en el Ministerio de Defensa Nacional, siempre que dicho personal cumpla con los requisitos de edad e imposiciones efectuadas al IESS para acogerse a jubilación.

La responsabilidad sobre el cálculo del beneficio, corresponde exclusivamente a los funcionarios de la Entidad consultante, y conforme al citado artículo 129 de la LOSEP, se debe efectuar a partir del quinto año de servicios en el sector público.

OF. PGE. N°: 05562, de 22-12-2011

JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: NATURALEZA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“¿ La Junta Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y de la Adolescencia del cantón Loja, pertenece o es parte de la institucionalidad Municipal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 35 y 341.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. j), 148 y 249.

Código de la Niñez y Adolescencia Art. 192 num. 1, 195, 205 y 207.

Res. N° 032 CNNA-2008 R.O. N° 455 de 28-10-2008 Arts. 1, 2, 3 y 4.
Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Loja Arts. 13, 14, 15 y 27.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se adjunta el criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, que consta en el oficio No. 0425-AJM-2011 de 23 de mayo de 2011, y expresa lo siguiente: “La Junta Cantonal de Protección de Derechos, está creada por ley- Código de la Niñez y de la Adolescencia-; así mismo este cuerpo legal ordenaba la conformación, que en ningún caso significa que estos son parte de la institucionalidad Municipal, es decir la Municipalidad acató la disposición legal que establece el Art. 205, del referido cuerpo legal y cumplió su responsabilidad- la de conformarlos-”.

Concluye el informe de la Procuradora Síndica Municipal manifestando que: “Es criterio de esta Procuraduría que de conformidad a la normativa legal citada, la Junta cantonal de Protección de Derechos, no es parte del Municipio de Loja. El Gobierno Cantonal dio estricto cumplimiento con su responsabilidad de conformarlos, por disposición expresa de ley”.

La Procuraduría General del Estado, con el oficio No. 02226 de 10 de junio de 2011, requirió a usted el envío de copia certificada de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el cantón Loja y de toda la documentación relacionada con el objeto de su consulta, lo que fue atendido con el oficio No. 01208 A-2011 de 29 de junio de 2011, ingresado el 7 de julio del presente año.

La Constitución de la República, en el Art. 35 dispone que las niñas, niños y adolescentes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, así como las víctimas de violencia doméstica, sexual y maltrato infantil.

La Carta Constitucional, en el inciso tercero del Art. 341 prevé: “El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema de las instituciones públicas, privadas y comunitarias”.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el numeral 1 del Art. 192 dispone que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está integrado por tres niveles, entre los cuales constan los Organismos de definición, planificación y evaluación de políticas, integrados por el Consejo Na-

cional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y los Organismos de Protección, defensa y exigibilidad de derechos, integrados, entre otros: “a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos”.

El Art. 195 del mismo Código, entre las funciones de dicho Consejo Nacional, en la letra d) le asigna: “Promover la creación y fortalecimiento orgánico funcional de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos”.

El Art. 205 de indicado Código prescribe que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos “son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón. Las organizará cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial, según sus planes de desarrollo social. Serán financiadas por el Municipio con los recursos establecidos en el presente Código y más leyes”.

De acuerdo con el Art. 207 del referido Código, la Junta Cantonal de Protección de Derechos se integrará con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, los que serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

De las normas del Código de la Niñez y Adolescencia que anteceden se determina que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado, entre otros, por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos; estas últimas como órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcionales, organizadas y financiadas por cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial e integradas por miembros elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con fecha 3 de octubre de 2008, expidió la Resolución No. 032 CNNA- 2008, publicada en el Registro Oficial No. 455 de 28 de octubre de 2008, que contiene la Directriz de Organización, Conformación y Funcionamiento de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, que en el Art. 1 dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Naturaleza jurídica.- Las juntas cantonales de protección de derechos son instancias municipales, cuya competencia pública es la protección de derechos individuales y/o colectivos, en fase administrativa, de niños, niñas y adolescentes del respectivo cantón, en los casos de amenazas y/o violaciones de sus derechos, a través de la sustanciación del Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos.

Dependen orgánica y financieramente del Municipio respectivo y cuentan con autonomía administrativa y funcional para desempeñar sus competencias y funciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, lo que significa que para el cumplimiento de sus funciones y su organización administrativa actúan sin injerencia de ningún otro organismo y/o autoridad”.

Según el Art. 2 de la indicada Resolución, las juntas cantonales de protección de derechos son organizadas por el Municipio respectivo a nivel cantonal o parroquial, y el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencias elige a sus miembros principales y suplentes a través de un concurso público de méritos y oposición.

El Art. 3 de la Resolución No. 032 citada prevé lo siguiente:

“Art. 3. Financiamiento.- Las juntas cantonales de protección de derechos al ser instancias municipales, serán financiadas por sus respectivos municipios en base a sus necesidades, según establece la ley. Para el efecto las juntas cantonales de protección de derechos deben incorporarse a la estructura municipal a través de su ubicación en su orgánico funcional dentro del ámbito social y será considerado como gasto de inversión.

Por su parte, el Art. 4 de la Resolución No. 032-CNNA-2008 dispone lo siguiente:

“Art. 4.- Integración.- Las juntas cantonales de protección de derechos se integran con 3 miembros principales y sus respectivos suplentes mediante la resolución del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia que los elige. Esta resolución debe ser notificada al Municipio respectivo para el trámite posterior de acción de personal en su Unidad de Recursos Humanos, lo que legitima su actuación. Sus miembros son funcionarios públicos que deben estar sujetos bajo la LOSCCA (Actual Ley Orgánica del Servicio Público) y por la carga de responsabilidad que conlleva el desempeño de sus competencias y funciones deben tener nivel directivo”.

De la normativa citada se establece que la Resolución No. 032-CNNA-2008, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 1 y 3, prevé que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son instancias municipales que dependen orgánica y financieramente del Municipio respectivo y que deben incorporarse a la estructura municipal a través de su ubicación en su orgánico – funcional.

La Municipalidad de Loja, con fecha 19 de junio de 2006, expidió la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protec-

ción Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Loja, que en el Art. 13 respecto de la Junta Cantonal de Protección de Derechos dispone lo siguiente:

“Art. 13.- La Junta Cantonal de Protección de Derechos es un organismo de nivel operativo con autonomía administrativa y funcional que tiene como objetivo la protección y restitución de los derechos individuales y colectivos de niños, niñas y adolescentes”.

En el Art. 14 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, constan las Funciones de la Junta Cantonal de Protección de Derechos, que son similares a las previstas en el Art. 206 del Código de la Niñez y Adolescencia, que quedó citado.

La mencionada Ordenanza, en el Art. 15, integra la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Loja, con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia; durarán tres años en sus funciones pudiendo ser reelegidos por una sola vez, para cuyo efecto dicho Concejo dictará el reglamento pertinente, y el Art. 27 establece su financiamiento, de conformidad con el Art. 299 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 54, entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, en la letra j) le señala implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, “lo cual incluirá la conformación de los consejos cantonales, juntas cantonales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria...”.

El Código Orgánico citado, en el Art. 148 en cuanto al ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia dispone:

“Artículo 148.- Ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia.- Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, este Código y el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción determinado en este Código para

cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos”.

Por su parte, el Art. 249 del COOTAD, prevé que no se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado si en el mismo no se asigna, por lo menos el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria, que incluye a las niñas, niños y adolescentes.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 192 y 205 del Código de la Niñez y Adolescencia, según los cuales el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, constituidas con autonomía administrativa y funcional, organizadas y financiadas por cada municipalidad; y los artículos 54 letra j) y 148 del COOTAD que facultan a los gobiernos autónomos descentralizados municipales para conformar dichas juntas para la protección de los derechos de grupos de atención prioritaria, se concluye que la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del cantón Loja, es una instancia municipal que pertenece en su estructura orgánica y financiera a esa Municipalidad.

Sobre la organización y funcionamiento de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia ya me pronuncié en el oficio No. 14050 de 13 de mayo de 2010.

OF. PGE. N°: 03591, de 07-09-2011

LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS: PREVALENCIA DE LA LEY –VIGENCIA DE ORDENANZAS

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. “¿Se puede considerar a la Ley de Defensa contra Incendios, en vigencia, como la ley especial que señala el COOTAD?”

2. “¿Las Ordenanzas Municipales No. 039 y 114 están vigentes para el CB-DMQ?”

3. “¿El Consejo de Administración y Disciplina determinado en el artículo 7, de la Ley de Defensa contra Incendios, es el que debe asumir las funciones y atribuciones establecidas en la misma?”

4 y 5. “¿Con la emisión del COOTAD se deroga el artículo 13 de la Ordenanza Metropolitana No. 039 del Distrito Metropolitano de Quito?”

“En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿Qué pasaría con las decisiones y resoluciones adoptadas por parte del Directorio del CB-DMQ, a partir del 20 de octubre del 2010?”

6. “El CB-DMQ al ser una entidad con autonomía, administrativa y financiera, presupuestaria y operativa en los términos constantes en el COOTAD artículo 140, ¿puede formar parte de la estructura de la Secretaría de Seguridad y Gobernabilidad creada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 260, 264 num. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 y 140.

Código Civil Arts. 37 y 38.

Ley de Defensa Contra Incendios Art. 7.

D. E. N° 578 de 27-04-2009.

D. E. N° 1560.

D. E. N° 1670.

O. M. N° 039 Art. 1.

O. M. N° 114 R. O. N° 295 de 18-03-2004.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. 196-DJ-CBDMQ-2011 de 6 de julio de 2011, remitido a pedido nuestro, expone que “La Ley de Defensa contra Incendios codificada en 1979, está vigente ya que no ha sido derogada, por lo que se la consideraría como la ley especial que señala el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización – COOTAD...”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que la Constitución Política de 1998, no contenía ninguna norma sobre control de incendios,

materia que estaba regulada exclusivamente por la Ley de Defensa contra Incendios, cuyo artículo 1 disponía: “El Servicio de Defensa contra Incendios lo hará el Ministerio de Bienestar Social a través de los cuerpos de bomberos, de acuerdo con esta Ley y su Reglamento General”.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la vigente Constitución de la República, el numeral 13 de su artículo 264, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para: “Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios.” Idéntica previsión consta en la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). En concordancia, el inciso final del artículo 140 del citado COOTAD dispone que:

“La gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se ejercerá con sujeción a la ley que regule la materia. Para tal efecto, los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos”

Es pertinente considerar que, de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República, “El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

Por ello, atento el carácter de servicio público en que consiste la defensa contra incendios, mediante Decreto Ejecutivo No. 1670, publicado en el Registro Oficial No. 578 del 27 de abril del 2009, esto es luego de la promulgación de la vigente Constitución de la República, se asignó a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos (actual Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos), las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones que la Ley de Defensa contra Incendios establece para el Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES.

Del análisis que precede se concluye que, sin perjuicio de las atribuciones de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos a la que mediante Decreto 1670 se han transferido las funciones que la Ley de Defensa contra Incendios establecía para el Ministerio de Bienestar Social, de conformidad con el numeral 13 del

artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del COOTAD, la defensa contra incendios es competencia de las municipalidades; y, según el artículo 140 del COOTAD, es una actividad que corresponde ejecutar a los cuerpos de bomberos, como entidades adscritas de los respectivos municipios, observando “la ley que regula la materia”.

La derogatoria de la Ley puede ser expresa o tácita, según el artículo 37 del Código Civil; expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua y tácita “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

El inciso final del citado artículo 37 del Código Civil prevé que “la derogación de una ley puede ser total o parcial”; y, el artículo 38 dispone que “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”

La Ley de Defensa contra Incendios no ha sido derogada en forma expresa, sin embargo, la competencia en esa materia ya no corresponde únicamente al gobierno central, a través del Ministerio de Bienestar Social (hoy Inclusión Económica y Social), en virtud de que se ha asignado a las Municipalidades, por el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del vigente COOTAD, dejando vigente en la Ley de Defensa contra Incendios, las demás normas que rigen esa materia.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD.

2. El informe jurídico de la entidad consultante expone que: “Las Ordenanzas Nos. 039 de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, así como la 114 reformatoria a la 039, se encuentran vigentes en virtud de haber sido expedidas para regular y normar las funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos que el Ministerio de Bienestar Social, en su momento transfirió al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en diciembre de 1999, cuando se expidió el Decreto Ejecutivo No. 1560, ratificado con el Decreto Ejecutivo No. 1670, del mismo año, con el cual se asigna a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos, las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones, que la Ley de Defensa contra Incendios establecía para el Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES, sin perjuicio de la transferencia de competencias efectuadas a los diversos municipios del país, que se ratifican. Los referidos cuerpos legales no han sido derogados por el órgano legislativo que los expidió, por lo que siguen vigentes”.

La Ordenanza Metropolitana No. 39 de “Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Quito”, sobre la que trata su consulta, está publicada en el Registro Oficial No. 175 de 2 de octubre del año 2000 y fue reformada por la Ordenanza Municipal No. 114, publicada en el Registro Oficial No. 295 de 18 de marzo de 2004.

Las dos Ordenanzas fueron expedidas antes de la promulgación del vigente COOTAD, cuyo artículo 140 citado al atender su primera pregunta, dispone que los cuerpos de bomberos del país, serán entidades autónomas pero adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y funcionarán observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos.

El artículo 1 de citada Ordenanza Metropolitana No. 39, sustituido por Ordenanza Municipal No. 114, dispone:

“Art. 1.- CONSTITUCION.- El Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, se constituye como una Institución de derecho público, descentralizada, con autonomía administrativa, operativa, financiera y personería jurídica propia conforme a la Ley, adscrito al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Regulará sus procedimientos en base a lo establecido en la Ley de Defensa Contra Incendios y sus reglamentos en lo aplicable, la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano, la Ley de Régimen Municipal, las ordenanzas expedidas por el Concejo Metropolitano y las resoluciones emitidas por el Directorio y por el Alcalde Metropolitano de Quito”.

En armonía con lo analizado al atender su primera consulta, se concluye que las Ordenanzas Metropolitanas Nos. 39 y 114 de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Quito están vigentes, en cuanto no se opongan a las disposiciones de la Constitución de la República, del COOTAD, o de la Ley de Defensa contra Incendios, en virtud de que la defensa contra incendios, que en la actualidad constituye competencia exclusiva de las Municipalidades, se ejerce a través de los Cuerpos de Bomberos, que según el artículo 140 del COOTAD, deben funcionar como entidades adscritas a las municipalidades.

3. El informe jurídico de la entidad consultante expone que: “Respecto del Consejo de Administración y Disciplina, contemplado en el art. 7 de la Ley de Defensa contra Incendios, para el caso concreto del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, no sería aplicable ni su conformación, ni el ejercicio de las funciones consideradas en el mismo, porque las atribuciones que la Ley de Defensa contra Incendios otorga a los Consejos de Administración y Disciplina,

han sido entregadas al Directorio del CB-DMQ por las Ordenanzas Nos. 039 y 114, y al Primer Jefe de la Institución”.

El artículo 7 de la Ley de Defensa contra Incendios, sobre la que trata su tercera pregunta, dispone:

“Art. 7.- Los consejos de administración y disciplina de los cuerpos de bomberos de Quito, Guayaquil y Cuenca, estarán integrados, en cada caso, por:

El Primer Jefe, que lo presidirá;
Un representante del Ministerio de Bienestar Social;
Un Delegado de la Municipalidad respectiva;
Dos representantes de los propietarios de predios urbanos, designados por el Ministro de Bienestar Social;
El Segundo Jefe del Cuerpo, cuando exista tal Jefe; y,
Los jefes de brigada.

En los lugares donde no exista brigada, se integrará con el comandante de compañía más antiguo. Actuará de Secretario el del cuerpo de bomberos correspondiente”.

En cuanto se refiere a las atribuciones del Consejo de Administración y Disciplina, el artículo 10 de la Ley de Defensa contra Incendios, le confiere las siguientes:

- “...1. Velar por la correcta aplicación de esta Ley y de sus reglamentos;
2. Vigilar la gestión administrativa y económica de la Institución;
3. Elaborar los proyectos de presupuesto y darles el trámite legal respectivo;
4. Resolver los casos de jubilación, montepío y más beneficios sociales para quienes no fueren afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y los de premios, recompensas y gratificaciones para los miembros de la Institución, de acuerdo con el Reglamento respectivo;
5. Resolver los casos disciplinarios que se sometan a su consideración;
6. Autorizar las adquisiciones que pasen de 50 salarios mínimos vitales, observándose, según los casos, las respectivas normas de la Ley de Contratación Pública;
7. Conceder licencia por más de treinta días a los miembros representantes que no formen parte del cuerpo de bomberos; y,
8. Lo demás que determinen la ley y los reglamentos”.

La Ordenanza No. 39 ha establecido en la estructura administrativa del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, además del Consejo de

Administración y Disciplina que establece la Ley de Defensa contra Incendios, un Directorio, que según el artículo 9 de la citada Ordenanza, tiene el carácter de “máxima autoridad”, sobre el que se tratará al atender sus consultas cuarta y quinta. El artículo 14 *ibídem*, sustituido por Ordenanza No. 114, dispone que son deberes y atribuciones del Directorio, las siguientes:

- a) Determinar las políticas, objetivos y metas que deben seguirse para el adecuado desenvolvimiento del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito;
- b) Cumplir en lo aplicable las normas de la Ley de Defensa contra Incendios, sus reglamentos, la presente ordenanza y demás normas jurídicas inherentes;
- c) Conocer y proponer proyectos de ordenanzas o sus reformas y someterlas a consideración del Concejo Metropolitano para su aprobación;
- d) Conocer y aprobar el presupuesto del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito y ponerlo en conocimiento del Concejo Metropolitano;
- e) Solicitar informes periódicos al Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito;
- f) Aprobar la estructura administrativa del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito y su Reglamento Orgánico Funcional;
- g) Aprobar manuales, instructivos, normas administrativas y técnicas que se requieran para su funcionamiento, presentadas por el Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito;
- h) Las demás que establecen las leyes, reglamentos, la presente ordenanza y resoluciones vigentes;
- i) Designar al Asesor Jurídico y al Auditor Interno de la terna presentada por el Alcalde Metropolitano;
- j) Conocer y aprobar los balances generales semestrales de situación y resultados; y,
- k) Conceder licencia al Comandante General o declararle en comisión de servicios, por períodos superiores a 60 días.”

Por su parte, con respecto al Consejo de Administración y Disciplina, los artículos 16 y 17 de la Ordenanza No. 39, reformada por la Ordenanza No. 114, de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Quito, establecen en su orden:

“Art. 16.- El Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, contará con un Consejo de Administración y Disciplina, integrado por:

- a) El Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, quien lo presidirá;
- b) Un delegado de la Dirección Metropolitana de Seguridad Ciudadana;
- c) Un delegado de la Administración General del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito; y,
- d) Los dos oficiales de más alta jerarquía de la Institución.

El Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, nombrará un Secretario de entre los funcionarios de la Institución, el cual tendrá voz informativa sin derecho a voto.

Cuando el Consejo de Administración y Disciplina los requiera, asistirán con voz informativa funcionarios del Cuerpo de Bomberos y de la Administración Municipal”.

“Art. 17.- Son deberes y atribuciones del Consejo de Administración y Disciplina:

- a) Velar por la correcta aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios y sus reglamentos en lo que fuere pertinente, la presente ordenanza, el Reglamento Interno y las políticas y resoluciones del Directorio.
- b) Conocer la gestión administrativa y económica de la institución;
- c) Conocer la pro forma presupuestaria y darle el trámite legal correspondiente;
- d) Analizar y estudiar los reglamentos y el plan operativo anual;
- e) Resolver los casos disciplinarios que se sometan a su consideración;
- f) Conocer las solicitudes y reclamos que presenten las personas naturales o jurídicas ante el Cuerpo de Bomberos y que no sean resueltas por el Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos; y,
- g) Las demás que determinen las leyes, reglamentos y ordenanzas”.

Del tenor de las normas transcritas se desprende que el Directorio y el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, son dos órganos colegiados distintos, a los que corresponden atribuciones diferentes, por lo que no es exacta la afirmación contenida en el informe jurídico de la entidad consultante, en el sentido de que “las atribuciones que la Ley de Defensa contra Incendios otorga a los Consejos de Administración y Disciplina, han sido entregadas al Directorio del CB-DMQ por las Ordenanzas Nos. 039 y 114, y al Primer Jefe de la Institución”.

En virtud de que, conforme se concluyó al atender su primera consulta, la Ley de Defensa contra Incendios está vigente, en el evento de conflicto de normas,

sus disposiciones, por su rango, prevalecen respecto de las Ordenanzas Nos. 39 y 114 de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con el artículo 425 de la Constitución de la República.

En consecuencia, el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, debe cumplir con las atribuciones que le asigna el artículo 10 de la Ley de Defensa contra Incendios, sin perjuicio de las demás funciones que le confieran las Ordenanzas que regulan su institucionalización.

En cuanto se refiere al Directorio del Cuerpo de Bomberos, por ser un órgano colegiado creado por el artículo 9 de la Ordenanza No. 39, sus atribuciones son las determinadas en el artículo 14 de dicha Ordenanza, reformado por la Ordenanza No. 114, conforme se analizará al atender sus consultas cuarta y quinta.

Por tanto, en atención a su tercera consulta se concluye que el Consejo de Administración y Disciplina determinado en el artículo 7 de la Ley de Defensa contra Incendios, es el órgano al que corresponde asumir las funciones y atribuciones establecidas en el artículo 10 de esa Ley, sin perjuicio de las demás que le asigne la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito.

4 y 5. Según se analizó al atender su tercera pregunta, el Directorio del Cuerpo de Bomberos de Distrito Metropolitano de Quito es un órgano administrativo que ha sido creado por los artículos 8 y 9 de la Ordenanza No. 39, como parte de la estructura administrativa del Cuerpo de Bomberos y su máxima autoridad. La Ley de Defensa contra Incendios, no establece que los Cuerpos de Bomberos tengan Directorio.

El artículo 13 de la Ordenanza No. 39, reformado por la Ordenanza No. 114 que Institucionaliza el Cuerpo de Bomberos de Quito, establece que el Directorio de esa entidad está conformado por:

- “a) El Alcalde Metropolitano o su delegado, quien lo presidirá;
- b) Dos Concejales designados por el Concejo Metropolitano y sus respectivos suplentes;
- c) El Director Metropolitano de Seguridad Ciudadana, o su delegado;
- d) El Comandante General del Cuerpo de Bomberos, con voz informativa, sin derecho a voto; y,
- e) El Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos, con voz informativa, sin derecho al voto...”.

El artículo 14 de la citada Ordenanza No. 39, que fue transcrito al atender su tercera consulta, asigna atribuciones al Directorio del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito.

El informe jurídico de la consultante argumenta que: "...la disposición de la Ordenanza No. 039 relativa a la conformación del Directorio del CB-DMQ, no se contrapone a las disposiciones del COOTAD y no podría estar derogado el indicado artículo 13 de la Ordenanza por las razones expuestas". Y que, por tanto, "las decisiones asumidas por el Directorio del CB-DMQ tienen plena validez y deben ser cumplidas por la Institución".

Ni el COOTAD, ni la Ley de Defensa contra Incendios, contienen ninguna norma que establezca ni regule la integración y funcionamiento de un Directorio en los Cuerpos de Bomberos. Conforme se ha concluido al atender su tercera consulta, el Directorio y el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos de Quito, son dos órganos colegiados distintos, cuyas competencias están determinadas en la Ordenanza No. 039 reformada por la Ordenanza No. 114 y en la Ley de Defensa contra Incendios, respectivamente.

El Directorio del Cuerpo de Bomberos de Quito, en consecuencia, no podría asumir atribuciones que de conformidad con la Ley de Defensa contra Incendios, le correspondan al Consejo de Administración y Disciplina, ya que dicha Ley es una norma jerárquicamente superior a las Ordenanzas Nos. 039 y 144, que se encuentran vigentes en tanto no se opongan a esta Ley, al COOTAD y la Constitución, según señalé en la absolución de la segunda consulta.

En consecuencia, con respecto a su cuarta consulta se concluye que el COOTAD, promulgado el 19 de octubre de 2010, no ha derogado el artículo 13 de la Ordenanza Metropolitana No. 39, que establece el Directorio del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, órgano al que corresponde ejercer las competencias que le asigna el artículo 14 de la misma Ordenanza, siempre que no se contrapongan con las atribuciones que, de conformidad con el Art. 17 de la Ley de Defensa contra Incendios, le corresponden al Consejo de Administración y Disciplina.

Por tanto, en relación a su quinta consulta se concluye que la promulgación del COOTAD, no ha afectado las atribuciones que corresponde ejercer al Directorio del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con las Ordenanzas que lo rigen. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, el Directorio del Cuerpo de Bomberos de Quito no podía asumir las atribuciones del Consejo de Administración y Disciplina, previstas en el Art. 17 de la Ley de Defensa contra Incendios.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de la ley, no siendo de mi competencia el pronunciarme sobre la validez de las decisiones y resoluciones del Directorio del Cuerpo de Bomberos de Quito.

6. El tercer inciso del artículo 140 del COOTAD, dispone que los Cuerpos de Bomberos, serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa.

El informe jurídico cita las Resoluciones del Alcalde Metropolitano de Quito Nos. A002 de 6 de agosto de 2009, A008 de 3 de marzo de 2010 y A0010 de 31 de marzo de 2011, que regulan la estructura orgánica del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

De las copias certificadas de las referidas Resoluciones, que han sido remitidas a pedido nuestro, se desprende que la letra d) del artículo 11 de la Resolución No. A002 de 6 de agosto de 2009, derogada luego por la Resolución A008 de 3 de marzo de 2011, inicialmente dispuso que el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito opere bajo la jerarquía y control de la Secretaría de Seguridad y Gobernabilidad de la Municipalidad.

Por su parte, la Resolución A 0008 de 3 de marzo de 2010, en el numeral 1.4. del artículo 1, en el nivel operativo, de empresas y unidades especiales de la Municipalidad, previó que: "Las Secretarías coordinarán las actividades y supervisarán desde la perspectiva programática a los siguientes entes del nivel operativo, de empresas y unidades especiales (o a sus sucesores en Derecho)... La Secretaría General de Seguridad y Gobernabilidad a: ... Cuerpo de Bomberos de Quito".

Finalmente, la Resolución A0010 de 31 de marzo de 2011, expedida al amparo del vigente COOTAD, deroga la Resolución A 0008. El numeral 4 del artículo 1 de la citada Resolución A0010, establece:

"Las Secretarías coordinarán las actividades y supervisarán desde la perspectiva programática a los siguientes entes del nivel operativo, de empresas y unidades especiales (o a sus sucesores en Derecho)...La Secretaría General de Seguridad y Gobernabilidad a: ... Cuerpo de Bomberos de Quito..."

El informe de la entidad consultante concluye que: "Lo establecido en la Resolución de Alcaldía No. A0010 del 31 de marzo del 2011, refiere una relación de coordinación y supervisión de actividades, sin que por ello el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, forme parte de la estructura de la Secretaría General de Seguridad y Gobernabilidad del MDMQ, y por ende, conserva su

personería jurídica, autonomía, administrativa, financiera y presupuestaria, por mandato legal (Ley de Defensa contra Incendios)”.

Al respecto es pertinente considerar que la calidad de entidad autónoma de los cuerpos de bomberos, se establece por el tercer inciso del artículo 140 del COOTAD en forma expresa, norma que determina además que serán entidades adscritas a las Municipalidades.

La “autonomía se conceptualiza como “1. Calidad o condición del o lo que no depende de nada ni de nadie en determinados aspectos...”; mientras que el término “adscripción”, se define como “Incorporación de alguien al servicio de un organismo, dependencia, cuerpo o entidad; Atribución de algo a una persona o cosa”.

El artículo 226 de la Constitución de la República, impone a todas las instituciones del Estado, la obligación de “coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

En la especie, atento el carácter de servicio público de la actividad de defensa contra incendios, y la atribución a las Municipalidades de la competencia para el efecto, según el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución y el artículo 55 letra m) del COOTAD, la coordinación entre el Cuerpo de Bomberos y la Municipalidad adquiere especial importancia y, por tanto, obliga a la adopción de mecanismos específicos que la implementen. En tal sentido, incluir al Cuerpo de Bomberos en la estructura administrativa de la Municipalidad a la que legalmente se encuentra adscrito, no afecta su autonomía operativa.

En atención a los términos de su sexta consulta se concluye que el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, es una entidad autónoma, de conformidad con el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD, norma que además establece que los cuerpos de bomberos tienen el carácter de entidades adscritas a las Municipalidades. En consecuencia, sin perjuicio de su autonomía operativa, el Cuerpo de Bomberos, en tanto debe actuar adscrito a la Municipalidad, integra la estructura de la Secretaría de Seguridad y Gobernabilidad creada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en Resolución A10 de 31 de marzo de 2011.

OF. PGE. N°: 03806, de 20-09-2011

LICENCIA SIN SUELDO: CONCEJAL QUE TRABAJA EN EMPRESA PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GONZALO PIZARRO

CONSULTA:

Formulan varias consultas relacionadas con el desempeño de las funciones del Concejal de la Municipalidad de Gonzalo Pizarro, señor Juan Carlos Figueroa Salazar.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 113 num. 6 y 229.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57, 329 y 358.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 22 lit. c), 24 lit. b), 25 y 28 lit. e); y, 25 lit. a) y 44 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 18 y Disp. Trans. Segunda.

Ley Orgánica Electoral Art. 96 num. 6.

Ley de Elecciones Art. 50 num. 6

Código del Trabajo Art. 47

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. A 603 citado, solicita que por convenir al interés institucional, quede sin efecto el trámite de consulta cuyo texto consta en el oficio No. A 566 de fecha 15 de septiembre de 2011, y se absuelva la consulta del oficio No. 584-PS-2011 de 27 de septiembre de 2011, ingresado el 28 de septiembre del presente año.

En atención a su solicitud de que se deje sin efecto las consultas contenidas en el oficio No. A 566 de 15 de septiembre de 2011, se procede al archivo de las mismas.

La consulta formulada por usted con el oficio No. 584-PS-2011 de 27 de septiembre de 2011 cuya absolución solicita, consta del siguiente texto:

“Si el Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar trabajaba en una empresa privada, actual empresa pública, tiene que solicitar la licencia sin sueldo correspondiente, hasta que culmine sus funciones como Concejal del Cantón Gonzalo Pizarro, debiendo reintegrarse a su trabajo habitual al finalizar su periodo?”

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Gonzalo Pizarro en el Informe No. 274-PS-GADMCGP –2011 de 27 de septiembre de 2011 que se anexa al oficio de consulta, expone lo siguiente:

“El señor Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar, desde el 31 de julio del 2009, por votación popular ejerce las funciones de CONCEJAL URBANO del Cantón Gonzalo Pizarro, y, para ejercer las funciones ha solicitado permiso y ha hecho uso de sus vacaciones anuales acumuladas en la empresa eléctrica, y, en la actualidad se le ha solicitado que se reintegre a trabajar”.

Expresa el Informe del Procurador Síndico Municipal que: “Participó en el proceso electoral, como todo ciudadano, y ahora que la empresa eléctrica es una Empresa Pública, amparado en lo dispuesto en el Art. 113 num. 6 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto en el Art. 50 num. 6 de la Ley de Elecciones, que dispone que gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones, y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones”.

Concluye el informe manifestando que: “Si el Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar trabajaba en una empresa privada, actual empresa pública, tiene que solicitar la licencia sin sueldo correspondiente, hasta que culmine sus funciones como Concejal del Cantón Gonzalo Pizarro, debiendo reintegrarse a su trabajo habitual”.

Al oficio de consulta se adjunta copias certificadas del Contrato de Trabajo por un año, a Tiempo fijo suscrito el 20 de septiembre de 1995 entre la Empresa Eléctrica Regional Sucumbíos S.A. y el señor Juan Carlos Figueroa Salazar; Contrato de Trabajo Indefinido celebrado entre las mismas partes, el 31 de julio de 1996; y Certificado del Director de Recursos Humanos de la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos de fecha 19 de julio de 2011, señalando que el señor Juan Carlos Figueroa Salazar desempeña las funciones de Operador en la Central Lumbaquí en dicha Corporación desde el 20 de marzo de 2005 hasta la actualidad.

El Intendente de Compañías de Guayaquil mediante la Resolución No. 08- G-DIC. 0008938 de fecha 29 de diciembre de 2008, en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15 expedido el 23 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, resolvió aprobar la disolución anticipada sin liquidación de diez Empresas Eléctricas, entre éstas la Compañía EMELSUCUMBÍOS, EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL SUCUMBÍOS S.A., y la creación como efecto de la fusión

de la Compañía “CNEL CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD S. A”, con domicilio en la ciudad de Guayaquil.

En consecuencia, esta Procuraduría analizará su consulta considerando que EMELUCUMBÍOS, EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL SUCUMBÍOS S.A., actualmente “Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos” es una Sociedad Anónima que se disolvió anticipadamente sin liquidación, para fusionarse y dar origen a la Corporación Nacional de Electricidad S.A. y no es una empresa pública, como consta en el texto de la consulta.

Respecto a la jornada de trabajo de los Concejales, la Procuraduría General del Estado con los oficios Nos. 01464 y 01465 de 20 de abril de 2011; 01483, 01484, 01485, 01488 de 21 de abril de 2011; 1493 de 25 de abril de 2011; 01548 y 01549 de 27 de abril de 2011; 1635 y 1638 de 4 de mayo de 2011; y 02255 de 13 de junio de 2011 se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo de los concejales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que de conformidad con el inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra d) del artículo 57 del COOTAD, es responsabilidad del Concejo Municipal fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se fije dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD”.

El COOTAD, en el Art. 358 dispone que los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. Agrega que en ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos.

Adicionalmente, sobre la calidad de concejal del señor Juan Carlos Figueroa Salazar, corresponde referirse al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en el Art. 329 prescribe que la función de concejal es obligatoria; agrega que sus deberes y atribuciones son los señalados expresamente en la Constitución y en dicho Código.

Conforme quedó establecido, la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos, en la cual presta servicios el señor Juan Carlos Figueroa Salazar en calidad de “Operador en la Central Lumbaquí”, es una sociedad anónima, cuyos accionistas son entidades públicas y su objeto social, según consta de la copia certificada del Registro Único de Contribuyentes, remitida a esta Procuraduría, su actividad es la “captación, transmisión y distribución de energía eléctrica”, por lo que cabe referirse a la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prescribe lo siguiente:

“2.2.1.4. Régimen de excepción.- Si dentro del plazo previsto en el número 2.2.1.2. no se cumpliere el proceso de compra de acciones que permita que las sociedades anónimas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica con más de un socio queden en propiedad de un solo accionista, hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, esas empresas seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado”.

De la Disposición Transitoria que antecede se desprende que, las empresas del sector eléctrico en las cuales no se haya cumplido el proceso de compra de acciones, seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente para los asuntos societarios; y que para los demás aspectos, entre éstos el del régimen laboral observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el Art. 18 prevé:

“ARTICULO 18.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

...c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa forman parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública”.

De la documentación anexa al oficio de consulta consta el certificado del Director de Recursos Humanos de la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional de Sucumbíos de fecha 19 de julio de 2011 acreditando que el señor Juan Carlos Figueroa Salazar trabaja en dicha Empresa “desde el 20 de marzo de 1995 hasta la actualidad, desempeñando las funciones de OPERADOR EN LA CENTRAL LUMBAQUÍ de la matriz de Lago Agrio”.

Respecto del horario de trabajo que deben cumplir los obreros sujetos al Código Laboral, el Art. 47 del Código del Trabajo prescribe que la jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario.

Según señalé previamente, la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el caso las empresas del sector eléctrico en las cuales no se haya cumplido el proceso de compra de acciones, seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente para los asuntos societarios; y que para los demás aspectos, entre éstos el del régimen laboral observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su artículo 18 prevé que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas, lo cual es concordante con el artículo 229 de la Constitución de la República, que dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En igual sentido, el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

Los incisos sexto y séptimo del Art. 3 de la Ley Orgánica prescriben lo siguiente:

“Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos”.

Dentro de este marco general, el Art. 22 letra c) de la LOSEP, dispone que son deberes de los servidores públicos: “c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley”.

La letra b) del Art. 24 de la Ley Orgánica en estudio, prohíbe a los servidores públicos ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley.

Además, entre los derechos previstos en el Título III Capítulo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público, respecto a la concesión de licencias sin remuneración a los servidores públicos, el Art. 28 letra e) prevé: “Para participar como candidata o candidato de elección popular, desde la fecha de inscripción de su candidatura hasta el día siguiente de las elecciones, en caso de ser servidor de carrera de servicio público”.

El artículo 96 numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en su artículo 6. dispone que los servidores públicos podrán candidatizarse a puestos de elección popular y gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones; y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones. El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes.

Concordante, el artículo 44 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que la licencia se extienda por el tiempo que dure el ejercicio de la dignidad de elección popular.

“Art. 44.- Licencia para participar como candidata o candidato de elección popular.- A la o el servidor público de carrera que vaya a participar como can-

didata o candidato de elección popular se le otorgará licencia sin remuneración por el tiempo que dure el proceso electoral a partir de la fecha de la inscripción de la candidatura, y de ser elegido se extenderá la licencia por todo el tiempo que dure en el ejercicio del puesto de elección popular. De no ser elegida o elegido se reincorporará inmediatamente a su puesto de origen. En caso de que no se tramite la licencia sin remuneración en los casos antes señalados y se siga ejerciendo el puesto en la institución de origen o cobrando remuneraciones, será considerado como pluriempleo, debiendo la autoridad nominadora o su delegado disponer la aplicación del régimen disciplinario y comunicará de manera inmediata a la Contraloría General del Estado y al Ministerio de Relaciones Laborales para los fines legales correspondientes. Se exceptúan los casos señalados el artículo 113, numeral 6, de la Constitución de la República.

Previa la concesión de esta licencia, la o el servidor en el término de tres días presentará a la UATH, la certificación de su participación como candidata o candidato; igualmente si es electa o electo el nombramiento expedido por el Consejo Nacional Electoral”.

De conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Art. 3 de la LOSEP son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; y además en cuanto a remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, su ámbito comprende a las sociedades civiles o mercantiles cuyo capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos, se concluye que al concejal que motiva su consulta y que trabaja en Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos le es aplicable la letra e) del Art. 28 de la LOSEP que concede licencia sin remuneración a los servidores públicos para participar como candidato de elección popular, en concordancia con el artículo 96, numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia por lo que debe solicitar licencia sin sueldo a la indicada Corporación, hasta que culmine sus funciones de concejal, toda vez que debe cumplir de manera obligatoria con la jornada de trabajo que legalmente establezca el Concejo Municipal para sus concejales.

OF. PGE. N°: 04797, de 21-11-2011

MÁQUINAS TRAGAMONEDAS: IMPROCEDENCIA DE OTORGAR NUEVOS PERMISOS DE IMPORTACIÓN PARA FABRICACIÓN, EMBALAJE Y COMERCIALIZACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TURISMO

CONSULTA:

“¿Es procedente o no que el Ministerio de Turismo continúe con el otorgamiento de permisos de importador o comercializador a las personas naturales o jurídicas que se dedicaren a la fabricación y ensamblaje, comercialización e importación de equipos, máquinas tragamonedas, repuestos y sus accesorios destinados a los casinos y salas de juego (bingo-mecánicos), a propósito de los procedimientos administrativos que se encuentran en trámite observando la consulta popular de 7 de mayo de 2011, constante en la pregunta 7?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 106 y 226.
Ley de Turismo Arts. 5 lit. f), 15; y, 43 lit. f) de su Reglamento.
Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 170
Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mercantiles Arts. 4, 27, 28 y 32.
Normas Técnicas de Casinos y Salas de Juego de Bingo Mecánicos Art. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, mediante oficio No. 02733 de 8 de julio de 2011, esta Procuraduría solicitó al Presidente del Consejo Nacional Electoral, información relacionada con el resultado de la consulta popular efectuada el 7 de mayo de 2011. Dicho requerimiento fue atendido por el Secretario General del Consejo Nacional Electoral mediante oficio No. 002821 de 13 de julio de 2011, recibido el 13 de julio del presente año.

Los resultados oficiales del referéndum y consulta popular 2011, se han publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011.

El informe jurídico contenido en memorando No. MT-DAJ-2011-0738 de 28 de junio de 2011, que se ha acompañado a la consulta, emitido antes de la publicación de los resultados oficiales del referéndum y consulta popular 2011, expone que: “los procedimientos que se han iniciado y que se encuentran en la fase de ejecución para el otorgamiento del respectivo certificado de operación, y de cualquier permiso o registro relacionado con los mismos, deberán quedar a nuestro criterio suspendidos, conforme lo señala el Art. 170 del Estatuto del

Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, mientras determine la Asamblea Nacional el proceso a seguir.”

El artículo 15 de la Ley de Turismo, confiere al Ministerio de Turismo el carácter de organismo rector de la actividad turística ecuatoriana; y, el segundo inciso del artículo 24 del Reglamento General a la Ley de Turismo, prevé que: “Las potestades de realizar el registro de turismo, la regulación y expedición de normas técnicas a nivel nacional, la concesión de permisos temporales de funcionamiento son privativas del Ministerio de Turismo quien ejercerá esas competencias a nivel nacional con exclusividad”.

La letra f) del artículo 5 de la citada Ley de Turismo y la letra f) del artículo 42 del Reglamento General a la Ley de Turismo, consideran actividad turística a los casinos y salas de juego.

La letra f) del artículo 43 del Reglamento General a la Ley de Turismo, define a las salas de juego y casinos en los siguientes términos:

“Serán consideradas salas de juego (bingo-mecánicos) los establecimientos abiertos al público, en los cuales, previa autorización expresa del organismo oficial de turismo, se organice de manera permanente y con fines de lucro el denominado juego mutual de bingo, mediante el cual los jugadores adquieren una o varias tablas y optan al azar por un premio en dinero en efectivo a base de las condiciones, montos y porcentajes determinados de manera previa a cada una de las jugadas, en función del número de participantes en la misma. En estas salas de juego no podrá instalarse ni practicarse ningún otro juego en los que intervenga el azar, tales como máquinas tragamonedas, mesas de juego, ruletas y otros juegos exclusivos para casinos”.

“A los efectos de la Ley de Turismo y este reglamento se consideran casinos y por tanto sujetos al presente reglamento, los establecimientos autorizados por el organismo oficial de turismo, que se dediquen de manera exclusiva a la práctica, con fines de lucro, de juegos de envite o azar, de mesa y banca en los que se utilicen naipes, dados, ruletas, máquinas de juego o tragamonedas, mecánicas, electromecánicas o electrónicas, cualquiera sea su denominación, en los que se admitan las apuestas del público o que permita al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada, siempre que el resultado no dependa exclusivamente de destreza del jugador, sino exclusivamente del azar...”.

Similar definición contienen los artículos 4 y 32 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos, que incluye a los casinos y salas de juegos entre las actividades turísticas.

El artículo 27 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos, dispone que: “Las personas naturales o jurídicas que se dedicaren a la producción, fabricación, ensamblaje, comercialización e importación de equipos, máquinas tragamonedas, repuestos y sus accesorios destinados a los casinos y salas de juego (bingo - mecánicos), requerirán del registro previo ante el Ministerio de Turismo, quien establecerá los requisitos para su obtención”.

El artículo 28 *ibídem*, establece la obligación de las personas y empresas registradas que se dediquen a la producción, comercialización o importación de equipos e implementos dedicados a los juegos de azar, de presentar trimestralmente al Ministerio de Turismo el listado de sus ventas e inventario. La misma norma confiere al Ministerio de Turismo competencia para realizar en cualquier momento inspecciones a los almacenes y/o bodegas de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la producción, comercialización o importación de equipos e implementos dedicados a los juegos de azar, con el fin de verificar la información enviada.

El inciso final del citado artículo 28 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos dispone que: “En caso de que la empresa incumpliere con estas obligaciones o no tuviere debidamente justificado sus mercancías, el Ministerio de Turismo cancelará el registro y código que le autoriza para la importación, fabricación, comercialización de equipos e implementos dedicados a los juegos de azar, en caso de reincidencia serán retiradas definitivamente, sin perjuicio de las sanciones previstas en la ley”.

El artículo 3 de las Normas Técnicas de Casinos y Salas de Juego de Bingo Mecánicos, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 30 de julio de 2008, define como “Ensamblador” a “Todo aquel que arma máquinas tragamonedas con hardware y software diseñados y desarrollados por el fabricante con el objeto de crear un producto final idéntico autorizado por el fabricante (máquina tragamonedas o programas de juego)”; y, como “Fabricante” a “Aquella persona jurídica que diseña y desarrolla un modelo físico (hardware) y programa de juego (software) a fin de crear un producto final (máquina tragamonedas o programas de juego)”.

En cuanto se refiere al registro de los fabricantes, ensambladores e importadores de equipos, repuestos y accesorios para casinos, el artículo 15 de las citadas Normas Técnicas de Casinos y Salas de Juego (bingo-mecánicos), dispone:

“Las personas naturales o jurídicas que se dedicaren a la fabricación y ensamblaje, comercialización e importación de equipos, máquinas tragamonedas, repues-

tos y sus accesorios destinados a los casinos y salas de juego (bingo-mecánicos), requerirán del registro previo ante el Ministerio de Turismo.

Para el efecto, el Ministerio de turismo llevará un registro a nivel nacional de fabricantes y ensambladores de máquinas tragamonedas nacionales o domiciliados en el país, así como de importadores y comercializadores de máquinas tragamonedas y memorias de sólo lectura, y en general, equipos e implementos destinados a los juegos de azar.”

De las normas citadas se desprende que el Ministerio de Turismo tiene competencia para llevar un registro nacional de fabricantes, ensambladores e importadores de máquinas tragamonedas nacionales o domiciliados en el país, así como de importadores y comercializadores de máquinas tragamonedas y memorias de sólo lectura, y en general, equipos e implementos destinados a los juegos de azar, según lo disponen el artículo 27 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos y el artículo 15 de las Normas Técnicas de Casinos y Salas de Juego (bingo-mecánicos).

Sin embargo, el registro en el Ministerio de Turismo, de las personas naturales y jurídicas que son fabricantes, ensambladores o importadores de equipos, repuestos y accesorios destinados a los casinos y juegos de azar, que establece el artículo 27 del Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos, no solo provee de información a esa Secretaría de Estado, sino que habilita a las personas y empresas que constan en dicho Registro, a realizar la comercialización de los equipos e implementos destinados a los casinos y juegos de azar, según se colige del inciso final del artículo 28 del citado Reglamento de Casinos, Salas de Juego y Bingos Mecánicos dispone que: “En caso de que la empresa incumpliere con estas obligaciones o no tuviere debidamente justificado sus mercancías, el Ministerio de Turismo cancelará el registro y código que le autoriza para la importación, fabricación, comercialización de equipos e implementos dedicados a los juegos de azar...”.

La pregunta No. 7 de la consulta popular y referéndum de mayo 7 de 2011, según consta en la Resolución del Consejo Nacional Electoral publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 9 de marzo de 2011, fue del siguiente tenor:

“7. De la prohibición de los juegos de azar con fines de lucro

¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?

SI () NO ()”.

De conformidad con los resultados oficiales del Referéndum y Consulta Popular de mayo 7 de 2011, publicados en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011, la pregunta 7 obtuvo la siguiente votación:

“OPCIÓN	TOTAL	PORCENTAJE
SI	3.951.787	52.34%
NO	3.599.093	47.66%
TOTAL	7.550.880	00.00%
BLANCOS	613.088	
NULOS	470.408”	

El inciso final del artículo 106 de la Constitución de la República, dispone que el pronunciamiento popular respecto de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, “será de obligatorio e inmediato cumplimiento”.

El principio de legalidad que rige en Derecho Público, está contenido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que dispone que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Los resultados oficiales de la consulta popular han sido publicados, rigen desde entonces, son obligatorios y de inmediato cumplimiento, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución de la República, lo que determina que estén prohibidos los juegos de azar con fines de lucro.

Del análisis jurídico que precede se concluye que la letra f) del artículo 5 de Ley de Turismo, que incluye a los casinos y juegos de azar entre las actividades turísticas, ha dejado de ser aplicable a partir de la publicación de los resultados oficiales de la consulta popular, cuya observancia es obligatoria de conformidad con el artículo 106 de la Constitución de la República. En consecuencia, a partir de entonces las competencias del Ministerio de Turismo en esta materia, deben guardar conformidad con el mandato obligatorio del referendo y consulta popular de mayo 7 de 2011.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, no es procedente que el Ministerio de Turismo continúe con el otorgamiento de nuevos registros de personas naturales o jurídicas para la fabricación y ensamblaje, comercialización e importación de equipos, máquinas tragamonedas, repuestos y sus accesorios destinados a los casinos y salas de juego (bingo-mecánicos), aún cuando los procedimientos administrativos para obtener tal registro se hubieren iniciado con anterioridad a la publicación de los resultados oficiales de la consulta popular, pues aquello constituiría incumplimiento por parte de esa Cartera de Estado, de su obligación de acatar los resultados oficiales sobre la pregunta 7 de la consulta popular de mayo 7 de 2011, relacionada con la prohibición de los juegos de azar con fines de lucro.

OF. PGE. N°: 02936, de 22-07-2011

PATENTE MUNICIPAL: DOMICILIO TRIBUTARIO PARA EL PAGO DE LOS INGENIEROS Y TRANSPORTISTAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTAS:

1. “¿Si los profesionales de la Ingeniería Civil, ya sea como personas naturales o jurídicas que ejecutan obras, etc., y que tienen declarado en el Servicio de Rentas Internas como su domicilio tributario el Cantón Loja, son sujetos pasivos del pago del impuesto a la patente; esto tanto al amparo de la Ley de Régimen Municipal, así como del actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

2. ¿Los transportistas de: Pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, etc., que tienen declarado ante el servicio de rentas internas su domicilio tributario en el cantón Loja, son sujetos pasivos para el pago del impuesto a la patente?.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. Arts. 120 num. 7, 132 num. 3, 264 num. 5 y 301.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 7, 547, 548, 550 y 551.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 46, 51, 57 y 58.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 64 num. 1, 72 num. 31, 363, 364 y 365 (derogada).

Código Tributario Arts. 1 y 16.

Código de Comercio Art. 3 num. 5.

Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno Art. 154.

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado.

Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal Arts. 2, 4 y 25.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 01830 de 17 de mayo de 2011, esta Procuraduría requirió a usted la remisión de la documentación referida en la consulta en copia certificada. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 00930-2011, de 20 de mayo del 2011, recibido el 25 de mayo del presente año.

De la copia certificada del oficio No. 389-JRM-2011 de 5 de abril de 2011, remitido a pedido nuestro, consta que la Jefa Municipal de Rentas del Municipio de Loja, ha solicitado a Usted consulte a la Procuraduría General del Estado, con respecto a los sujetos pasivos del impuesto a la patente municipal.

Del oficio que contesto se desprende que la consulta se plantea sobre la base del pedido del Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, constante en comunicación s/n de "24 de marzo de 2010" (sic), por la que solicita al Alcalde del Municipio de Loja se le inteligencie sobre el alcance del Art. 363 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, referida a los sujetos pasivos del impuesto a la patente municipal, toda vez que con fecha 22 de diciembre del 2005, el Concejo Cantonal de Loja expidió la "Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal", cuyo artículo 2 extiende el carácter de sujeto pasivo de dicho impuesto a todas las personas naturales, jurídicas, civiles o mercantiles, sociedades de hecho y de derecho y propietarios de negocios individuales, nacionales o extranjeros, domiciliados en el cantón Loja, que ejerzan actividades comerciales, industriales, financieras, de servicios profesionales y cualquier actividad de orden económico.

En la mencionada comunicación, el Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, manifiesta con respecto al artículo 2 de la citada "Ordenanza que Regla-

menta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal”, que: “Una ordenanza no puede reformar ni ampliar jamás el texto de la ley; por lo que la actuación del Concejo Cantonal, carece de toda lógica jurídica; expedir una Ordenanza ampliando el sujeto pasivo determinado por la ley, es violatorio de la ley y nos ha causado graves perjuicios económicos”. “La facultad que por disposición legal se confiere al Concejo Cantonal es la de establecer la tarifa del impuesto, más no la determinación de los sujetos pasivos del impuesto; más aún cuando de la simple lectura del texto de la ley, se desprende que los profesionales no estamos obligados al pago del impuesto de patente”.

El Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja agrega que, en base a los pronunciamientos expedidos por la Procuraduría General del Estado, en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de 16 de julio de 2010, el Concejo Cantonal de dicho Cantón, recibió en comisión a la delegación del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, quienes “solicitaron al Señor Alcalde, se suspenda inmediatamente el cobro de dicho impuesto en atención al criterio del señor Procurador General del Estado, anotado anteriormente, sin que se haya procedido de esa manera”.

Además se expresa que: “El Municipio de Loja, actualmente está efectivizando el cobro a los profesionales de nuestro gremio, del impuesto por patente municipal, el mismo que incluso se calcula desde el año 2003 hasta el 2010; causándonos graves perjuicios económicos y profesionales, afectando de esta manera nuestros derechos constitucionales”.

Finalmente, la citada comunicación del Presidente de Ingenieros Civiles de Loja, concluye solicitando al Alcalde de Loja: “se deje sin efecto el cobro de este impuesto en base a los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado; o en caso contrario, se consulte al Procurador General del Estado, con la finalidad de recabar la procedencia y legalidad del cobro del impuesto a la patente municipal a los Ingenieros Civiles”.

El informe jurídico de la Procuradora Síndica de la Municipalidad de Loja, contenido en oficio No. 0297-AJM-2011 de 15 de abril del 2011, cita entre otras normas, los artículos 264 numeral 5 y 301 de la Constitución de la República y el artículo 1 del Código Tributario; y, manifiesta que: “Los profesionales de la Ingeniería, al momento de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas como el Estado, realizan la construcción de obras civiles, como: puentes, túneles, carreteras, plazas, parques, viviendas, etc.; por lo que es evidente que necesitan comprar hierro, cemento, material pétreo; además, la contratación de personal, maquinaria y otros, naturalmente constituye una actividad de orden económico que obviamente les genera ingresos económicos, desde ese momento se con-

vierten en sujetos pasivos o contribuyentes. No esta por demás añadir que las Compañías Constructoras, que realizan las mismas obras civiles, cumplen con el pago del impuesto a la Patente Municipal”.

Agrega el mencionado informe jurídico que: “El Municipio de Loja, a través de la Jefatura de Rentas, ejerce la potestad recaudadora (cobro) de tributos por imperio de la Ley, de la información recabada, se puede determinar que en el caso específico de la Patente Municipal, esta dependencia Municipal no cobra el referido impuesto a los profesionales por el hecho de tener un título profesional, lo hace cuando estos ciudadanos profesionales o no, realizan actividades comerciales, industriales o cualquier actividad de orden económico dentro del cantón, ya que así disponían los artículos 363 y 364 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Título VI, de los Impuestos, capítulo VII.- Impuesto de Patentes Municipales y la Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal”.

En los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, a los que se ha referido el Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, en comunicación s/n de 24 de marzo de “2010” (sic), dirigida al Alcalde de Loja, contenidos en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de de 16 de julio de 2010, esta Procuraduría atendió consultas relacionadas con el impuesto municipal de patente, fundamentándose en el Art. 364 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, en los que se concluyó lo siguiente:

1. En el Pronunciamiento contenido en el oficio No. 2257 de 22 de junio de 2007, en atención a consulta formulada por el Municipio de Cuenca, tendiente a determinar si “los profesionales con título universitario, incluidos los de carrera intermedia y los tecnólogos en libre ejercicio de su profesión”, son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, esta Procuraduría manifestó:

“Según el artículo 364 de la mencionada Ley, están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago de este impuesto, todos los comerciantes e industriales que operen en cada cantón, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico.

Según se desprende de los términos de su consulta, la duda se originaría en esta disposición, si se tiene en cuenta que en su parte inicial determina a los “comerciantes e industriales” como las personas obligadas a obtener la patente; en tanto que, en su parte final, generaliza esta obligación, a los que realicen “cualquier actividad de orden económico.

Sin embargo, esta imprecisión se aclara en el artículo 365 de la misma Ley, al señalar en el inciso primero: “Para ejercer una actividad económica de carácter comercial e industrial se deberá obtener una patente, anual...”; y, en el inciso segundo, al facultar al concejo para que establezca mediante ordenanza la tarifa del impuesto anual “en función del capital con el que operen los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón...”; en el caso materia de su consulta, los profesionales no requieren contar con capital para el ejercicio de su profesión.

Por tanto, y en atención a los términos de su consulta, considero que los profesionales con título universitario, incluidos los de carrera intermedia y los tecnólogos en libre ejercicio de su profesión, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto”.

2. En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 03604 de 14 de agosto de 2007, se absolvió una consulta del Municipio de Ibarra, que tenía por objeto determinar si los abogados son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente. Atenta la idéntica base normativa, esta Procuraduría realizó similar análisis jurídico al contenido en el pronunciamiento No. 2257 de 22 de junio de 2007, citado en el acápite anterior, y concluyó:

“Por tanto y en atención a los términos de su consulta, considero que los profesionales como es el caso de los abogados, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto...”.

3. En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 15329 de 16 de julio de 2010, se atendió la consulta formulada por el Municipio de Sucúa, que tenía por objeto establecer si son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente los “profesionales del Derecho, ingenieros en sus diferentes ramas, profesionales de la medicina y medicina veterinaria, economistas y otras profesiones liberales, que tienen sus propios consultorios”. Con los mismos fundamentos jurídicos contenidos en los pronunciamientos constantes en los oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007 y 03604 de 14 de agosto de 2007, se concluyó:

“Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta, se concluye que los profesionales del Derecho, ingenieros en sus diferentes ramas, profesionales de la medicina y medicina veterinaria, economistas y otros profesionales que ejercen profesiones libres en sus oficinas o consultorios arrendados o en sus propios domicilios, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto”.

De conformidad con el artículo 16 del Código Tributario, “se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”;

mientras que, el inciso primero del artículo 24 *ibídem*, define al sujeto pasivo del tributo como la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Con respecto al impuesto municipal de patente, el artículo 364 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, establecía que los sujetos pasivos de ese tributo eran las personas que ejercían actividades comerciales e industriales en el cantón, sin que la norma incluyera a los profesionales en libre ejercicio, conforme se analizó reiteradamente en los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, que he citado en los párrafos anteriores.

De la copia certificada de la “Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal”, que se ha acompañado a la consulta, consta que fue expedida por la Municipalidad de Loja el 20 de diciembre de 2005, esto al tiempo en que estaba vigente la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal. Los artículos 2, 4 y 25 de la citada Ordenanza, en su orden disponen:

“Art.2.- Sujetos Pasivos: Son sujetos pasivos del impuesto de patente municipal todas las personas naturales, jurídicas civiles o mercantiles, sociedades de hecho y de derecho, y propietarios de negocios individuales, nacionales o extranjeros, domiciliados en el cantón Loja, que ejerzan actividades comerciales, industriales, financieras, de servicios, profesionales y cualquier actividad de orden económico; por lo que están obligados a registrarse en el catastro de patente municipal que mantendrá la Dirección Financiera a través de la Jefatura de Rentas Municipales”.

“Art.4.- Impuesto: La patente es un impuesto que debe ser pagado por las personas naturales y jurídicas que ejerzan cualquier actividad de orden económico, quienes están obligados a obtenerla”.

“Art.25.-Exenciones: Están exentos del pago de este impuesto los artesanos calificados, por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, teniendo como obligación individual observar cada artesano los requisitos contemplados en el Artículo 154 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno”.

Del tenor de los artículos transcritos se desprende que la “Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal” de la Municipalidad de Loja, extendió el carácter de sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, a todas las personas naturales y jurídicas, incluidos los profesionales, las personas que ejercían actividades de

servicios y aquellas que ejercían actividades de orden económico, lo cual se contraponía a lo dispuesto en el entonces vigente Art. 364 de la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que establecía que los sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, eran las personas que ejercían actividades comerciales e industriales en el cantón y no incluía a los profesionales en libre ejercicio.

El numeral 1 del artículo 64 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, confería al Concejo competencia para “1o. Ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas”; y, el numeral 31 del artículo 72 de la misma Ley Orgánica, asignaba al Alcalde atribución para “31o.- Sancionar y promulgar las ordenanzas aprobadas por el Concejo y devolver a la Corporación las ordenanzas que estimare ilegales o inconvenientes, exclusivamente cuando ellas se refieran a materias económicas, siguiendo el procedimiento y los planes señalados por dicha acción”. La potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, está establecida en el Art. 7 del vigente COOTAD.

Atenta la potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, establecida tanto en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal como por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no me corresponde pronunciarme sobre la Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal, expedida por la Municipalidad de Loja

Por su parte, el artículo 547 del vigente COOTAD, regula el impuesto municipal a la patente, en los siguientes términos:

“Art. 547.- Sujeto Pasivo.- Están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago anual del impuesto de que trata el artículo anterior, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales”.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 548 del COOTAD, la base imponible del impuesto de patente y su tarifa, se determinan por el Concejo, en Ordenanza, “en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón”; y, se reduce según el artículo 549 *ibídem*, “Cuando un negocio demuestre haber sufrido pérdidas conforme a la declaración aceptada en el Servicio de Rentas Internas, o por fiscalización efectuada por la predicha entidad o por la municipalidad o distrito metropolitano...”.

De otra parte, el artículo 550 del COOTAD, establece que se encuentran exentos de dicho impuesto “los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano” los cuales serán inspeccionados por las municipalidades, para verificar si cumplen con las condiciones de la actividad económica de los artesanos, para fines tributarios.

De su parte, el artículo 551 del COOTAD, dispone que: “El Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC), exigirá el pago del impuesto de patentes municipales”. Sobre dicha base normativa, el Servicio de Rentas Internas, ha expedido la circular No. NAC-DGECCGC11-00008, publicada en el Registro Oficial No. 454 de 23 de mayo de 2011, que incluye a las “actividades profesionales” entre aquellas obligadas a obtener RUC, previo el pago de la patente municipal.

En el caso del impuesto municipal de patente, a partir de la promulgación del COOTAD y de conformidad con su artículo 547, están obligados a obtener patente y por tanto al pago anual de ese impuesto municipal, las personas naturales que realicen actividades profesionales.

Del análisis que precede se desprende que durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, de conformidad con su artículo 364, eran sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, únicamente las personas, naturales o jurídicas, que ejercían actividades comerciales e industriales en el respectivo cantón; por ello, los profesionales de la Ingeniería Civil, que como personas naturales o jurídicas ejecutaban obras, eran sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, únicamente cuando realizaban actividades comerciales, y no cuando exclusivamente se dedicaban al ejercicio de su profesión, como concluyó esta Procuraduría en los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de 16 de julio de 2010.

Sin embargo, la citada Ley Orgánica de Régimen Municipal fue derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), cuyo artículo 547 ha extendido el carácter de sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, a las personas que ejerzan permanentemente actividades no solo comerciales e industriales, sino además respecto de quienes ejerzan en forma permanente, actividades financieras, inmobiliarias y profesionales, exonerando del pago de dicho impuesto a los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, según el artículo 550 del COOTAD.

En atención a su consulta se concluye que a partir de la vigencia del COOTAD, los profesionales de la Ingeniería Civil, que ejecutan obras, como personas naturales o jurídicas, y que tienen declarado en el Servicio de Rentas Internas como su domicilio tributario el Cantón Loja, son sujetos pasivos y están obligados al pago del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

2. El informe de la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, contenido en el oficio No. 0413-AJM-2011 de 18 de mayo de 2011, cita los artículos 120 numeral 7, 132 numeral 3, 264 numeral 5 y 301 de la Constitución de la República, y manifiesta: “El Municipio de Loja, a través de la Jefatura de Rentas, ejerce la potestad recaudadora (cobro) de tributos por imperio de la Ley, de la información recabada, se puede determinar que en el caso específico de la Patente Municipal, esta dependencia Municipal no cobra el referido impuesto a los transportistas de pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, etc., debería hacerlo ya que estos realizan por sus actividades comerciales, industriales o cualquier actividad de orden económico dentro del cantón”. “De manera muy específica los transportistas ejercen una actividad comercial muy significativa, la cual inclusive alcanza el ámbito local, provincial y nacional como es el caso de algunas cooperativas de transporte, de combustibles de carga y de gas licuado de petróleo, que tiene declarado su domicilio tributario en el cantón Loja”.

Finalmente, la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, concluye que: “Con la normativa legal citada, esta Procuraduría puede determinar que cuando los sujetos pasivos sean naturales o jurídicos, que realicen actividades comerciales, tal como es el caso de los transportistas de: pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, no están exentos del pago del impuesto a la Patente Municipal, con excepción únicamente de “los artesanos calificados como tales por la junta de defensa del artesano”, exoneración que consta en el Art. 550 del COOTAD. Por lo tanto considero que los transportistas de: pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, que tienen declarado ante el servicio de rentas internas su domicilio tributario, son sujetos pasivos del impuesto, ya que realizan actividades comerciales”.

De conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, “El transporte terrestre automotor es un servicio público esencial y una actividad económica estratégica del Estado, que consiste en la movilización libre y segura de personas o de bienes de un lugar a otro, haciendo uso del sistema vial nacional, terminales terrestres y centros de transferencia de pasajeros y carga en el territorio ecuatoriano...”.

El artículo 51 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ubicado en el Título II relativo a los Servicios de Transporte, clasifica al transporte en: a) Público; b) Comercial; c) Por cuenta propia; y, d) Particular; y, el artículo 56 *ibídem* dispone que el servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado, u otorgado mediante contrato de operación a compañías o cooperativas legalmente constituidas; y que, para operar un servicio público de transporte se deberá cumplir con los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

De su parte, el artículo 57 de la citada Ley Orgánica, define al “servicio de transporte comercial”, como el que se presta a terceras personas a cambio de una contraprestación económica, siempre que no sea servicio de transporte colectivo o masivo; y, para su operación exige un permiso de operación. El mismo artículo incluye en esa clasificación, entre otros, al servicio de transporte escolar e institucional, taxis, tricimotos, carga pesada, carga liviana, mixto, turístico y los demás que se prevean en el Reglamento, que “serán prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto y que cumplan con los requisitos y las características especiales de seguridad establecidas por la Comisión Nacional”.

El artículo 58 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial define al “transporte por cuenta propia” como “un servicio que satisface necesidades de movilización de personas o bienes, dentro del ámbito de las actividades comerciales exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, mediante el uso de su propio vehículo o flota privada. Requerirá de una autorización, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento”. El mismo artículo prohíbe prestar mediante esta clase de transporte, servicio público o comercial y dispone que: “Los vehículos que realicen transporte por cuenta propia, deberán obligatoriamente ser parte y constar en los activos de las personas naturales o jurídicas que presten dicho servicio, y estar debidamente matriculados a nombre de dichas personas...”.

De conformidad con las normas citadas, se aprecia que existen distintos tipos de servicios de transporte; que los servicios de transporte público y de transporte comercial, deben ser prestados por compañías y cooperativas legalmente constituidas según los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; mientras que el transporte por cuenta propia, según el artículo 58 *ibídem*, es un servicio que satisface necesidades de movilización de personas o bienes, dentro del ámbito de las actividades comerciales exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, mediante el uso de su propio vehículo o flota privada,

De conformidad con el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio, constituye acto de comercio el transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico.

De lo expuesto se desprende que el servicio de transporte terrestre constituye un acto de comercio, según el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio, sujeto además a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que debe ser ejercido por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto. En consecuencia, los servicios de transporte terrestre están incluidos en el hecho generador del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD, en tanto se trata de actividades comerciales.

El segundo inciso del artículo 548 del COOTAD, confiere al Concejo Municipal competencia para establecer la tarifa del impuesto de patente, en forma anual, “en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América.”

El artículo 551 del COOTAD, que fue citado al atender su primera consulta, dispone que el Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) exigirá el pago del impuesto de patentes municipales; y sobre dicha base el SIR ha expedido la circular No. NAC-DGECCGC11-00008, publicada en el Registro Oficial No. 454 de 23 de mayo de 2011, que incluye al “Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones, Excepto Trabajadores Autónomos” entre las actividades económicas obligadas a obtener el RUC, previo el pago de la patente municipal.

De lo expuesto se concluye que el servicio de transporte terrestre constituye un acto de comercio, según el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio. En consecuencia, los servicios de transporte terrestre están incluidos en el hecho generador del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD, en tanto se trata de actividades comerciales.

Por lo tanto, de conformidad con los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, los servicios de transporte terrestre público y comercial deben ser prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto, por lo que dichas Compañías o Cooperativas

son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente de conformidad con el artículo 547 del COOTAD; y, para el caso del transporte por cuenta propia, según el artículo 58 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que es un servicio que satisface necesidades de movilización de personas o bienes, dentro del ámbito de las actividades comerciales exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, mediante el uso de su propio vehículo o flota privada, el sujeto pasivo del impuesto municipal de patente es la respectiva persona natural y/o jurídica, pero no por la actividad de transporte por cuenta propia, sino por el giro comercial de su negocio.

De las normas citadas, se desprende que el transporte terrestre de personas, de carga, de combustible y de gas licuado de petróleo son actividades comerciales ejercidas por compañías y cooperativas autorizadas para tal objetivo, de conformidad con el Art. 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito, y Seguridad Vial, y el artículo 1 numeral 9 del Reglamento Técnico de Comercialización de Gas Licuado.

Por tanto, en atención a los términos de la consulta planteada, se concluye que los transportistas de pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo y de carga, son sujetos pasivos del pago de la patente municipal en razón de que ejercen una actividad comercial permanente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD.

OF. PGE. N°: 03198, de 10-08-2011

**PENSIÓN DE RETIRO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL
DE LAS FUERZAS ARMADAS, ISSFA: DESCUENTO DEL 40% AL DÉCIMO
TERCERA Y AL DÉCIMO CUARTA PENSIÓN DE APOORTE AL ESTADO**

**ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS, ISSFA**

CONSULTA:

“¿Debe el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), aplicar el descuento del 40% de aporte del Estado, al décimo tercero que perciben los pensionistas de retiro del ISSFA?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 96, 97, 118 y 129.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Arts. 11 y 113.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 01409 de 15 de abril de 2011, esta Procuraduría le solicitó que remita el informe jurídico del asesor jurídico de la entidad a su cargo, debidamente fundamentado, con respecto al tema planteado, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. 110432-ISSFA-e2 de 16 de noviembre de 2011, por medio del cual se remite el oficio No. 110176-ISSFA-b2 de 1 de abril del 2011, que contiene el criterio del asesor jurídico del ISSFA, encargado.

El asesor jurídico del ISSFA, encargado, con fundamento en los artículos 96 y 97 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y los dos primeros artículos agregados a continuación del Art. 113 de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, concluye manifestando lo siguiente:

“En mérito de lo expresado, el suscrito establece que el ISSFA, ha ejecutado en el mes de diciembre del 2010 de forma legal, el pago del décimo tercer sueldo a sus afiliados en goce de pensión de retiro militar, observando la deducción dispuesta en la reforma a la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, según el Art. innumerado, hoy 114, publicado en el Registro Oficial No. 559 del 30 de marzo de 2009”.

De los antecedentes constantes en el mencionado informe del asesor jurídico del ISSFA, se desprende que el motivo de la consulta se genera en el pedido del personal de señores afiliados – jubilados para que se les cancele el décimo tercer sueldo del año 2010 de manera íntegra y no con el descuento realizado por el ISSFA, en aplicación del artículo innumerado agregado a continuación del Art. 113 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Del texto del oficio de consulta, se desprende que la misma está referida a los pensionistas jubilados de las fuerzas armadas que reciben una pensión por jubilación por parte del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y que se encuentran laborando bajo relación de dependencia, por lo que hay que distinguir entre lo que es la remuneración establecida para los servidores públicos en el Art. 96 de la LOSEP, y la pensión de retiro que perciben por parte del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a la remuneración de los servidores públicos, el Art. 96, de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo 1 del Título IX, relacionado

con las Remuneraciones, dispone que la remuneración mensual unificada es la que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que las dignatarias, dignatarios, autoridad, funcionaria, funcionario, servidora y servidor a que tenga derecho y que se encuentren presupuestados.

De conformidad con el segundo inciso del artículo citado, se excluyen del cálculo de la remuneración mensual unificada, los ingresos correspondientes al décimo tercer sueldo.

El Art. 97 de la LOSEP, ubicado también el Título IX, referente a las remuneraciones, dispone:

“Art. 97.- Décima tercera remuneración.- Las y los servidores de las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta Ley, tienen derecho a percibir hasta el veinte de diciembre de cada año, una remuneración equivalente a la doceava parte de todas las remuneraciones que hubieren percibido durante el año calendario.

Si la o el servidor, por cualquier causa, saliere o fuese separado de su trabajo antes de las fechas mencionadas, recibirá la parte proporcional de la décima tercera remuneración al momento del retiro o separación”.

De los artículos citados, se desprende que la décimo tercera remuneración, según el Art. 96 de la LOSEP, está excluida de los valores que se aplican para el cálculo de las remuneraciones mensuales unificadas, y que dicha décimo tercera remuneración, consiste en la doceava parte de todas las remuneraciones que haya percibido el servidor público durante el año calendario, según el Art. 97 de la LOSEP.

El Art. 118 de la LOSEP, dispone que: “Los valores de remuneraciones y pensiones de las servidoras, servidores y trabajadores sujetos a esta Ley, son intransferibles e inembargables, excepto para el pago de alimentos debidos por ley; y el segundo inciso de dicho artículo, prohíbe toda clase de descuentos de las remuneraciones de la servidora o servidor público, que no sean expresamente autorizados por éste o por la ley”.

De su parte, el segundo inciso del Art. 129 de la LOSEP, prescribe que los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

El Art. 111 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, dispone: “Los pensionistas del ISSFA tienen derecho a percibir las pensiones décimotercera, décimocuarta y décimoquinta y las que se crearen por Ley”.

El primer artículo innumerado agregado a continuación del Art. 113 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, establece:

Art. ...- Quienes siendo beneficiarios de pensiones de retiro militar por parte del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, estén o se reincorporen a prestar servicios bajo relación de dependencia y perciban por ello, sueldo, salario o remuneración, dejarán de percibir el 40% del aporte del Estado, en su pensión de retiro, en los casos en que el monto de la misma supere el valor de una canasta básica familiar.

No se aplicará el descuento para aquellos afiliados/as cuya jubilación se encuentre en el rango entre uno y uno punto cinco de la canasta básica, siempre y cuando su sueldo, salario o remuneración en el nuevo período de empleo no supere el valor de una canasta básica. También se exceptúa a las personas que padezcan una enfermedad catastrófica debidamente certificada por el ISSFA.

El valor de la canasta básica será el determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC, para el mes de diciembre del año inmediato anterior a la fecha de aplicación de esta Ley.

El descuento del aporte del Estado se aplicará únicamente a la diferencia que supere el valor de dicha canasta.

En todo caso, por ningún concepto la suma de la pensión pagada por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y el ingreso que a cualquier título perciba en el sector público una misma persona, superará la remuneración del Presidente Constitucional de la República.

Una vez concluida la relación laboral de dependencia, el pensionista de retiro volverá a percibir con carácter de inmediato la totalidad del aporte estatal a su pensión, con la reliquidación que correspondiere por ley, por el último tiempo de servicio”.

De su parte, el segundo artículo innumerado, agregado a continuación del Art. 113 de la Ley de Seguridad de las Fuerzas Armadas, vigente desde su promulgación en el Registro Oficial No. 559 de 30 de marzo de 2009, dispone:

“Art. ...- A partir del mes siguiente a la vigencia de esta Ley, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, mediante cruces de información de afiliados activos y pensionistas de las tres instituciones y de la información del Servicio de Rentas Internas, suspenderán el pago del cuarenta por ciento (40%) de las pensiones, a las personas que tengan la doble condición de trabajadores o de servidores públicos y de jubilados o de retirados.

En los tres meses posteriores a la vigencia de esta Ley, los pensionistas que se encuentren trabajando y que no se les haya descontado de su pensión la parte correspondiente a la contribución del Estado, tendrán la obligación de notificar por escrito de este particular al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, según corresponda. Igual obligación tendrán los pensionistas que reingresen a laborar a partir de la vigencia de esta Ley.

El incumplimiento de esta disposición originará la obligación de reintegro de dichos valores al Estado, con un recargo equivalente a la tasa de interés activa referencial del Banco Central del Ecuador”.

Del artículo 111 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, se desprende que los pensionistas del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) tienen derecho a las décima tercera y décima cuarta pensiones; y, en el caso específico de quienes perciben pensiones de retiro y reingresen a trabajar bajo relación de dependencia, las referidas décimo tercera y décimo cuarta pensiones se les debe deducir el 40% de la aportación del Estado, conforme lo dispone el primer artículo innumerado posterior al artículo 113 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Por lo tanto, en atención a los términos de la consulta planteada, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), debe aplicar el descuento del 40% de aporte del Estado, establecido en el primer artículo innumerado agregado a continuación del Art. 113 de la Ley de Seguridad de las Fuerzas Armadas, a la décimo tercera y décimo cuarta pensión, a quienes reciban pensiones de retiro militar por parte de dicho Instituto y presten servicios bajo relación de dependencia y perciban por ello, sueldo, salario o remuneración, en los casos en que el monto de la pensión de retiro supere el valor de una canasta básica familiar.

OF. PGE. N°: 05271, de 01-12-2011

PENSIÓN VITALICIA: AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE CULTURA

CONSULTAS:

1. “¿Se encuentran vigentes: a) el Decreto Legislativo No. 83, publicado en Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1998 (sic), a través del cual se creó la pensión vitalicia a favor de los autores y/o compositores ecuatorianos, miembros activos de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE; y b) la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, publicada en el Registro Oficial No. 572 de 9 de mayo del 2002, que amplió la pensión vitalicia a dos remuneraciones básicas mínimas, aún después de la expedición del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y el Reglamento al artículo 104, expedido mediante Decreto Ejecutivo 544 publicado en Registro Oficial 329 de 26 de noviembre de 2010?”

2. “¿La pensión vitalicia que trata el artículo 2 del Decreto Legislativo 83 publicado en Registro Oficial 866 de 3 de febrero de 1988, indica que se crean seis pensiones vitalicias anuales, para igual número de beneficiarios, correspondientes a un sueldo básico vigente. La Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias amplía la pensión vitalicia a dos remuneraciones básicas mínimas. Sobre la base de estas normas legales corresponde cancelar: a) dos remuneraciones básicas mínimas legales, una vez al año, a cada beneficiario o b) dos remuneraciones básicas mínimas legales, cada mes, por beneficiario, es decir veinticuatro (24) remuneraciones básicas mínimas legales en un año?”.

3. “¿El artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que prohíbe la limitación de los derechos ciudadanos a cualquier distinción, personal o colectiva, temporal o permanente ha dejado inaplicable el Decreto Legislativo No. 83, que limita las pensiones vitalicias exclusivamente para autores y/o compositores, miembros de SAYCE, o sigue vigente en los mismos términos, hasta que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 11 num. 1 y 22, 429 y 436.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4 y derogatorias.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Código Civil Arts. 6, 7, 38, 39 y 1453.

Código del Trabajo Art. 117.

Código de Planificación y Finanzas Públicas Art. 104 y 116.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 76.
Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias primer considerando
D. L. N° 83, R. O. N° 866 de 3-02-1988 Art. 1, 2 y Disp. Final.
D. E. N° 5 Art. 3.
D. E. N° 159 inc. segundo.
D. E. N° 544 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Las normas sobre cuya aplicación trata su consulta, contenidas en el Decreto Legislativo No. 83, publicado en el Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1988, disponen:

“Art. 1.- Créase la pensión vitalicia para los Autores y/o Compositores nacidos en el territorio ecuatoriano, Miembros Activos de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE)”.

“Art. 2.- Créanse seis pensiones vitalicias anuales, para igual número de beneficiarios, correspondientes a un sueldo básico vigente”.

“Art. 3.- Se acogerán a este beneficio los autores y/o compositores que hayan cumplido una edad mínima de cincuenta años y que acrediten haberse grabado en discos treinta y seis composiciones populares o cinco obras eruditas grabadas o no que constituyan un aporte relevante a la Cultura Nacional”.

“Art. 4.- Los requisitos establecidos en el Artículo anterior serán examinados y calificados por un Comité integrado por el Ministro de Educación o su Delegado, Presidente de la Casa de la Cultura o de su Delegado y el Presidente de SAYCE o su Delegado”.

“Art. 5.- Las pensiones vitalicias anuales referidas en el Art. 2 serán cubiertas con las partidas que se establezcan en el Presupuesto General del Estado”.

De las normas transcritas se desprende que el Decreto Legislativo No. 83 que creó la pensión vitalicia materia de consulta, determina en el artículo 2 el monto de la pensión anual en un sueldo básico vigente, así como el número de beneficiarios que anualmente deben ser seleccionados por un Comité integrado por el Ministro de Educación, el Presidente de la Casa de la Cultura y el Presidente de SAYCE o sus delegados, según el artículo 4 del mismo Decreto.

El Ministerio de Cultura se creó por Decreto Ejecutivo No. 5, cuyo artículo 3, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 159, inciso segundo dispuso que: “La

delegaciones del anterior Ministerio de Educación y Cultura ante las juntas directivas, directorios, y en general los cuerpos colegiados de las instituciones que tengan como objetivos cumplir con lo dispuesto en la Sección Séptima del Capítulo Cuarto del Título III de la Constitución Política del Estado, en la Ley de Cultura, en la Ley de Patrimonio Cultural, y demás normativa y que en general estén relacionadas con la cultura, corresponderán al Ministro de Cultura”.

Por tanto, en la actualidad, corresponde al Ministerio de Cultura, integrar el Comité previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 83, que estableció la pensión vitalicia sobre la que trata la consulta.

Por su parte, la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, publicada en el Registro Oficial No. 572 de 9 de mayo del 2002, en su primer considerando cita en forma expresa al Decreto Legislativo No. 83, publicado en el Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1988; y, en su artículo 1 dispone:

“Art. 1.- Revalorízanse en dos remuneraciones básicas mínimas legales o sectoriales las pensiones vitalicias de las personas beneficiarias constantes en los decretos legislativos que se señalan en el primer considerando. Para el efecto, entiéndese por remuneración básica mínima legal o sectorial a la menor remuneración fijada en todas las tablas sectoriales vigentes en el país”.

La Disposición Final de la misma Ley, establece:

“La presente ley, que reforma los decretos legislativos enumerados en el primer considerando, prevalecerá sobre otros decretos legislativos relacionados con la misma materia y demás leyes que se le opongan y, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

El artículo 104 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, prohíbe a las entidades y organismos del sector público “realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

El artículo único del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544, establece que:

“Art. 1.- Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

Los consejos sectoriales de política, en el caso de la Función Ejecutiva, los consejos regionales y provinciales y los concejos municipales o metropolitanos en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante resolución, establecerán los criterios y orientaciones generales que deberán observar dichas entidades para la realización de las indicadas transferencias”.

En el oficio de consulta se expone que en aplicación del Decreto Legislativo No. 83, que creó la pensión vitalicia a favor de los autores y/o compositores ecuatorianos, miembros activos de SAYCE y a la Ley de Revalorización de Pensiones vitalicias expedidas en el año 2002, el Ministerio de Cultura ha cancelado “un valor mensual equivalente a dos remuneraciones básicas a favor de los autores y compositores elegidos por el Comité Calificador integrado por el Ministro de Cultura, el Presidente de la Casa de la Cultura y el Presidente de SAYCE”.

Agrega la consulta que en virtud de la prohibición que establece el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, de realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, a personas naturales, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento, el Ministerio de Cultura envió al ente rector de las finanzas, los justificativos que respaldan “los premios SAYCE y este organismo habilitó la partida correspondiente al grupo 58 transferencias corrientes lo que ha posibilitado el pago hasta el 2010”.

Concluye que: “en el entendido de que una pensión vitalicia es un egreso corriente que beneficia a una persona en particular y no a una colectividad, este Portafolio ha suspendido la entrega de los nuevos premios, aún aquellos que se encontraban en proceso, pues surgen algunas dudas respecto a la legalidad de entregar transferencias de carácter corriente y al monto que se venía cancelando en los años anteriores”.

El informe jurídico del Ministerio de Cultura, contenido en memorando No. 0103-MC-DAJ-11 de 28 de junio de 2011, remitido a pedido nuestro, cita los artículos 11 numeral 1 y 22 de la Constitución de la República, que en su orden disponen:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

“Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría”.

El informe jurídico cita además el artículo 7 del Código Civil que establece que la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo; y, sobre dicha base, argumenta que:

“...las leyes y normas expedidas en el país rigen para el futuro salvo disposición expresa en contrario, lo que significa, que las pensiones concedidas a favor de los mentados autores o compositores, deben ser satisfechas de acuerdo con las normas de creación y revalorización”, por lo que considera: “procedente la cancelación de la pensión vitalicia creada para los autores y compositores ecuatorianos, miembros de SAYCE, seleccionados por el Comité creado para este efecto, bajo la consideración que el Decreto Legislativo No. 83 y la Ley de Revalorización de Pensiones vitalicias, se mantienen vigentes, puesto que las normas establecidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no hacen referencia a este tipo de asignaciones”.

Por su parte, el Presidente de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, en oficio sin número de 8 de agosto de 2011 expone que la norma jurídica deja de existir con la derogatoria; y, con respecto a las leyes sobre cuya aplicación trata la primera consulta formulada por el Ministerio de Cultura, manifiesta que: “En lo referente a las dos normativas, no existe hasta el momento una norma que las haya derogado expresamente”.

Cita el inciso noveno de las derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dejan sin efecto “todas las disposiciones legales que establezcan pensiones vitalicias” y el artículo 3 de esa Ley Orgánica, que establece su ámbito de aplicación, referido a los recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública; y, sobre la base del principio de especialidad concluye que:

“...es evidente que las pensiones vitalicias que abarcan las normas materia de la consulta, no tienen relación alguna, pues los beneficiarios no las reciben en calidad de servidores públicos, que a decir del Art. 4 de la LOSEP son todas las

personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público...”.

Con respecto a la prohibición que establece el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Presidente de la Casa de la Cultura expone que:

“Creemos que lo que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas persigue en su Art. 104, es evitar el egreso indiscriminado de recursos del erario nacional, a nombre de donaciones o transferencias, sin la debida sustentación y racionalidad. De ahí que el Decreto Ejecutivo No. 544, publicado en el Registro Oficial No. 329 del 26 de noviembre, disponga que: “Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público, podrán realizar transferencias directas de fondos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad”. Definitivamente, en ningún caso una entidad del Estado podría hacer una transferencia directa de recursos, para que esta se entienda como pensión vitalicia; en otras palabras, las pensiones vitalicias, presupuestariamente son consideradas una preasignación. De ahí que en el mencionado Clasificador Presupuestario, en el punto 5.8.09, constan los egresos por participaciones Corrientes de los Entes Públicos y Privados en ingresos preasignados, es decir, aquellos que ya constan en disposiciones legales específicas y que por principio constitucional, deben constar en la proforma presupuestaria Institucional. En tal virtud, luego de cumplida esta instancia, dentro del Presupuesto General del Estado, debe considerarse las disposiciones legales que prescriben la obligatoriedad de transferir recursos al Ministerio de Economía y Finanzas para cumplir con la obligación del pago de pensiones vitalicias, pues así constan en diversas leyes y otros actos normativos de la República”.

En el mismo oficio, el Presidente de la Casa de la Cultura concluye manifestando que: “...tanto el Decreto Legislativo No. 83 como la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias no han visto comprometidas su vigencia por la expedición del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

El artículo 6 del Código Civil prevé que: “La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces”.

En aplicación del citado artículo 6 del Código Civil, se concluye que la ley conserva su vigencia en el ordenamiento jurídico, mientras no sea derogada en forma expresa o tácita.

En cuanto se refiere a la derogatoria de la ley, según el artículo 37 del Código Civil, puede ser expresa o tácita; “expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”; y, “tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

En concordancia, el artículo 38 del mismo Código Civil, prevé que: “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”; y, el artículo 39 *ibídem*, establece que: “La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa”.

La novena disposición de las “Derogatorias” de Ley Orgánica del Servicio Público, no es aplicable como una derogatoria tácita de la pensión vitalicia establecida por el Decreto Legislativo No. 83 y reformada por la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, en virtud de que el ámbito de dicha Ley Orgánica está referido exclusivamente a los recursos humanos y remuneraciones de los servidores públicos, por mandato del artículo 3 de la misma. Tampoco existe derogatoria expresa del Decreto Legislativo No. 83 y su reforma constante en la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias. En tal sentido, coincido con el criterio institucional de la Casa de la Cultura, que antes fue referido.

En cuanto tiene relación con la prohibición que establece el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, es pertinente considerar que según se desprende del texto de esa norma, que fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, se trata de una prohibición que impide a las instituciones del sector público realizar “donaciones o asignaciones no reembolsables”, a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, “con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

El artículo único del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece, como excepción a la prohibición que la norma legal establece, que “Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad...”.

De las normas transcritas se desprende que la prohibición que establece el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, para que las instituciones del sector público efectúen donaciones o asignaciones no reembol-

sables, mediante transferencia de recursos públicos, tiene por fin eliminar cualquier nivel de discrecionalidad en el manejo de fondos públicos, debido a que los recursos que las instituciones del sector público administran, deben cumplir la finalidad para la cual están destinados.

En concordancia, el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que regula el establecimiento de compromisos, en la parte final de su primer inciso prevé que “En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto”.

En el caso específico materia de la consulta, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 83 que creó la pensión vitalicia que motiva su consulta, ésta será cubierta “con las partidas que se establezcan en el Presupuesto General del Estado”, de lo que se desprende que el legislativo creó la pensión como beneficio, determinó su monto y dispuso que se efectúe la respectiva asignación de recursos para su pago en el presupuesto general del Estado.

De conformidad con el artículo 1453 del Código Civil, “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley...”.

Según el citado artículo 1453 del Código Civil, la ley es fuente de obligaciones y la pensión vitalicia que beneficia a los autores y compositores miembros de SAYCE, tiene su origen en una disposición legal y por lo tanto no constituye una donación que es un hecho discrecional, prohibido por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Por lo expuesto, la pensión vitalicia a la que se refiere su consulta no incurre en la prohibición del artículo 104 referido ya que dicha pensión constituye una asignación efectuada por la ley.

Adicionalmente, el origen legal y no discrecional de las pensiones vitalicias, se corrobora con la previsión que consta en el numeral 8.3.11 del Clasificador por Objeto de Gasto, que define a las “pensiones civiles vitalicias”, como “Transferencias para cubrir gastos por concepto de pensiones civiles vitalicias”, que según el numeral 8.3 íbidem son “Transferencias destinadas al sector privado, de acuerdo con disposiciones legales o por acto administrativo del gobierno”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que el Decreto Legislativo No. 83, publicado en Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1988, que creó

la pensión vitalicia a favor de los autores y/o compositores ecuatorianos, miembros activos de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, publicada en el Registro Oficial No. 572 de 9 de mayo del 2002, que amplió la pensión vitalicia a dos remuneraciones básicas mínimas, están vigentes pues las normas que la establecen y revalorizan no han sido derogadas, por lo que su reconocimiento no contraviene la prohibición del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

2. El informe jurídico del Ministerio de Cultura, no ha expuesto criterio sobre esta consulta. No obstante, con relación al tema de consulta, la Ministra de Cultura en el oficio que contesto, expone lo siguiente: “ El Ministerio de Cultura en cumplimiento al Decreto Legislativo No. 83, publicado en el Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1988, a través del cual se creó la pensión vitalicia equivalente a un sueldo básico a favor de los autores y compositores ecuatorianos, miembros activos de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos, y a lo señalado en la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, publicada en el Registro Oficial No. 572 de 9 de mayo de 2001, que amplía la pensión vitalicia a dos remuneraciones básicas, ha estado cancelando un valor mensual equivalente a dos remuneraciones básicas...”.

Por su parte, el Presidente de la Casa de la Cultura cita los considerandos de la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias y argumenta:

“Es interesante citar al Segundo Considerando que hace referencia a la dolarización como una medida económica que mermó considerablemente el poder adquisitivo de dichas pensiones vitalicias, por lo que es obligación del Estado, a decir del Tercer considerando, dotar de los recursos económicos mínimos a los compatriotas que han sobresalido en todas las manifestaciones del intelecto y las actividades deportivas, proporcionándoles pensiones en términos de un acercamiento al costo de la vida actual, por lo que era necesaria su revalorización”.

En el mismo oficio, el Presidente de la Casa de la Cultura cita el artículo 1 de la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, que establece el monto de la pensión; así como la Disposición Final de la misma Ley, que establece su prevalencia sobre otros decretos legislativos relacionados con la misma materia y demás leyes que se le opongan. Sobre dicha base, concluye que:

“La Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, reformó al Decreto Legislativo No. 83 y prevalece sobre éste, por lo que, lo que debe cancelarse a cada beneficiario son dos remuneraciones básicas mínimas legales cada mes, en total 24 al año”.

Al atender su primera consulta se transcribieron los artículos del Decreto Legislativo No. 83 que estableció la pensión vitalicia en beneficio de los autores y/o compositores miembros de SAYCE. De su texto, se desprende que el artículo 1 del citado Decreto Legislativo No. 83, estableció la pensión vitalicia y el artículo 2 dispuso que se creen seis pensiones vitalicias anuales para igual número de beneficiarios; es decir que autorizó que cada año, se determinen seis beneficiarios para recibir la pensión vitalicia.

El artículo 2 del Decreto Legislativo No. 83 fijó el monto de la pensión vitalicia en “un sueldo básico vigente”; por su parte, la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias expedida en el año 2002, únicamente modificó la cuantía de la pensión vitalicia, incrementándola a dos remuneraciones básicas mínimas; la misma norma dispone que: “Para el efecto, entiéndese por remuneración básica mínima legal o sectorial a la menor remuneración fijada en todas las tablas sectoriales vigentes en el país.”

Al tiempo en que se expidió la citada Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, el artículo 117 del Código del Trabajo previa:

Art. 117.- Remuneración Unificada.- Se entenderá por tal la suma de las remuneraciones sectoriales aplicables a partir del 1 de Enero del 2000 para los distintos sectores o actividades de trabajo, así como a las remuneraciones superiores a las sectoriales que perciban los trabajadores, más los componentes salariales incorporados a partir de la fecha de vigencia de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador.

El Estado, a través del Consejo Nacional de Salarios (CONADES), establecerá anualmente el sueldo o salario básico unificado para los trabajadores privados.

La fijación de sueldos y salarios que realice el Consejo Nacional de Salarios, así como las revisiones de los salarios o sueldo por sectores o ramas de trabajo que propongan las Comisiones Sectoriales, se referirán exclusivamente a los sueldos o salarios de los trabajadores sujetos al Código del Trabajo del sector privado”.

El artículo 3 del Decreto Legislativo No. 83 determina los requisitos para la concesión del beneficio a los autores y/o compositores, requisitos cuya calificación corresponde al Comité integrado en la forma prescrita por el artículo 4 del mismo Decreto Legislativo. Entre dichos requisitos, el citado artículo 3 del referido Decreto, alude a la acreditación de grabaciones o composiciones populares, y obras eruditas grabadas o no, “que constituyan un aporte relevante a la Cultura Nacional”. Por tanto, la pensión vitalicia a la que se refiere la consulta, se concede como un reconocimiento al aporte a la cultura que han realizado los autores y compositores beneficiarios, reconociendo así sus méritos.

El numeral 2 del artículo 18 del Código Civil, que establece las reglas de interpretación normativa, prevé que: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

En el caso materia de consulta, no existe definición legal del término “pensión vitalicia”, por lo que debe ser entendido en su sentido natural y según el uso general de las palabras que lo componen.

La palabra “pensión” está conceptualizada como “Cantidad de dinero que recibe una persona de otra o del Estado para su subsistencia.... Suma de dinero que el Estado entrega a ciertas personas o a los familiares de éstas por méritos o servicios prestados...”.

Por tanto, la pensión vitalicia está constituida por una cantidad de dinero, que se entrega en forma periódica, en el caso materia de la consulta por parte del Ministerio de Cultura, a los beneficiarios determinados en la forma establecida por el Decreto Legislativo No. 83.

Si bien el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 83 que establece la pensión vitalicia, no determina que ésta sea mensual, ello se deduce de la naturaleza de la pensión, otorgada en reconocimiento al aporte efectuado por los autores y compositores a la cultura, según el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 83, y “como mecanismo más propicio para mejorar cuantitativamente su nivel de vida”, según el considerando cuarto del citado Decreto Legislativo; y, por la remisión que el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 83, efectúa al concepto de “sueldo básico”, y de “remuneración básica”, según el artículo 1 de la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias que incrementó el monto de la pensión, pues el sueldo es una prestación mensual, según los artículos 80 y 83 del Código del Trabajo.

Del análisis que precede se desprende que el concepto de “sueldo básico” y de “remuneración básica mínima legal o sectorial”, al que aluden el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 83 y el artículo 1 de la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, respectivamente, corresponde al sueldo o salario básico unificado, definido por el artículo 117 del Código del Trabajo, cuya determinación efectúa anualmente el CONADES.

En atención a los términos de su consulta se concluye que la pensión vitalicia que establece el Decreto Legislativo No. 83 publicado en Registro Oficial No. 866 de 3 de febrero de 1988, en beneficio de los autores y/o compositores de SAYCE,

cuya cuantía se incrementó por la Ley de Revalorización de Pensiones Vitalicias, conforme al artículo 1 de ésta ley, aplicable a todos los beneficiarios de pensiones vitalicias creadas por las normas citadas en dicha Ley, corresponde a dos sueldos o salarios básicos unificados, por mes, para cada beneficiario, es decir veinticuatro (24) sueldos o salarios básicos unificados por año.

3. El informe jurídico del Ministerio de Cultura no expone criterio sobre esta consulta; el Presidente de la Casa de la Cultura, por su parte, cita el artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece los principios y reglas generales que rigen el control de constitucionalidad que compete a la Corte Constitucional y concluye que: “la inconstitucionalidad de dicho Decreto ley –en caso de existir-, no opera de pleno derecho, sino que debe ser declarada por la Corte Constitucional”.

De conformidad con el numeral 3º del artículo 237 de la Constitución de la República, compete a la Procuraduría General del Estado: “El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”.

Sobre la base de las disposiciones de los artículos 429 y 436 numeral 1º de la Constitución vigente, la Corte Constitucional para el periodo de transición, ha declarado que “el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo relacionado a la absolución de consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, se encuentra en manifiesta contradicción respecto a los preceptos constitucionales citados” y ha dispuesto a este Organismo se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución.

Toda vez que según se desprende de la comunicación que contesto, el tema materia de su tercera consulta, está relacionado en forma directa con la interpretación de normas de la Constitución de la República, la Procuraduría General del Estado, se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la materia.

OF. PGE. N°: 03674, de 12-09-2011

PLURIEMPLEO: DOCENTE FISCAL PRIMARIO Y VOCAL DE JUNTA PARROQUIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE EL LUCERO

CONSULTA:

En esa jurisdicción parroquial existe una Vocal Principal que se desempeña como miembro de la Junta Parroquial Rural de El Lucero y ejerce la docencia fiscal primaria, “ocupándose en este quehacer toda la mañana, sin embargo cumple a cabalidad todas las labores de gestión y delegaciones a ella encomendadas” y percibe remuneración tanto en esa Junta Parroquial como en la “Escuela Reina de los Shiris”, con recursos provenientes del Presupuesto General del Estado.

“¿Puede o no recibir dos remuneraciones estatales y puede desempeñarse en ambas instituciones?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 113 num. 6, 229 y 230.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 12, 25 y 84.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia Art. 96 num. 6.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 329.

Ley Orgánica de Educación Intercultural Arts. 11 y 117.

A.N° MRL 2011-00183, R. O. N° 505 de 3-08-2011 Arts. 2 y 4.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. 097-DL-ASOJUPAL de 2 de agosto de 2011 anexo a su consulta, el Asesor Jurídico de la Asociación de Juntas Parroquiales Rurales de la Provincia de Loja, ASOJUPAL, hace mención a los artículos 113 de la Constitución de la República y 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público y concluye manifestando que la vocal de la Junta Parroquial de El Lucero “si puede ejercer las dos funciones siempre y cuando no se interfieran entre ellas”.

El artículo 229 de la Constitución de la República, dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, “presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El artículo 230 de la citada Constitución, determina que en el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la Ley: “1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita”.

Respecto de los miembros de las juntas parroquiales, el numeral 6 del artículo 113 de la mencionada Carta Constitucional, dispone que: “El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes”. En este sentido, el numeral 6 del artículo 96 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, prescribe que: “El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes”.

El artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad de los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados; y, en la letra b) determina: “Los vocales de los gobiernos parroquiales rurales, conforme a lo dispuesto en la Constitución del Estado, podrán ejercer cualquier otra función como servidor o servidora pública o docente”.

El inciso cuarto del artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone: “El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docente, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita”.

De las citadas normas se desprende, que el ejercicio de las funciones de Vocal de una Junta Parroquial, no es incompatible con el desempeño de funciones como servidor público o docente; y por tanto, pueden desempeñarse como servidores públicos o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo como miembro de la Junta Parroquial lo permita.

Según el artículo 84 de la citada Ley Orgánica, el personal docente está sujeto a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio (actual Ley Orgánica de Educación Intercultural).

El artículo 11 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone que los docentes tienen las siguientes obligaciones: “...c) Laborar durante la jornada completa de acuerdo con la Constitución de la República, la Ley y sus Reglamentos”.

El artículo 117 de la indicada Ley Orgánica de Educación Intercultural, determina que la jornada semanal de trabajo será de cuarenta horas reloj, de la siguiente manera: “seis horas pedagógicas diarias, cumplidas de lunes a viernes. El tiempo restante hasta cumplir las ocho horas diarias estará distribuido en actualización, capacitación pedagógica, coordinación con los padres, actividades de recuperación pedagógica, trabajo en la comunidad, planificación, revisión de tareas, coordinación de área y otras actividades contempladas en el respectivo Reglamento”.

De las referidas normas legales de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se colige que la jornada semanal de trabajo de los docentes es de cuarenta horas reloj, dividido en seis horas pedagógicas diarias cumplidas de lunes a viernes; y el tiempo restante hasta cumplir las ocho horas diarias deben dedicarlas a la actualización pedagógica, coordinación con los padres, entre otras actividades previstas en la referida Ley Orgánica y su Reglamento.

Téngase en cuenta que el Ministro de Relaciones Laborales mediante Acuerdo No. MRL 2011-00183 incorporó al Sistema General de Clasificación de Puestos del Servicio Público, los puestos de las juntas parroquiales rurales conforme al detalle que ahí se especifica y en los artículos 2 y 4 de dicho Acuerdo, se fijan los pisos y techos de las remuneraciones mensuales que deberán percibir el ejecutivo y los vocales de las juntas parroquiales rurales; disponiendo además que, las juntas parroquiales rurales, mediante acto normativo definirán las jornadas de trabajo que deberán cumplir los vocales.

Por lo expuesto, en virtud de que los artículos 113 numeral 6 de la Constitución de la República, 96 numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que contiene una excepción expresa a la prohibición de pluriempleo, que determina que el ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no es incompatible con el desempeño de funciones como servidores públicos o docentes, siempre que su horario de trabajo lo permita, se concluye que un Vocal Principal de una Junta Parroquial Rural puede ejercer el cargo de Vocal de la Junta y desempeñarse como docente de una escuela fiscal; y además, percibir ambas remuneraciones, siempre y cuando el horario de trabajo como vocal de la Junta Parroquial lo permita.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo No. MRL 2011-001183 antes referido, corresponderá a la Junta Parroquial Rural de El Lucero, definir me-

diante acto normativo, las jornadas de trabajo que deberán cumplir los Vocales de esa Junta Parroquial.

En este sentido me he pronunciado en oficio No. 02149 de 8 de junio de 2011.

OF. PGE. N°: 03772, de 19-09-2011

**PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, PGE:
PATROCINIO DE CAUSAS A INSTITUCIONES DEL ESTADO**

**ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO NACIONAL DE PATRIMONIO
CULTURAL**

CONSULTA:

“Si la aplicación del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, significa que las instituciones del sector público con personería jurídica, deben comparecer en el patrocinio de las causas en que intervengan como denunciantes, actores o demandados, proponiendo las acciones correspondientes, impulsando los procesos, presentando todos los escritos y recursos que sean necesarios en defensa de la institución que representan hasta la conclusión de los procesos, o se limitaría a la sola presentación de demandas, denuncias, sin que continúe con el patrocinio jurídico hasta la finalización de los procesos, siendo la Procuraduría General del Estado quien continúe con las causas hasta su finalización y CÓMO LA AUTORIDAD DEL INPC respondería frente a este hecho ante la Contraloría General del Estado considerando además, que el Artículo 226 de la Constitución de la República, establece que las servidoras o servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades en la forma prescrita por la Constitución y la Ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 237 num. 1 y 2.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 a), b), c) 5 lit. a), b), c) y d), 7 y 8.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 31 num. 34.

Códificación de la Ley de Patrimonio Cultural Art. 4

D. E. N° 641 R. O. N° 182 de 2-10-2007.

D. E. N° 1094 R. O. N° 352 de 4-06-2008 Art. 1.

D. E. N° 1419 R. O. N° 470 de 19-11-2008 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe jurídico de la Directora de Asesoría Jurídica de dicho Instituto, que consta en el memorando No. 0294-DAJ-INPC-2011- M de 6 de septiembre de 2011, que respecto al asunto consultado expresa lo siguiente:

“La normativa en el caso de la Procuraduría General del Estado es clara, pues el literal a) del Artículo 5, no puede ser entendido sino en relación con lo dispuesto en las letras b) y c) del mismo artículo, pero la duda surge respecto de la actuación que en adelante tendría el INPC para el patrocinio de las causas que deba proponer, pues si se considera que el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (INPC), solo debe proponer las denuncias y demandas que corresponda, pero no seguir con la presentación de escritos, comparecencias y demás actuaciones hasta la finalización de los procesos, estimo que ello comportaría una aplicación no prevista por las normas descritas, en especial el Art. 7 de la Ley Orgánica Procuraduría General del Estado, y con ello A PESAR DE QUE SE LE ENCOMIENDA QUE ACTÚE EN DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL ESTADO, no podría hacerlo adecuadamente, inobservando por ende también la normativa de la Ley de Patrimonio Cultural”.

Concluye el informe de la Directora de Asesoría Jurídica manifestando: “Destaco que la ACTUACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO se realizará conforme a su Ley Orgánica, pero sobre la forma cómo en adelante deberá actuar el INPC, es necesario que se clarifique, y para ello se debe determinar cuál es el alcance del Artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para que en base a ello se proceda”.

Mediante el Decreto Supremo No. 2600 de 9 de junio de 1978, publicado en el Registro Oficial No. 618 de 29 del mismo mes y año, se creó el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, (INPC) con personería jurídica, cuyas funciones y atribuciones constan en el Art. 4 de la Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural, y reguladas por su Reglamento General, modificado por el Decreto Ejecutivo No. 641 publicado en el Registro Oficial No. 182 de 2 de octubre de 2007.

El Decreto Ejecutivo No. 1094, publicado en el Registro Oficial No. 352 de 4 de junio de 2008 en el Art. 1 reorganizó el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (INPC) convirtiéndolo en una dependencia del Ministerio de Coordinación de Patrimonio Natural y Cultural, con competencias para efectuar investigaciones antropológicas y del Patrimonio Cultural en el Ecuador, así como regular y sancionar de acuerdo con la Ley de la materia, todas las actividades de esta natura-

leza que se realicen en el país. Las demás competencias del INPC contenidas en la Ley de Patrimonio Cultural las asumió el Ministerio de Cultura.

Con el Decreto Ejecutivo No. 1419, publicado en el Registro Oficial No. 470 de 19 de noviembre de 2008, en el Art. 1 se sustituyó el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 1094 citado y se adscribió el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural al Ministerio de Coordinación de Patrimonio Natural y Cultural, “el cual mantendrá su personería jurídica establecida por la Ley de Patrimonio Cultural”.

La Constitución de la República en el Art. 237 entre las funciones del Procurador General del Estado, en el numeral 1 señala la representación judicial del Estado y en el numeral 2 el patrocinio del Estado y de sus instituciones.

De conformidad con el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde privativamente al Procurador General del Estado: a) Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con la ley; b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público; c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público, d) Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado Ecuatoriano.

De la norma del Art. 3 de la mencionada Ley Orgánica, que antecede se desprende que el Procurador General del Estado ejerce el patrocinio del Estado y de sus instituciones, debiendo distinguirse dos situaciones:

- a) Patrocinio en el país;
- b) Patrocinio en otro Estado

En el primer caso, el Procurador al Estado representa a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica y supervisa los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica, sin perjuicio de que el Procurador General del Estado promueva e intervenga como parte en ellos en defensa de los intereses del Estado.

En el segundo caso, esto es en el de patrocinio del Estado en el exterior, la Procuraduría General del Estado tiene facultad privativa de representar el Estado ecua-

toriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deben proponer o que se plantee en su contra, de acuerdo con la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado ecuatoriano.

El Art. 5 letra d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en cuanto a las facultades del Procurador General del Estado en el ejercicio del patrocinio estatal prevé:

“d) Representar judicialmente al Estado, a los organismos y entidades del sector público, de acuerdo con la Constitución Política de la República, tratados y convenios internacionales y la ley, en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado, con facultad para desistir de las acciones que hubiere propuesto y con facultad para transigir”.

Las prerrogativas previstas en los artículos 3 letra d) y 5 letra d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no contemplan, a diferencia del patrocinio nacional, posibilidad alguna para que una entidad con personería jurídica intervenga de forma directa en litigios internacionales. En esta materia, la responsabilidad de la defensa compete, de forma exclusiva, a la Procuraduría General del Estado.

La letra c) del Art. 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado faculta al Procurador General del Estado supervisar el desenvolvimiento de los procesos judiciales y de los procedimientos arbitrales y administrativos de impugnación o reclamo, en los que participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica e intervenir con respecto a ellos, en defensa de los intereses del Estado, ante cualquier organismo, Corte, Tribunal o Juez, dentro del país o en el exterior.

Por otra parte, el Art. 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y respecto a la representación de las instituciones del Estado, prescribe lo siguiente:

“Art. 7.- De la representación de las instituciones del Estado.- Las entidades y organismos del sector público e instituciones del Estado, con personería jurídica, comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales.

El patrocinio de las entidades con personería jurídica y entidades autónomas de conformidad con la ley o los estatutos respectivos, incumbe a sus representantes

legales, síndicos, directores o asesores jurídicos o procuradores judiciales, quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación, en las acciones u omisiones en las que incurrieren en el ejercicio de su función, sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador”.

De la norma que precede se establece que los organismos y entidades del sector público con personería jurídica, como es el caso del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, en el país comparecerán y ejercerán el patrocinio por intermedio de sus representantes legales, asesores jurídicos o procuradores judiciales en las causas que interesan a esa institución, proponiendo las acciones pertinentes e impulsando la sustanciación procesal hasta su conclusión, quienes responderán civil, administrativa y penalmente por sus acciones u omisiones en el ejercicio de su función, lo cual es independiente de las atribuciones y deberes del Procurador General del Estado.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en el Art. 8 en cuanto a los litigios en el exterior, faculta a los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador para representar legalmente al Estado y a las demás entidades u organismos del sector público ecuatoriano, en las calidades de actores o demandados en los juicios o diligencias judiciales que se propongan en otros estados.

Añade el Art. 8 citado que, recibida la citación o notificación los agentes diplomáticos o consulares pondrán en conocimiento del Procurador General del Estado dichas citaciones o notificaciones, a través del órgano regular, acompañando un informe sobre la legislación aplicable al caso, del país de que se trate relacionada con el proceso o procedimiento.

El Procurador General del Estado, en forma fundamentada instruirá y autorizará a los funcionarios de que trata este artículo para que intervengan en la controversia y cumplido este trámite, los agentes diplomáticos y consulares no requerirán de poder especial para intervenir en el juicio o realizar las diligencias judiciales correspondientes, pero informarán al Procurador de la marcha de los procesos, y éste supervisará que el patrimonio y el interés público del Estado Ecuatoriano sean debidamente preservados.

Es de advertir que esta disposición ratifica y guarda armonía con las normas de los artículos 3 letra d) y 5 letra d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que asigna potestad exclusiva para la representación internacional del Estado a la Procuraduría General del Estado, tanto es así que los agentes diplomáticos y consulares sólo pueden intervenir previa autorización del Procurador General del Estado.

Concluye el Art. 8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado disponiendo que el Procurador, a petición de los agentes diplomáticos o consulares autorizará la contratación de abogados particulares para que asuman la defensa o coadyuven a ella y que los honorarios serán pagados con cargo al presupuesto de la entidad u organismo interesado.

De la norma precedente se determina que los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador en los juicios o diligencias judiciales que se propongan en otros estados, una vez citados o notificados pondrán en conocimiento del Procurador General del Estado tales citaciones o notificaciones adjuntando un informe respecto a la legislación aplicable al caso, en relación con el proceso o procedimiento; y con tales antecedentes, el Procurador en forma fundamentada instruirá y autorizará a los agentes diplomáticos y consulares para que intervengan en la controversia.

Así mismo se desprende del Art. 8 citado que concluido este trámite los agentes diplomáticos o consulares no requerirán de poder especial para comparecer en el juicio o realizar las diligencias judiciales pertinentes pero deberán informar al Procurador General del Estado, respecto de la marcha de los procesos, quien supervisará que el patrimonio y el interés público del Estado Ecuatoriano sean preservados y además a petición de los agentes diplomáticos o consulares, el Procurador autorizará la contratación de abogados particulares para que asuman la defensa o coadyuven a ella y cuyos honorarios se pagarán del presupuesto de la entidad u organismo interesado.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Procuraduría General del Estado también puede asumir la representación internacional del Estado de forma conjunta con abogados externos contratados para el efecto, de conformidad con el régimen especial previsto en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y con cargo a los recursos de su propio presupuesto.

La Constitución de la República, en el Art. 226 dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 3 letra c) y 5 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, según los cuales corresponde al Procurador General del Estado supervisar el desenvolvimiento de los juicios, los procedimientos arbitrales y administrativos de impugnación o reclamo en los que

participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica, sin perjuicio de promoverlos e intervenir como parte en ellos, en defensa de los intereses del Estado; y el Art. 7 de la misma Ley Orgánica, que faculta a las entidades y organismos del sector público con personería jurídica, comparecer y ejercer el patrocinio por intermedio de sus representantes legales se concluye que, en el país, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, como entidad con personería jurídica, en aplicación del Art. 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, debe comparecer y patrocinar por intermedio de sus representantes legales, en las causas en que intervengan como denunciante, actores o demandados en defensa de la institución hasta la conclusión de los procesos, sin perjuicio que el Procurador General del Estado promueva e intervenga como parte procesal en ellos, en defensa de los intereses del Estado, ante cualquier organismo, Corte, Tribunal o Juez dentro del país o en el exterior.

De otra parte, de conformidad con la letra d) del artículo 3 y artículo 5 letra d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde de forma privativa al Procurador General del Estado representar al Estado ecuatoriano en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado. El INPC, atento el mandato inserto en el artículo 226 de la Constitución de la República, tendrá el deber de coordinar acciones con la Procuraduría General del Estado, para una mejor defensa de los intereses del Estado.

Este marco de actuación, en materia de patrocinio internacional, no riñe con las disposiciones de la Ley de Patrocinio Cultural y su Reglamento, ya que estas últimas disposiciones deben aplicarse y ejecutarse, de conformidad con las disposiciones cronológicamente posteriores y jerárquicamente superiores de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de la Constitución de la República que, en su artículo 237, ordena que corresponde al Procurador General del Estado, la representación judicial del Estado y el patrocinio del Estado y de sus instituciones.

No me pronuncio respecto a presuntas responsabilidades de la autoridad del INPC frente a la Contraloría General del Estado, por ser una atribución privativa de ese Organismo, de conformidad con el Art. 31 numeral 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 03656, de 13-09-2011

REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD: COMPETENCIA DE LAS MUNICIPALIDADES PARA TRAMITAR QUEJAS E IMPONER SANCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE
DATOS PÚBLICOS

CONSULTAS:

1. “¿De conformidad al artículo 16 de la Ley de Registro, las municipalidades del país, deben receptor los procesos de quejas contra los Registradores de la Propiedad, pendientes de resolución, remitidos por el Consejo de la Judicatura y continuar dichos trámites para sancionarlos, si el caso así lo amerita?”.

2. “¿Las Municipalidades son directamente responsables de receptor y tramitar las quejas que se presenten contra los Registradores de la Propiedad e imponer las sanciones que correspondan conforme constan en el artículo 16 de la Ley de Registro, no sin antes solicitar un informe previo a la resolución, a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, atendiendo a la concurrencia de facultades impuesta en el artículo 265 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 11 num. 3 y 5, 120 num. 3 y 6, 237 num. 3, 265, 427, 429 y 436.

Ley Orgánica del Servicio Público Art. 42.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e) y 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 142.

Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 2 y 264.

Ley Orgánica de la Función Judicial Arts. 11 y 13 num. 17 (derogada).

Código Civil Art. 7.

Ley de Registro de la Propiedad Arts. 16.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 13, 19, 20, 29, 31 y Disp. Final.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el memorando No. 0198-DJU-DINARDAP-2011 de 14 de julio de 2011, que contiene el criterio jurídico de la entidad consultante, anexo a su oficio, la Directora Jurídica del Registro de Datos Públicos “recomienda que, en virtud de

la disposición constante en el artículo 16 de la Ley de Registro, le corresponde conocer las quejas que se presentaren contra los Registradores de la Propiedad, a la Autoridad Municipal en sus respectivos cantones, siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Añade la Directora Jurídica que: “Las Municipalidades serán directamente responsables de receptor y tramitar las quejas que se presenten contra los Registradores de la Propiedad e imponer las sanciones que correspondan. A más de que es importante indicar que para tomar una resolución, las municipalidades deben contar con un informe vinculante de la Dirección de Registro de Datos Públicos, atendiendo a las atribuciones concedidas por el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, de conformidad a la concurrencia de la administración entre la entidad del Ejecutivo (DINARDAP) y los gobiernos autónomos descentralizados, establecida en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 265 y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en su artículo 142”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficio No. 03721 de 15 de septiembre de 2011, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio del Consejo de la Judicatura de Transición, lo que fue atendido por el Presidente del indicado Consejo, mediante oficio No. 0265-DG-CJT-11 de 30 de septiembre de 2011, ingresado el 6 de octubre de 2011, al que se anexa el memorando No. 1642-DAJ-CJ-2011-OCHG/LB de 17 de septiembre de 2011, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura de Transición, quien manifiesta que desde la promulgación de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la competencia para resolver las quejas presentadas en contra de los Registradores de la Propiedad fue asumida por la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, “por lo tanto, considero que, el Consejo de la Judicatura a partir de la promulgación de la ley perdió competencia sobre los Registradores de la Propiedad; es decir, la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos puede sancionar de conformidad con la ley que regula a las servidoras o servidores públicos, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con lo estipulado en el Capítulo Quinto del Régimen Disciplinario del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Civil (Público)”.

Concluye el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura expresando que: “Las quejas presentadas con anterioridad a dicha ley, le corresponde resolverlas al Consejo de la Judicatura de Transición, con la ley que estuvo entonces vigente; y, si hubiere quejas que fueron receptadas por el Consejo de la

Judicatura sin competencia, por el cambio de norma, aquellas deben ser asumidas por la Dirección Nacional de Datos Públicos y de creerlo pertinente declarar la nulidad de lo actuado para continuar con el trámite”.

El artículo 265 de la Constitución de la República, establece que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades.

En virtud del nuevo orden constitucional, la Corte Constitucional para el Período de Transición expidió la Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del 2008, que dentro de sus consideraciones expresa: “A la luz de la disposición derogatoria de la Constitución, en un contexto de mutación constitucional como el que vive el Ecuador, la vigencia de la nueva Carta, no puede implicar la desinstitucionalización del país; es por ello, que en aplicación de los principios de conservación del derecho y armonización constitucional, todas las normas preconstitucionales que no sean contrarias al texto de la Constitución, mantienen su vigencia, mientras no sean reemplazadas por una nueva legislación post-constitucional. En el caso concreto de las Leyes Orgánicas de la Función Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura, vigentes antes de la promulgación de la nueva Constitución; así como las demás leyes que regulan los órganos que administran justicia (leyes sustantivas y adjetivas militares y policiales); y la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, ésta se encuentran vigentes en todo aquello que no contradiga expresamente la Constitución; este es el caso de la subrogación de los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia, a través de mecanismos de Conjuces establecido en dicha Ley”.

En el numeral 14 de la parte resolutive de la referida Sentencia Interpretativa, relacionada con las funciones del Consejo de la Judicatura, expresa: “Las funciones que deberá cumplir este órgano, de acuerdo con la interpretación constitucional del principio de aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, son todas aquellas establecidas en la Constitución, especialmente las del artículo 181, con las limitaciones previstas en el Régimen de Transición, para lo cual deberán establecer, previa designación de sus autoridades, los mecanismos de reforma y organización institucional”.

De la parte pertinente Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del 2008, que he transcrito, se establece que la Corte Constitucional para el período de transición declaró vigentes las Leyes Orgánicas de la Función Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura.

Con relación a los registros de la propiedad, la Ley Orgánica de la Función Judicial (derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial) en el artículo 13 numeral 17 confería atribuciones a la ex Corte Suprema de Justicia, para determinar en cualquier tiempo el número de registradores, entre otros funcionarios y empleados judiciales que ahí se especificaban, y en su Título II, Sección VII contemplaba la designación y el período de funciones de los registradores de la propiedad y mercantiles; de lo cual se colige que, los registradores de la propiedad y mercantiles se consideraban como parte de la Función Judicial.

La Ley de Registro en su artículo 16, disponía que “Las Cortes Superiores en sus respectivos distritos conocerán las quejas que se presentaren contra los Registradores, imponiéndoles la sanción correspondiente, luego de recibir el informe por escrito de aquel funcionario y de efectuar las diligencias necesarias para la comprobación del hecho imputado”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, promulgada en el Registro Oficial No. 279 de 19 de marzo de 1998 (derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial), en el artículo 11 facultaba al Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura para: “...c) Conocer y resolver las apelaciones administrativas por separación, por incapacidad o inhabilidad; por sanciones disciplinarias de destitución o remoción de los ministros de cortes superiores y tribunales distritales, vocales de tribunales penales, jueces, registradores, notarios y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial”.

Con fecha 9 de marzo de 2009, se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo ámbito previsto en el artículo 2 comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de las juezas y jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia y en sus “DISPOSICIONES REFORMATARIAS Y DEROGATORIAS previó lo siguiente:

“1. Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente ley, especialmente las siguientes:

1. La Ley Orgánica de la Función Judicial, promulgada en el Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974 y todas sus reformas y resoluciones interpretativas;
2. La Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, promulgada en el Registro Oficial 279 de 19 de marzo de 1998 y todas sus reformas y resoluciones interpretativas”.

El 2 de abril de 2009, el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 13-09 de 2 de abril de 2009, asumió competencia para continuar conociendo las quejas contra los registradores de la propiedad y mercantil. Dicha Resolución, en lo principal se basa en los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República, artículo 427 de la misma Constitución, en la Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del 2008.

El considerando noveno de la resolución del Consejo de la Judicatura señala: “Que el Código Orgánico de la Función Judicial en sus disposiciones derogatorias no incluye que se derogue la Ley de Registro”, sin determinar la norma de la Ley de Registro que constituye fundamento legal para la Resolución.

Finalmente la Resolución No. 13-09 de 2 de abril de 2009 del Consejo de la Judicatura cita el artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, que antes de su reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011, confería funciones al Pleno del Consejo de la Judicatura para: “...16. Expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario; particularmente para velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial”.

Con fundamento en lo expuesto, el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 13-09 de 2 de abril de 2009, en su artículo 1 resolvió: “Continuar ejerciendo, como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, el control disciplinario y administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantil del país, dentro del período de transición y hasta que se dicten las normas legales pertinentes y pasen a ser administrados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 de la Constitución de la República”.

Mediante publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 162, se expidió la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la cual en su artículo 19 dispone que de conformidad con la Constitución de la República, “el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro”.

Al promulgarse la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos el 31 de marzo de 2010, el Consejo de la Judicatura perdió competencia para conocer o resolver las quejas contra los Registradores.

De conformidad con lo referido en los antecedentes de su consulta, contenida en el oficio No. 297-DN.DINARDAP-2011 de 15 de junio de 2011, señala que mediante oficio No. 0140-S-CJ-MAP-2011, el Secretario del Consejo de la Judicatura (E), puso en conocimiento de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, que “el Pleno de la Judicatura, en sesión de 18 de mayo de 2011, resolvió disponer a los señores Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura se abstengan de ejercer o pretender ejercer competencias de gestión y/o disciplina respecto de las oficinas de los Registros de la Propiedad y Mercantil a nivel nacional y que remitan todos los expedientes a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Cabe tener presente que, en el caso que motiva su consulta, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos no contiene disposición relativa a los procesos de quejas pendientes de resolución en contra de los Registradores de la Propiedad.

El artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prescribe que son registros de datos públicos: el Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en el marco de lo dispuesto por la Constitución de la República y las leyes vigentes. Agrega: “Los Registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, y sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional”.

En concordancia, el artículo 29 de la indicada Ley, expresa que el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, estará conformado por los registros: civil, de la propiedad, mercantil, societario, datos de conectividad electrónica, vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y todos los registros de datos de las instituciones públicas y privadas que mantuvieren y administren por disposición legal información registral de carácter público. Añade: “Será presidido por la Directora o Director Nacional de Registro de

Datos Públicos, con las facultades que se determinan en la presente Ley y su respectivo reglamento”.

El artículo 19 de la mencionada Ley dispone:

“Registro de la Propiedad.- De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional.

Los Registradores de la Propiedad asumirán las funciones y facultades del Registro Mercantil, en los cantones en los que estos últimos no existan y hasta tanto la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos disponga su creación y funcionamiento.

Las Registradoras o Registradores de la propiedad deberán ser de nacionalidad ecuatoriana, abogadas o abogados y acreditar ejercicio profesional por un período mínimo de 3 años y los demás requisitos que la ley prevé para el ejercicio del servicio público y Ley de Registro. El concurso de méritos y oposición será organizado y ejecutado por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana. Una vez concluido el proceso, la Alcaldesa o Alcalde procederá al nombramiento del postulante que mayor puntuación hubiere obtenido, por un período fijo de 4 años, quien podrá ser reelegida o reelegido por una sola vez.

Las Registradoras o Registradores podrán ser destituidas o destituidos de sus cargos por incumplimiento de las funciones registrales debidamente comprobado, de conformidad con la presente ley, su reglamento y las demás normas que regulen el servicio público.

También podrán ser destituidos en los casos en los que impidan o dificulten la conformación y funcionamiento del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, de conformidad con el reglamento de la presente ley”.

Respecto de los registros mercantiles, el inciso primero del artículo 20 de la mencionada Ley dispone que dichos registros “serán organizados y administrados por la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Pú-

blicos”; y, en su inciso tercero determina que los registradores mercantiles “serán designados mediante concurso público de oposición y méritos, por la Directora o Director Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Del tenor de los artículos 13, 19 y 20 de la Ley de Registro de Datos Públicos, se establece que le corresponde a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, el control, auditoría y vigilancia de todos los registros públicos, en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública y que los registradores de la propiedad son organizados y designados previo concurso efectuado por el respectivo municipio, mientras que la organización de los registradores mercantiles le compete a la Función Ejecutiva, a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. La designación de los titulares de tales registros debe efectuarse mediante concurso público de oposición y méritos al Director Nacional de Registro de Datos Públicos.

Añádase a lo anterior que, el inciso segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prescribe que: “Las funcionarias o funcionarios que se requieran en las funciones registrales bajo competencia de las municipalidades y del gobierno central, respectivamente, estarán sujetos a la ley que regule el servicio público”.

De conformidad con el artículo 31 de la citada Ley, la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos tendrá las siguientes atribuciones y facultades: “...7. Vigilar y controlar la correcta administración de la actividad registral; 8. Sancionar de conformidad con la ley que regula a la servidora o servidor público, el incumplimiento de los deberes y obligaciones de las registradoras o registradores”.

Nótese que la atribución a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, para sancionar al servidor por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones está referida de manera general a “las registradoras o registradores”; de lo cual se colige que dicha facultad para sancionar será de aquellos registradores que pertenezcan a la Función Ejecutiva y dependan administrativamente de la mencionada Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

La Disposición Reformatoria y Derogatoria Cuarta de la misma Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, en el numeral 5 reformó el artículo 16 de la Ley de Registro, en los siguientes términos: “La autoridad municipal en sus respectivos cantones, o la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su caso, conocerán las quejas que se presentaren contra los Registradores, imponiéndoles la sanción correspondiente, luego de recibir el informe por escrito de

aquel funcionario y de efectuar las diligencias necesarias para la comprobación del hecho imputado”.

Conforme a la Disposición Final de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos: “La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”; esto es, el 31 de marzo del 2010.

Por lo expuesto, en aplicación del principio de irretroactividad de la Ley, previsto en el artículo 7 del Código Civil, teniendo en cuenta que el artículo 16 de la Ley de Registro, reformado por la Disposición Reformatoria y Derogatoria Cuarta de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, otorgó a los municipios de cada cantón competencia para conocer y resolver las quejas que se presentaren contra los registradores de la propiedad de su jurisdicción, en atención a su consulta, se concluye que las municipalidades del país, no son competentes para conocer y resolver sobre los procesos de quejas contra los Registradores de la Propiedad, pendientes de resolución, remitidos por el Consejo de la Judicatura, entidad que perdió competencia al promulgarse la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Del análisis jurídico efectuado, se evidencia un vacío en las normas que regulan la materia de su consulta, puesto que, por una parte, el Consejo de la Judicatura perdió competencia para conocer y resolver las quejas contra los Registradores, cuando se promulgó la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que reformó el Art. 16 de la Ley de Registro, mientras que, por otro lado, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos no contiene disposición relativa a los procesos de quejas pendientes de resolución en contra de los Registradores de la Propiedad. La posibilidad de llenar este vacío legal, sea por reforma o interpretación de la ley o interpretación constitucional, rebasa las atribuciones de la Procuraduría General del Estado, establecidas en el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica, que prevén entre las funciones del Procurador General del Estado, el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

En tal virtud, no es facultad de esta Procuraduría determinar a qué autoridad le compete atender las quejas contra los Registradores de la Propiedad que se encontraban pendientes antes de la promulgación de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, por lo que corresponde a la Asamblea Nacional efectuar la interpretación legal pertinente, en ejercicio de la atribución que le

otorga el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República; o, a la Corte Constitucional realizar la interpretación de las normas constitucionales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 429 y 436 numeral 1 de la Constitución de la República.

2. Con respecto a esta consulta, en el criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en el Memorando No. 0198-DJU-DINARDAP-2011 de 14 de julio de 2011, se manifiesta lo siguiente:

“Las Municipalidades serán directamente responsables de receptor y tramitar las quejas que se presenten contra los Registradores de la Propiedad e imponer las sanciones que correspondan. A más de que es importante que para tomar una resolución, las municipalidades deben contar con el informe vinculante de la Dirección de Registro de Datos Públicos, atendiendo en las atribuciones concedidas por el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, de conformidad con la concurrencia de la administración entre la entidad del Ejecutivo (DINARDAP) y los gobiernos autónomos descentralizados, establecida en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 265 y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en su artículo 142”.

En el memorando No. 1642-DAJ-CJ-2011-OCHG/LB de 17 de septiembre de 2011, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura de Transición manifiesta que: “la Autoridad Municipal en sus respectivos cantones o la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su caso, y de acuerdo a las facultades concedidas por la ley, conocerán las quejas que se presentaren contra los Registradores, imponiéndoles la sanción correspondiente, luego de recibir el informe por escrito de aquel funcionario y de efectuar las diligencias necesarias para la comprobación del hecho imputado, contemplado en el Art. 16 de la Ley de Registro, tanto más que, para ello, la Dirección Nacional tiene la facultad de dictar normas que regulen su funcionamiento a nivel nacional”.

El artículo 265 de la Constitución de la República, establece que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las Municipalidades.

Conforme quedó señalado al atender su primera consulta, el artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos determina cuáles son los registros de datos públicos, entre los que consta el Registro de la Propiedad; y, de los 19 y 20 *ibídem*, corresponde al respectivo municipio de cada cantón,

la administración del Registro de la Propiedad de su jurisdicción, cuyo titular es nombrado por el Alcalde, previo concurso de méritos y oposición organizado por la Municipalidad respectiva.

El artículo 16 de la Ley de Registro, (reformado por el numeral 5 de la Disposición Reformatoria y Derogatoria de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos) establece lo siguiente: “La autoridad municipal en sus respectivos cantones, o la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su caso, conocerán las quejas que se presentaren contra los Registradores, imponiéndoles la sanción correspondiente, luego de recibir el informe por escrito de aquel funcionario y de efectuar las diligencias necesarias para la comprobación del hecho imputado”.

Del referido artículo 16, se desprende que la autoridad competente para conocer las quejas que se presenten contra los Registradores de la Propiedad que motiva su consulta, es la máxima autoridad municipal del respectivo cantón, sin que en dicha norma se requiera informe previo de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, como menciona en su consulta.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto de la competencia para el ejercicio del Registro de la Propiedad dispone:

“Artículo 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de Registro de la Propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

Del análisis jurídico efectuado al atender su primera consulta, la administración de los Registros de la Propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales en la forma dispuesta por el artículo 142 del COOTAD, por tanto, corresponde al Alcalde como la autoridad competente para conocer las quejas que se presenten contra los Registradores de la Propiedad conforme al artículo 16 de la Ley de Registro.

De otra parte, la Ley Orgánica del Servicio Público en el Título III, artículo 4 “DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO”, artículo 42, inciso primero, establece que se consideran faltas disciplinarias “aquellas acciones u omisiones de las servidora o

servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo atinente a derechos y prohibiciones constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme a los artículos 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el Registro de la Propiedad es administrado por el Municipio de cada cantón, se concluye que las Municipalidades son las entidades directamente responsables de receptor y tramitar las quejas que se presenten en contra de los Registradores de la Propiedad tal como lo prevé el artículo 16 de la Ley de Registro e imponer las sanciones que correspondan conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público antes referido.

OF. PGE. N°: 04389, de 20-10-2011

**REGISTRO MUNICIPAL DE LA PROPIEDAD: RÉGIMEN
ADMINISTRATIVO DEL PERSONAL –FUNCIONARIOS DE
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTECRISTI

CONSULTAS:

1. “¿El personal que pasó a formar parte del Registro Municipal de Propiedad del Cantón Montecristi, debe ser contratado bajo la normativa del Código del Trabajo o de la Ley Orgánica del Servicio Público?”
2. “¿Una vez puesta en vigencia la Ordenanza del Orgánico Funcional por Procesos del Gobierno Municipal del Cantón Montecristi, es procedente que se haya determinado a los Jefes Departamentales reintegrados como de Libre Nombramiento Remoción?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 237 num. 3 y 265.
Ley Orgánica del Servicio Público Art. 3.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 7, 57 y 142.

Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos Arts. 13, 19 y Disp. Trans. Primera Ordenanza para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad del Cantón Montecristi Art. 28.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico Municipal, que consta en el oficio No. 052-RASC-PS-2011 de 3 de octubre de 2011, que con respecto al tema consultado expresa lo siguiente:

“a).- El único personal en el sector público y principalmente en este Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, que está regido por el Código del Trabajo, es el personal obrero, guardias, servicios varios, etc.

b).- El personal del sector público de este Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, que está regido por la Ley Orgánica del Servicio Público, es el personal administrativo que por sus actividades administrativas está bajo este régimen como son el personal administrativo fijo, servicios ocasionales, servicios profesionales, etc”.

Concluye manifestando el informe del Procurador Síndico Municipal que: “Con todo lo expuesto es procedente que la máxima autoridad municipal autorice la contratación del personal que pasó a formar parte de la Municipalidad de Montecristi por mandato de la Ley, según la Disposición Transitoria Primera inciso último de la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos, bajo la modalidad de Servicios Ocasionales, hasta que de igual manera de conformidad con lo indicado en la Constitución ecuatoriana, la máxima autoridad municipal, disponga el inicio del concurso de mérito y oposición en el que puedan participar el mismo personal enunciado para que se desempeñe con la carrera administrativa”.

La Constitución de la República, en el Art. 229 dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 3 prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

La Constitución de la República, en el Art. 265 prevé que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 7 dispone que para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce entre otros a los concejos municipales, la capacidad de dictar normas de carácter general, a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial; el ejercicio de esta facultad se circunscribe al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley.

El Art. 142 del Código Orgánico citado, dispone lo siguiente:

“Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

De la normativa que antecede se desprende que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo o dignidad dentro del sector público. Así mismo se determina que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades; la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; el sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central y se reitera que su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro; en tanto que los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales.

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, en el inciso primero del Art. 13 dispone que son registros de datos públicos: El Registro Civil, de la

Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en el marco de lo dispuesto por la Constitución de la República y las leyes vigentes. Agrega que los registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de base de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional.

El Art. 19 incisos primero y segundo de la Ley citada prescribe lo siguiente:

“Art. 19.- Registro de la Propiedad.- De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional.

Los Registros de la Propiedad asumirán las funciones y facultades del Registro Mercantil, en los cantones en los que estos últimos no existan y hasta tanto la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos disponga su creación y funcionamiento”.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone lo siguiente:

“PRIMERA.- El personal que actualmente trabaja en los registros de la propiedad y mercantil, continuará prestando sus servicios en las dependencias públicas creadas en su lugar, por lo que dicho cambio no conlleva despido intempestivo. En los casos de renuncia voluntaria o despido intempestivo, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tendrán la obligación de liquidar a sus trabajadoras o trabajadores, con base en su tiempo de servicios y de conformidad con las normas del Código de Trabajo”.

Agrega el inciso segundo de la Disposición Transitoria Primera que: “Las funcionarias o funcionarios que se requieran en las funciones registrales bajo competencia de las municipalidades y del gobierno central, respectivamente, estarán sujetos a la ley que regule el servicio público”.

De la normativa de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos citada, se desprende que los Registros de Datos Públicos, entre estos el Registro de la Propiedad, son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de dicha Ley, sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública; siendo administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva, a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos; correspondiendo al Municipio de cada cantón la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro.

Igualmente se determina que la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, ha previsto una continuidad laboral en cuanto al personal que a la fecha de expedición de dicha Ley trabajaba en los registros de la propiedad y mercantil, para que sigan prestando sus servicios en las dependencias públicas creadas en reemplazo de los entes de derecho privado que anteriormente estaban a cargo de dichos Registros, bajo competencia de las municipalidades y del gobierno central, respectivamente, sin que dicho cambio constituya despido intempestivo (ya que cuando los registros eran dependencias privadas, sus empleados se sujetaban al Código del Trabajo).

La Municipalidad del Cantón Montecristi, en ejercicio de la facultad normativa que le confiere la letra a) del Art. 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con fecha 9 de junio de 2011, expidió la Ordenanza para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad del Cantón Montecristi, que en el Art. 28 dispone lo siguiente:

“Art. 28.- Personal del Registro de la Propiedad.- El personal de carrera que laborará en el Registro Municipal de la Propiedad, sólo será designado por la máxima autoridad municipal, mediante concurso público de merecimiento, de conformidad con lo determinado en la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público y por tal sujetos a la ley; así mismo el personal administrativo y de servicio necesario para desempeñar las funciones y labores temporales en el Registro de la Propiedad Municipal, será designado por la máxima autoridad municipal, cuyos contratos serán celebrados bajo las modalidades y normativas establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público y Código del Trabajo, respectivamente”.

De lo expuesto se concluye que, respecto del personal que a la fecha de promulgación de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos trabajaba en

los registros de la propiedad y mercantil, le corresponde aplicar la Disposición Transitoria Primera de la indicada Ley, por lo cual el personal que anteriormente laboraba en el Registro de la Propiedad de Montecristi (ente privado), pasará a formar parte del Registro Municipal de la Propiedad del Cantón Montecristi, bajo el régimen de la LOSEP o del Código del Trabajo, según el caso.

Para determinar si el personal que pasó a formar parte del Registro Municipal de Propiedad del Cantón Montecristi “debe ser contratado bajo la normativa de la Ley Orgánica del Servicio Público o del Código del Trabajo, deberá tener en cuenta los parámetros y procedimientos dispuestos en el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010 que contiene los parámetros para la Clasificación de Servidores y Obreros, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 de 30 de abril de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009 que determinó las “Limitaciones a la Contratación Colectiva del Sector Público”, así como la “Normativa Técnica que regula el procedimiento para la calificación de obreras y obreros y servidora y servidores del sector público”, expedida por la SENRES (actual Ministerio de Relaciones Laborales) mediante Resolución No. 141, publicada en el Registro Oficial NO. 620 de 25 de junio de 2009.

2. El Procurador Síndico de la Municipalidad de Montecristi, en el informe que consta en el oficio No. 054 RASC-PS-2011 de 4 de octubre de 2011 y respecto al tema consultado expresa lo siguiente:

“Que los cargos y personas que se detallan han sido reintegrados por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia de Portoviejo, por haber sido cesados de sus funciones sin motivación alguna y en vista de ello falló a favor de aquellos, a continuación:

a). Sr. Félix Guillermo Chiriboga Robalino, Jefe de Rentas, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha noviembre 28 de 2006, las 10h20; y auto dictado con fecha agosto 18 de 2010, las 17h30, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia...

b). Sr. Gabriel Arturo Anchundia Delgado, Jefe de la Unidad de Gestión Ambiental reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha junio 27 de 2006, las 11h00; y, auto dictado con fecha Agosto 25 de 2010, las 09h05, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia...

c). Sr. Carlos Ignacio Alvia Bermúdez, Jefe de Avalúos y Catastros, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha enero 30 de 2007, las 11h00; y, auto dictado con fecha 07 de octubre de 2010, las 09h15, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia...

d). Sr. Humberto Pompilio Palacios Delgado, Jefe de Servicios Administrativos, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha julio 11 de 2007, las 10h30; y, auto dictado con fecha 27 de Abril de 2010, las 16h34, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia”.

La Constitución de la República, en el Art. 237 numeral 3 dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

Los Arts. 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, disponen que compete al Procurador General del Estado asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse ante el Tribunal Constitucional. (Actual Corte Constitucional)

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el asunto consultado fue conocido y resuelto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 y por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

OF. PGE. N°: 05280, de 01-12-2011

RENUNCIA OBLIGATORIA DE FUNCIONES: COMPRA CON INDEMNIZACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR

CONSULTA:

“Si los requisitos que la Institución debe cumplir para proceder a la cesación obligatoria de funciones de las servidoras o servidores públicos de carrera, a través de la figura de la ‘compra de renunciaciones con indemnización’ son las siguientes:

- a) Que la Institución establezca un plan de compra de renunciaciones con indemnización acorde con los procesos de reestructuración, optimización o racionalización del talento humano; y,
- b) Que el monto de las indemnizaciones que debe ser entregado a las servidoras y servidores públicos de carrera sea en efectivo, y se encuentre debidamente presupuestado.

En consecuencia, una vez cumplidos estos requisitos y efectuado el pago de las indemnizaciones: ¿Es procedente la cesación de funciones, sin otro trámite?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 227, 229 y 237 num. 3.

Ley Orgánica del Servicio Público Art. 47 lit. k) y Disp. Gen. Primera nums. 1 y 2; y, artículo agregado a continuación del artículo 108 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

D. E. N° 813 R. O. S. N° 489 de 12-07-2011.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su petición, mediante oficio No. 3349 de 23 de agosto de 2011, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales; requerimiento que fue atendido por el titular de esa Cartera de Estado, en oficio No. MRL-DM-2011-EDT-000139 de 5 de septiembre de 2011.

En el oficio No. DNJ-DCP-(i)-0973 sin fecha, que contiene el criterio jurídico de la entidad consultante y que se ha anexado a su oficio de consulta, la Directora Nacional Jurídica Aduanera del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, hace referencia a los requisitos señalados en la consulta, para proceder a la cesación obligatoria de funciones de los servidores de carrera a través de la compra de

renuncias con indemnización y concluye manifestando que: “A más de las disposiciones contenidas en los Art. 47 de la LOSEP y el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 108 de su Reglamento General, mediante Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, no existe en nuestra normativa vigente, disposición legal o reglamentaria adicional, que establezca otros requisitos a más de los ya señalados en las antes mencionadas disposiciones; siendo, en tal razón, totalmente viable la cesación de funciones de las servidoras y servidores públicos a través de la ‘compra de renuncia con indemnización’, una vez cumplidas las dos condiciones señaladas en los literales a) y b) del acápite precedente; y, habiéndose entregado la indemnización determinada en el antes mencionado artículo innumerado, con lo cual, la compra de renuncia con indemnización, es procedente y se efectiviza”.

En el oficio No. MRL-DM-2011-EDT-000139 de 5 de septiembre de 2011, el Ministro de Relaciones Laborales, manifiesta que para determinar los requisitos que se deben cumplir y efectuar el pago correspondiente a la indemnización, y proceder a la cesación definitiva por compra de renunciaciones con indemnización en aplicación de la letra k) del artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público y del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 de 7 de julio de 2011, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 489 de 12 de julio de 2011, “es necesario señalar que, se otorgó la facultad a las instituciones del Estado para que, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización que lleven a efecto, puedan establecer planes de compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, a través de los cuales, las servidoras y servidores públicos deberán cesar en sus funciones, siendo para estas servidoras y servidores públicos obligatorio el cumplimiento de la acción de personal, a través de la cual se dispone su cesación definitiva de funciones”.

Expresa el Ministro de Relaciones Laborales, que en cumplimiento del artículo 229 de la Constitución de la República, se expidió la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su artículo 47 establece los casos de cesación de funciones de los servidores públicos, “determinándose en la letra k) del indicado artículo, la compra de renunciaciones con indemnización, causal de cesación que no se opone, ni transgrede norma legal alguna, incluida la estabilidad laboral, más aún cuando la o el servidor público, al ser desvinculado, recibe una indemnización económica. En concordancia, el Decreto Ejecutivo reformativo del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, al incorporar un artículo innumerado a continuación del artículo 108, hace viable la aplicación de la Ley para la cesación de funciones mediante el mecanismo señalado”.

Agrega el Ministro, que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y su reforma, establecen la regulación para la aplicación de la cesación

definitiva de funciones de los servidores públicos por compra de renuncias con indemnización de manera obligatoria, “siendo estas la únicas normas legales que determinan los requisitos que, una vez cumplidos, hacen viable la cesación en funciones de las y los servidores públicos, mediante la “compra de renuncia obligatoria con indemnización” y que básicamente son:

- i.- Que se encuentre debidamente presupuestado el monto de las indemnizaciones a ser entregadas a las servidoras o servidores cesados en funciones;
- ii.- Que la separación de las servidoras o servidores públicos en funciones se derive de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización de la organización institucional;
- iii.- Que el monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio en el sector público y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, y se pague en efectivo”.

Concluye el Ministro de Relaciones Laborales manifestando que cumplidos los acápites i, ii y iii antes referidos, “es PROCEDENTE la cesación definitiva de funciones por compra de renuncia con indemnización, siendo para estas servidoras y servidores públicos obligatorio el cumplimiento de la acción de personal, a través de la cual se dispone su cesación definitiva de funciones”.

El artículo 227 de la Constitución de la República, establece que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

El inciso segundo del artículo 229 de la referida Constitución, dispone que la “ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”.

Con fundamento en el mencionado artículo 229 de la Constitución, se expidió la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que en el artículo 47 establece los casos de cesación definitiva de funciones del servidor público y en el caso específico que motiva su consulta, la letra k) de la referida disposición contempla la cesación definitiva de funciones del servidor público, “Por compra de renuncias

con indemnización”, cuyo procedimiento se viabilizó a través de la Reforma al Reglamento a la LOSEP, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 489 de 12 de julio de 2011, que en su artículo 8 agregó un artículo innumerado a continuación del artículo 108 del citado Reglamento, con el siguiente tenor:

“Artículo...- Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.

El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidoras, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.

En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renuncias con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior”.

De conformidad con la Disposición Final Única del mencionado Decreto Ejecutivo No. 813, dicha reforma entró en vigencia el 12 de julio de 2011, fecha de su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 489.

De las normas citadas se desprende que, la compra de renuncias con indemnización se encuentra vigente desde el 6 de octubre de 2010, fecha en que fue publicada la Ley Orgánica del Servicio Público en el Segundo Suplemento del

Registro Oficial No. 294; en tanto que el procedimiento para su aplicación, se reguló a través de la reforma al Reglamento General a la mencionada Ley Orgánica, expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011.

En consecuencia de lo expuesto, concuerdo con el señor Ministro de Relaciones Laborales, en el sentido de que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y su reforma, hacen viable la cesación de funciones de los servidores públicos mediante la compra de renuncias con indemnización prevista en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, correspondiendo cumplir al efecto con los siguientes presupuestos: a) que la compra de renuncias con indemnización sea consecuencia de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización de la organización de cada institución pública; b) que las indemnizaciones a ser entregadas a los servidores que cesen en sus funciones, se encuentren debidamente presupuestadas; y, c) que el monto de la indemnización que los servidores deberán recibir por este concepto, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio en el sector público y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total y se pague en efectivo.

El Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, ha sido objeto de tres acciones públicas de inconstitucionalidad que se encuentran en trámite en la Corte Constitucional, las mismas que están signadas con los números 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN.

El artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, faculta al Procurador General a absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, excepto cuando se trate de asuntos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional). En cumplimiento de la citada disposición, el criterio vertido en atención a su requerimiento, se enmarca exclusivamente en la facultad de asesoramiento legal que me confiere el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República, aunque sin el efecto vinculante que corresponde a la absolución de una consulta, por tratarse de un tema regulado por el Decreto Ejecutivo No. 813, cuya inconstitucionalidad ha sido demandada ante la Corte Constitucional.

OF. PGE. N°: 03648, de 12-09-2011

RENUNCIA VOLUNTARIA Y JUBILACIÓN: REQUISITOS, MONTO DE INDEMNIZACIONES Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA –SUMARIO ADMINISTRATIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE JUNÍN

CONSULTA:

“¿A la servidora o servidor público municipal que se acoja a la renuncia voluntaria, después de aceptada, se le debe compensar o indemnizar con el valor de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio laborado en la misma institución pública (Municipio) contados a partir del quinto año conforme lo determina el Art. 129 de la LOSEP, o tomando en cuenta el total de los años laborados conforme lo determina el segundo inciso del art. 286 del reglamento de la LOSEP?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 23, 47, 81, 128, 129 y Dispos. Gens. Primera y Décima Segunda; y, 108, 285, 286, 287, 288, 289 y 290 de su Reglamento. Ley de Seguridad Social Arts. 186 y 188.

A. M. N°. MRL-2011-00158, R. O. S. N° 467, 10-06-2011, Arts. 3, 4, 7, 8 y 10. Res. N° C.D. 100, R. O. N° 225 de 9-03-2006 Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se manifiesta que algunos servidores públicos han presentado peticiones a la municipalidad para acogerse a la renuncia voluntaria y las consiguientes compensaciones e indemnizaciones laborales dispuestas por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento de Aplicación.

En el informe jurídico institucional, constante en oficio s/n de 25 de mayo de 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Junín, manifiesta que: “Existen peticiones de algunos servidores y servidoras públicas de la municipalidad para acogerse a la renuncia voluntaria, retiro voluntario, jubilaciones, supresión de puestos y las consiguientes compensaciones e indemnizaciones laborales dispuestas por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento de Aplicación”.

En el citado informe, con fundamento en los artículos: 23, 81, 128, 129, y Disposiciones Generales Primera y Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP; y, 285, 286, 287, 288, 289 y 290 de su Reglamento de Aplicación, el Procurador Síndico del Municipio de Junín, concluye manifestando lo siguiente: “De las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende que entre los derechos de los servidores públicos consta el de recibir indemnización

por supresión de puestos o partidas, por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, por retiro voluntario para acogerse a la jubilación; y, por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación”.

En el informe jurídico citado, se concluye que: “para la liquidación de las indemnizaciones contempladas en la LOSEP por supresión de puestos o partidas, por retiro voluntario para acogerse a la jubilación; y, por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación se deberá considerar todos los años laborados en el sector público; y, para la liquidación de la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada se considerará únicamente los años laborados en la institución que lo indemniza, en ambos casos se contarán a partir del inicio del quinto año de servicios prestados”.

Su consulta se refiere a la procedencia de pagar a los servidores del Municipio del Cantón Junín la compensación económica por renuncia voluntaria, la misma que puede ser para acogerse a la jubilación o no, por lo que se analizarán ambos casos.

PRIMER CASO:

Compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada.

La compensación económica por renuncia voluntaria, ha sido prevista en la Disposición General Décima Segunda de la citada LOSEP, que dispone:

“DECIMA SEGUNDA.- Las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley. Las servidoras y servidores que se retiren en cumplimiento de lo previsto en la disposición general primera, percibirán una sola compensación que será la correspondiente a la de mayor valor, entre las previstas en esta disposición y la establecida en el artículo 129 de esta ley y que se podrá pagar con bonos del Estado.

Las servidoras o servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a esta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo”.

Por su parte, en el Capítulo VI del Reglamento a la LOSEP, referido a la Cesación de Funciones, el Art. 108 dispone: “Cesación de funciones por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; y cesación por retiro por jubilación.- La UATH establecerá los planes de retiro voluntario y de jubilación, dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria.

La o el servidor que desee acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, o cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos”.

El Art. 286 del citado Reglamento, con respecto a la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, establece:

“Art. 286.- De la compensación por renuncia voluntaria.- La compensación por renuncia voluntaria opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución. Una vez que fuere legalmente presentada y aceptada, de conformidad con la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, se hará efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución bajo cualquier modalidad de nombramiento, y hasta el año en el cual sea presentada y aprobada la renuncia.

El valor de la compensación se establecerá, tomando en cuenta el total de los años laborados por la o el servidor, y el monto establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, hasta un máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados en total. Este valor será pagadero en efectivo, de conformidad con la disponibilidad presupuestaria.

En todos los casos se observará si la o el servidor se encuentra en la edad y requisitos establecidos para la jubilación, caso en el cual, se acogerá únicamente a la compensación económica por jubilación voluntaria o por jubilación obligatoria establecida en la LOSEP, según sea la de mayor valor.

En caso de que la partida sea suprimida, o se compre su renuncia, únicamente se pagará la compensación o la indemnización de mayor valor.

Las o los servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a ésta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo”.

En lo que respecta a la segunda parte de su consulta, para el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, de la lectura del segundo inciso del artículo 286 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, que he citado, al referirse a “el total de los años laborados por la o el servidor”, en el contexto del primer inciso del mismo, se colige que la compensación se establece en base de la totalidad del tiempo que ha trabajado el servidor en la misma institución del sector público y sobre dicha base, a partir del quinto año se calcula un valor de cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio, hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme lo prevé el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En aplicación de la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante Acuerdo No. MRL-2011-00158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, expidió “Las Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”, que en su Art. 3 establece:

“Art. 3.- De la compensación por renuncia voluntaria.- Esta compensación económica constituye el reconocimiento monetario al que tienen derecho las y los servidores públicos, para ser percibido por una sola vez, al ser aceptada su renuncia voluntaria legalmente presentada. Se calculará a partir del inicio del quinto año de servicios dentro de una misma institución, de conformidad con lo determinado por la LOSEP, su Reglamento General y el presente acuerdo.

El reconocimiento de esta compensación económica no será aplicable para los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, y Bomberos, que se regulan por el artículo 115 de la LOSEP; y, las y los obreros públicos, regulados por el Código del Trabajo”.

El Art. 4 del citado Acuerdo Ministerial relacionado con el plan institucional, establece que las instituciones del Estado, a fin de viabilizar la desvinculación de los servidores públicos por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, “para acogerse a la compensación económica regulada por este acuerdo, deberán elaborar un plan anual, el cual será sometido a la aprobación de la autoridad nominadora, y para el caso de la Función Ejecutiva, a las definiciones del Comité de Gestión Pública Interinstitucional”.

El Art. 7 del indicado Acuerdo Ministerial referido a las renunciaciones no planificadas, dispone que en los casos de los servidores públicos que no solicitaron su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no fueron considerados en el plan institucional, pero debido a circunstancias personales,

deben formalizar sus renunciaciones, “estas podrán ser aceptadas por la autoridad nominadora; sin embargo, el monto que percibirán en calidad de compensación por renuncia voluntaria, no planificada, será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo señalado en el artículo 10 de este acuerdo, debiendo para el efecto cumplir los requisitos determinados en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 8 de este acuerdo”.

El Art. 8 del mencionado Acuerdo Ministerial determina los requisitos para acceder a la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada.

Respecto al cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, el Art. 10 del referido Acuerdo Ministerial, dispone que el valor por dicha renuncia voluntaria “será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del inicio del quinto año de servicio. Sobre la fracción de año se calculará el valor proporcional”. Agrega que, el valor máximo que podrán recibir los servidores públicos por concepto de compensación por renuncia voluntaria será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general, en total y el servidor que perciba dicha compensación, no podrá recibir otro beneficio adicional con ocasión de la cesación definitiva en sus funciones.

Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, el artículo 286 de su Reglamento de aplicación, y los artículos 4, 8 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, en caso de que las renunciaciones voluntarias de los servidores para acogerse a la compensación de la Municipalidad de Junín se encuentren incluidas dentro del plan anual institucional, y aprobado por la autoridad nominadora, el valor de la compensación por renuncia voluntaria será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del quinto año de servicio y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general en total y en caso de fracción de año, se calculará por su valor proporcional.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido, en caso de que los servidores de la Municipalidad que renuncien voluntariamente, no hayan solicitado su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no sean consideradas en el plan institucional, pero que por circunstancias personales formalicen sus renunciaciones, el monto de la compensación será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido.

SEGUNDO CASO:

Compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación.

El artículo 184 de la Ley de Seguridad Social, clasifica a la jubilación, según la contingencia que la determine en: a. Jubilación ordinaria de vejez; b. Jubilación por invalidez; y, c. Jubilación por edad avanzada.

Con respecto a la jubilación ordinaria por vejez, el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social, establece los requisitos que se deben acreditar para acceder a dicha prestación, que son los siguientes: que el afiliado haya cumplido 60 años de edad, un mínimo de 360 impositivos mensuales; o, un mínimo de 480 impositivos mensuales sin límite de edad.

Los requisitos para acceder a la jubilación por invalidez constan en el artículo 186 *ibídem*; y, el artículo 188 de la misma Ley de Seguridad Social, establece como requisitos para acreditar derecho a la jubilación por edad avanzada, los siguientes: que el asegurado hubiera cumplido 70 años de edad y un mínimo de 120 impositivos mensuales; o, que hubiere cumplido 65 años de edad, registre un mínimo de 180 impositivos mensuales y demuestre que ha permanecido cesante durante 120 días consecutivos, por lo menos, a la fecha de presentación de la solicitud de jubilación.

El Consejo Directivo del IESS, mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, expidió el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte” y en su artículo 11, que no obstante las posteriores reformas del Reglamento en mención, se ha mantenido inalterado, dispone:

“Art. 11.- El afiliado al IESS del Régimen de Transición tendrá derecho a la jubilación por vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Sesenta (60) o más años de edad y acreditare por lo menos trescientas sesenta (360) impositivos mensuales;
- b) Sesenta y cinco (65) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento ochenta (180) impositivos mensuales;
- c) Setenta (70) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento veinte (120) impositivos mensuales;

d) Con cualquier edad y acreditare cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales o más”.

De las disposiciones de la legislación de seguridad social que he citado, se concluye que los afiliados que cumplen los requisitos anteriormente señalados, pueden acceder a la correspondiente clase de jubilación, según la contingencia que determine esa prestación.

El artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, consagra el principio de igualdad de las personas; mientras que, el artículo 229 *ibídem* define quienes son servidores públicos.

Por su parte, la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 23, reconoce como derechos irrenunciables de los servidores públicos, entre otros: “c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley; ... e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a jubilación, por el monto fijado en esta Ley”.

El artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre las causas de cesación definitiva de los servidores públicos, las siguientes: “i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; j) Por acogerse al retiro por jubilación”.

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, trata de la Estabilidad de los Servidores, forma parte del CAPÍTULO 1 GENERALIDADES, correspondiente al TÍTULO VI DE LA CARRERA DEL SERVICIO PÚBLICO y prevé lo siguiente:

“Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.

Se prohíbe calificar como puestos de libre nombramiento y remoción a aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público que actualmente están ocupados, con el propósito de remover a sus titulares.

Se prohíbe que los puestos de libre nombramiento y remoción, sean clasificados en forma descendente a un puesto protegido por la carrera del servicio público.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”.

Como se observa del artículo 81 previamente citado, si bien esta disposición nos lleva a aplicar la Disposición General Primera y el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, su objeto es determinar como edad límite para ascender en la carrera del servicio público, la de sesenta y cinco años, por lo que a partir de dicha edad, el servidor público ha llegado al tope de su carrera, y si cumple los requisitos de la seguridad social, puede decidir acogerse a la jubilación de manera voluntaria y acceder al estímulo correspondiente; en tanto que, el retiro “obligatorio” del servicio público se establece a los “setenta años de edad” del servidor público, siempre que cumpla “los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación”, teniendo derecho a percibir dicha compensación.

La Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, a la que se remite el artículo 81, prevé que: “El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley”.

Por su parte, el artículo 128 de la indicada Ley, que forma parte del mismo título y capítulo que he referido en el párrafo precedente, prevé:

“Art. 128.- De la jubilación.- Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el Artículo 3 de esta Ley, podrán acogerse a la jubilación definitiva cuando hayan cumplido los requisitos de jubilación que establezcan las Leyes de Seguridad Social”.

Como se aprecia del artículo transcrito, en cuanto al derecho de los servidores públicos de acogerse a la jubilación, se remite al cumplimiento de las leyes de seguridad social.

Finalmente, el tenor del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público es el siguiente:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

Por lo expuesto, partiendo de la premisa que el Derecho debe ser un todo armónico, coherente entre los distintos cuerpos normativos y más aún entre las disposiciones de un mismo cuerpo legal, como lo es la Ley Orgánica del Servicio Público, al analizar los derechos de los servidores sujetos a la indicada Ley Orgánica y las normas de los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica en mención, sin soslayar el principio de igualdad ante la Ley, se evidencia que dichos artículos se refieren a temas distintos aunque relacionados.

Es decir, siempre que se aplique el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, hay que remitirse a la Disposición General Primera y al artículo 129 *ibídem*, pero para aplicar el artículo 129 no es necesario remitirse al artículo 81, citado en líneas anteriores.

El artículo 81 regula los ejes principales de la carrera del servicio público, entre los que constan el límite de edad para ascender dentro de dicha carrera y el límite de edad para el retiro voluntario u obligatorio del servicio público; mientras que, el artículo 129 es el que verdaderamente establece el beneficio de jubilación,

norma que siendo aplicable directamente y sin necesidad de remitirse al artículo 81, ni a los límites de edad que éste impone, no prevé el cumplimiento de un límite mínimo de edad, sino por el contrario, de manera general dispone que: “Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho...”; es decir, que el requisito o premisa fundamental es que los servidores se retiren para acogerse a la jubilación (acatando al efecto las normas de la seguridad social), lo que genera el derecho al beneficio económico determinado en el mismo artículo 129.

Del análisis jurídico realizado se desprende que el requisito dispuesto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación, es que el servidor se acoja a la jubilación, para lo cual debe cumplir con los requisitos y presupuestos que disponen la Ley de Seguridad Social y el “Reglamento del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte” (inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Superior del IESS No. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006).

En el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011, se publicó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el primer inciso del Art. 285 dispone lo siguiente:

“Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a fin de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP”.

Del artículo citado se desprende que, la compensación económica por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, procede previa planificación de cada institución pública. Al efecto, deberá contar previamente con la certificación dispuesta en los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Con respecto a la compensación por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, el Art. 288 del Reglamento a la LOSEP, sustituido por el Art. 17 del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, que contiene varias reformas al Reglamento de la LOSEP, establece:

“Art. 288.- De la compensación por jubilación y retiro no obligatorio.- La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Para proceder al pago de la compensación económica por jubilación y retiro voluntario, se establece que en caso de que la o el servidor público tenga menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada el 50% en bonos del Estado y el 50% restante en efectivo, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará el 100% en efectivo.

La o el servidor público que acredite la jubilación por invalidez reconocida de conformidad con las leyes de seguridad social, podrá presentar su solicitud y será cancelada durante el ejercicio económico en que fuere calificada dicha invalidez por la respectiva institución de seguridad social. Para proceder al pago de la compensación económica se aplicará lo establecido en el segundo inciso del presente artículo”.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 81 de la LOSEP y 288 de su Reglamento General que han sido citados, se concluye que el monto de la compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP antes referido.

Con relación al beneficio por jubilación de los servidores públicos, me pronuncié mediante oficios Nos. 00889 y 02119 de 15 de marzo y 6 de junio de 2011.
TERCER CASO:

Compensación económica por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación.

Como ha sido analizado en el tercer caso planteado, referido a la compensación económica por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, el artículo 81 de la Ley del Servicio Público regula los ejes principales de la carrera del servicio público, entre los que constan el límite de edad para ascender dentro de dicha carrera y el límite de edad para el retiro voluntario u obligatorio del servicio

público; en tanto que el artículo 129 establece el beneficio económico de los servidores que se retiren para acogerse a la jubilación de manera voluntaria u obligatoria, cumpliendo para el efecto con las normas para la jubilación previstas en la Ley de Seguridad Social y en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte” expedido por el Consejo Directivo del IESS mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Con respecto a la compensación por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación, los tres primeros incisos del Art. 289 del Reglamento a la LOSEP, disponen:

“Art. 289.- De la compensación por jubilación y retiro obligatorio.- De acuerdo al inciso sexto del artículo 81 de la LOSEP, las y los servidores públicos que lleguen a los 70 años de edad y cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, obligatoriamente deberán retirarse del servicio público, percibiendo una compensación como incentivo económico por jubilación, previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Las y los servidores que se encontraren en las condiciones determinadas en este artículo recibirán de las respectivas UATH una notificación en la que se les indicará que en el plazo de treinta días y contando con la disponibilidad presupuestaria suficiente en la institución, cesarán en sus funciones y serán beneficiarios de un estímulo y compensación económica según la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con el artículo 129 de la misma ley.

Cuando las y los servidores, se acogieren a dichos planes, los valores a reconocerse de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP, serán establecidos considerando para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar”.

Del artículo citado se observa que el retiro “obligatorio” del servicio público se establece a los “setenta años de edad” del servidor, siempre que cumpla “los requisitos establecidos en la leyes de la seguridad social para la jubilación”, teniendo derecho a percibir dicha compensación. Es decir que el servidor público accede inmediatamente a la jubilación obligatoria luego de haber cumplido los setenta años de edad.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 81 de la LOSEP y 289 de su Reglamento, que han sido citados, se concluye que el monto de la compensación económica por renuncia obligatoria para acogerse a la jubilación, será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio en el sector

público, contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP antes referido.

OF. PGE. N°: 04238, de 13-10-2011

SEGURO DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL AZUAY

CONSULTA:

“Que al amparo del nuevo régimen jurídico que regula a los empleados públicos como es la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento y en base al informe jurídico institucional, que su autoridad determine si es posible el dar inicio al proceso de Contratación Pública correspondiente al Seguro de Vida y Asistencia Médica a favor de los señores Trabajadores, Empleados y Funcionarios del Gobierno Provincial del Azuay”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225 num. 2, 229, 238 y 370.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3 num. 2 y 4, 51 lit. a) y Disps. Gens. Quinta y Décima Cuarta; y, 235 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 50.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 107.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto se manifiesta que: “de la certificación emitida por el Director Financiero, el mismo que se adjunta, se determina que desde el año 1990 hasta la presente fecha consta dentro de la Ordenanza Presupuestaria la partida correspondiente a la contratación de Seguros de Vida y Asistencia Médica a favor de los señores Trabajadores, Empleados y Funcionarios del Gobierno Provincial del Azuay”.

Agrega además en su oficio de consulta que “en la Ordenanza presupuestaria vigente para el año 2011 fue aprobada la partida correspondiente a Seguros de

Vida y Asistencia Médica a favor de los señores Trabajadores, Empleados y Funcionarios del Gobierno Provincial del Azuay, por lo tanto existe la disponibilidad correspondiente”.

En el criterio jurídico institucional, contenido en el oficio No. SMGA No. 229-I-2011 de 8 de mayo de 2011, que se acompaña al oficio de consulta, se concluye manifestando que: “La prohibición que determina la Disposición General Décima Cuarta, (sic) expresamente habla de rubros o conceptos que implique beneficios de carácter económico o materiales no contemplados en la ley, tales como bonos, beneficios fuera de la ley, o regalos o premios...los que implique directamente un incremento económico de los empleados del sector público”. Añade que: “La contratación del Seguro de Vida y Asistencia Médica a favor de los señores Trabajadores, Empleados y Funcionarios del Gobierno Provincial del Azuay, no implica incremento económico para sus empleados, sino que esto depende del que haga uso de este servicio”.

Con estos antecedentes, absuelvo la consulta formulada en los siguientes términos:

La Constitución de la República, en el Art. 32 dispone que: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos...”; mientras que el Art. 369 prevé que: “El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley”. El último inciso dispone que: “La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada”.

El Art. 370 de la Constitución de la República, dispone que: “El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados”.

La Carta Constitucional, en el Art. 225 numeral 2 establece que el sector público comprende: “Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado”.

El Art. 238 de la Constitución citada prevé que: “Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera”; y que, constituyen gobiernos autónomos descentralizados entre otros, los consejos provinciales.

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, se publicó la Ley Orgánica del Servicio Público, que según su Art. 3 numeral 2

sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones a “Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

En concordancia, el Art. 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización-COOTAD-, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

El primer párrafo posterior al numeral 4 del Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone: “Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”.

Por su parte el Art. 51 letra a) de la LOSEP, entre las competencias del Ministerio de Relaciones Laborales le señala: “Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público, y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley”.

De conformidad con el Art. 229 de la Constitución de la República, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Idéntica disposición consta en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público y en la Disposición General Décima Octava de la misma Ley.

La Disposición General Quinta de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“QUINTA.- A partir de la promulgación de la presente Ley, prohíbase en las instituciones, organismos y entidades previstas en el Artículo 3, en las empresas públicas y en las sociedades mercantiles en las que el Estado o sus Instituciones tengan mayoría accionaria, por cualquier mecanismo, modo o circunstancia, la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en este cuerpo legal, sea ésta en dinero o en especie. Exceptúese lo dispuesto en el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2”.

Por su parte, la Disposición General Décima Cuarta, prescribe: “Prohíbese expresamente el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos

que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley, en lo relacionado a gastos de personal de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio de Relaciones Laborales emita para el efecto”.

De las disposiciones legales invocadas se determina que se prohíbe a las instituciones descritas en el Art. 3 de la LOSEP, la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, y beneficios adicionales; así como también se prohíbe el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros que impliquen beneficios de carácter económico no contemplados en esta Ley, excepto los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011, en el Art. 235 dispone lo siguiente:

“Artículo 235.- De los seguros pagados por el Estado.- A fin de precautelar la vida de las y los servidores públicos en cumplimiento de sus funciones, las instituciones podrán contratar seguros privados de vida para las y los servidores de la institución en actividades de peligro, contando para el efecto con la partida presupuestaria correspondiente y deberán encontrarse dentro de los límites establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales. Se prohíbe expresamente la contratación de seguros privados de salud pagados por parte del Estado para las y los servidores públicos con recursos del Estado. En caso de existir contratos de seguros de salud previamente contratados antes de la vigencia de la LOSEP, estos seguirán vigentes hasta su conclusión, sin que por ningún motivo puedan ser renovados”.

La norma reglamentaria del Art. 235 que antecede, establece una excepción para que las instituciones del sector público puedan contratar seguros privados de vida para los servidores de la institución que realizan actividades de peligro; en tanto que prohíbe la contratación de seguros privados de salud pagados por parte del Estado para los servidores públicos con recursos del Estado.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 50 entre las atribuciones del prefecto provincial, en la letra a) le señala: “a) Ejercer la representación legal del gobierno autónomo descentralizado; y en la letra b) Ejercer la facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado provincial”.

Por lo expuesto, se concluye que el Consejo Provincial del Azuay puede contratar, bajo exclusiva responsabilidad del Prefecto Provincial, seguros de vida en beneficio de los servidores públicos que realicen actividades de peligro, de conformidad con lo previsto en el Art. 235 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, observando las disposiciones del artículo 107 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La determinación de los servidores de la Institución cuyas actividades son de peligro, es de exclusiva responsabilidad de la autoridad consultante.

Respecto a la contratación de seguro de asistencia médica para los servidores en general de dicho Consejo, en cumplimiento de las Disposiciones Generales Quinta y Décima Cuarta de la LOSEP y del Art. 235 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su parte pertinente prohíbe expresamente la contratación de seguros privados de salud pagados por el Estado, para los servidores públicos con recursos del Estado, no es procedente que el Consejo Provincial del Azuay contrate un seguro de asistencia médica a favor de los empleados y funcionarios de dicha Corporación, sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 02840, de 19-07-2011

SEGUROS DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA: CONTRATACIÓN REGULADA POR EL SECRETARIO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROAMAZONAS EP

CONSULTAS:

1. “¿La Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos PETROAMAZONAS EP, está obligado a observar lo dispuesto en los Oficios Circular No. SGA- O- 08- 5902 del 29 de diciembre de 2008 y No. SGA – O- 08- 5912 del 31 de diciembre de 2008 relativos a los seguros de vida y asistencia médica, suscritos por el Secretario General de la Administración Pública Encargado?”.

2. “¿Dado que la contratación de los seguros de vida y asistencia médica responden al ámbito administrativo de la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, PETROAMAZONAS EP y es administrado directamente por el

Gerente General, es necesario que la contratación de la misma sea sometida a conocimiento y/o aprobación del Directorio de la Empresa?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 315.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4 y 5 num. 1

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 2 lit. ch), 7.

D. E. N° 314 Arts. 1, 4 y 8.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el criterio del Jefe del Departamento Legal, Encargado de PETROAMAZONAS EP, que consta en el memorando No. PAM-LGL-GER-2011- 00024 de 20 de octubre de 2011 y respecto del asunto consultado se expresa lo siguiente:

“La Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, PETROAMAZONAS EP, tanto porque no integra la Administración Pública Central ni la Función Ejecutiva, como por integrar un sector estratégico y por los riesgos inherentes a su objeto de creación, no está obligada a aplicar lo dispuesto en los Oficios Circular No. SGA-O-08-5902 del 29 de diciembre de 2008 y No. SGA-O-08-5912 del 31 de diciembre de 2008, relativos a los seguros de vida y asistencia médica suscritos por el Secretario General de la Administración Pública Encargado”.

Los oficios circulares Nos. SGA-O-08-5902 y 5912 de 29 y 31 de diciembre de 2008, suscritos por el Secretario General de la Administración Pública Encargado, fueron dirigidos a las Ministras y Ministros de Estado, Autoridades de las Instituciones y Entidades de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva; reiteraban la disposición del señor Presidente de la República que las instituciones y entidades de la Administración Pública se abstuvieran a partir del año 2009 de contratar y pagar seguros privados de salud o similares a favor de los servidores de sus respectivas instituciones y que en caso de que aquellos mantuvieran su vigencia hasta finales del año 2009, se analizara la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente, si es que contractualmente se contemplaba dicha posibilidad o en su defecto se cumpliera el contrato en el plazo estipulado.

La Constitución de la República, en el Art. 315 dispone que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, que “funciona-

rán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales”.

El Art. 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a las empresas públicas como entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Por otra parte, el numeral 1 del Art. 5 de la misma Ley Orgánica prescribe que la creación de empresas públicas se hará: “Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva”.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 314, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, se creó la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos PETROAMAZONAS EP, definida en el Art. 1, “como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con domicilio principal en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano”.

El Art. 4 del Decreto Ejecutivo No. 314 citado, dispone lo siguiente:

“Art. 4.- La Dirección y Administración de PETROAMAZONAS EP se regirá por las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Su Directorio estará integrado por:

- 1.- El Ministro de Recursos Naturales no Renovables o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá.
- 2.- El Secretario Nacional de Planificación o su delegado o delegada permanente.
- 3.- Un miembro designado por el Presidente Constitucional de la República, para cuyo efecto se designa al ingeniero Jorge Glas Espinel.

Las atribuciones del Presidente del Directorio serán reguladas por el Directorio de PETROAMAZONAS EP”.

El Art. 8 del indicado Decreto Ejecutivo No. 314 prescribe que: “En lo no previsto en este decreto ejecutivo, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y su reglamento y las demás disposiciones que expidan el Directorio y el Gerente General de PETROAMAZONAS EP”.

De las normas del Decreto Ejecutivo No. 314 de creación de la Empresa Pública PETROAMAZONAS EP se desprende que dicha Empresa es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, con autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Su Directorio, conforme lo prescribe el Art. 4 del mencionado Decreto Ejecutivo está integrado en su totalidad por representantes y delegados de la Función Ejecutiva.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Art. 2 establece su ámbito de aplicación principalmente para la Función Ejecutiva; determina los órganos y entidades que la integran; y dispone lo siguiente:

“Art. 2. AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
- Ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva...”.

El Art. 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone:

“Art. 7.- DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público

creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”.

De las normas precedentes se desprende que PETROAMAZONAS EP, fue creada mediante el Decreto Ejecutivo No. 314, que en su Art. 1 la define como persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio y autonomía, cuyo directorio, de conformidad con el Art. 4 del indicado Decreto Ejecutivo, está integrado en su totalidad por representantes o delegados de la Función Ejecutiva, y por tanto, le es aplicable la letra ch) del Art. 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que prescribe que las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrado en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central, conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva. En concordancia con lo anterior, el Art. 7 del indicado Estatuto dispone que la Administración Pública Institucional está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio diferente al de la Administración Pública Central encargadas de la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos.

Por lo expuesto, de conformidad con los Arts. 2 letra ch) y 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que quedaron citados, se concluye que PETROAMAZONAS EP, forma parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, y por tanto está obligada a observar lo dispuesto en los oficios circulares Nos. SGA-O-08-5902 y 5912 de 29 y 31 de diciembre de 2008, suscritos por el Secretario General de la Administración Pública Encargado, relativos a la contratación de seguros de vida y asistencia médica.

En similares términos se pronunció la Procuraduría General del Estado con los oficios Nos.13778 de 30 de abril de 2010; 14965 de 29 de junio de 2010; y 16252 de 31 de agosto de 2010.

2. Al absolver la primera consulta me pronuncié en el sentido de que la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, PETROAMAZONAS EP, está obligada a observar lo dispuesto en los oficios circulares Nos. SGA- O- 08-

5902 y SGA-O-08-5912 de 29 y 31 de diciembre de 2008, suscritos por el Secretario General de la Administración Pública Encargado, relativos a la contratación de seguros de vida y asistencia médica, que fueron dirigidos a las entidades del sector público que integran la Función Ejecutiva.

En consecuencia, no es necesario absolver esta consulta relativa a si la contratación de seguros de vida y asistencia médica debe ser sometida a conocimiento y aprobación del Directorio de dicha Empresa, puesto que conforme a los indicados oficios circulares, PETROAMAZONAS EP está impedida de contratar con recursos públicos, seguros privados de vida y asistencia médica para el personal que labora en esa Empresa.

OF. PGE. N°: 04717, de 14-11-2011

SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA: APLICACIÓN DEL ART. 45 DEL REGLAMENTO GENERAL A LOSNCP

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA PETROECUADOR

CONSULTA:

“...Si es procedente en esta fase del procedimiento de subasta inversa electrónica, aplicar el artículo 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y descalificar al oferente ganador de la puja, al haber reconocido éste que no podrá cumplir con lo que será el objeto del contrato (que en condiciones normales debería adjudicársele), contrariando así la documentación que el mismo presentó anteriormente y demostrando que adolecía de falsedad. De ser afirmativa su respuesta solicito se establezca si, en tal circunstancia, es procedente utilizar u aplicar el 47 (sic) del referido Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para negociar con el oferente que quedó en segundo lugar, que, dada la situación especial de este caso, vendría a ser el único oferente; con el objetivo de lograr que éste iguale el precio ofertado por quien fue descalificado o, en caso contrario, declarar desierto el proceso”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 20, 17, 19 num. 2, 32, 33 num. 3, 35, 47; y, 44, 45, 47, 80, 114 y 155 de su Reglamento.

Res. N° 17 R.O. N° 102 de 11-06-2011.

Res. N° 46 del INCOP, R. O. N° 322 de 17-11-2010 Art. 10.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 2094 PGER-PRO-2011 de 8 de junio de 2011, ingresado el 9 de junio del presente año, se remite como alcance a la consulta, copia certificada del criterio del Procurador de EP PETROECUADOR; y, con oficio No. 2785-PPRO-2011 de 21 de julio de 2011, recibido el mismo día, el Procurador de EP Petroecuador remite copia certificada del acta de calificación de ofertas, correspondiente al proceso de contratación materia de consulta.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 2321 de 15 de junio de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de la documentación referida en la consulta.

Un nuevo alcance a la consulta, se ha remitido mediante oficio No. 2245 PGER-PPRO-2011 de 17 de junio de 2011, ingresado el mismo día, al que se acompaña copia certificada de los documentos relacionados con el procedimiento de subasta inversa que motiva la consulta.

Mediante oficio No. 2473-PGER-DGER-DABS-2011 de 30 de junio de 2011, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 5 de julio del presente año, se da respuesta a nuestro requerimiento contenido en oficio No. 2321 de 15 de junio de 2011.

En el oficio inicial de consulta se expone como antecedente que EP PETROECUADOR está realizando un proceso de subasta inversa electrónica para la adquisición de licencias de un software, en el que se presentaron dos oferentes aseverando tener autorización para vender las referidas licencias, pero que, calificadas las ofertas, después de finalizar la puja, el ganador ha presentado una comunicación por escrito, en la que manifiesta que el titular del software no le autoriza vender las citadas licencias, razón por la cual no se ha emitido el acto con el cual se adjudica el contrato.

El informe del Procurador de EP PETROECUADOR, contenido en memorando No. 1479 PPRO-2011 de 17 de mayo de 2011, amplía los antecedentes de la consulta exponiendo que el 11 de abril de 2011, mediante Resolución No. 08-SIE-EPP-007-033-2011, el Gerente de Desarrollo Organizacional, autorizó el inicio del proceso de subasta inversa electrónica para adquirir el software "Pri-

mavera”, necesario para compatibilizar con idéntico programa que utiliza la empresa SK E&C en la rehabilitación de la Refinería Esmeraldas.

Agrega el informe jurídico que en el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-EPP-007-033-2011, se presentaron dos oferentes: Red Partner y Martín Obando Loo; este último oferente, “presentó copia certificada ante el Notario Trigésimo Octavo de Guayaquil, en que el señor Antonio Polo, apoderado de Verano Perú S.A.C., asegura que: “... tenemos una alianza comercial con el Sr. Martín Obando para participar en el proceso de contratación de la referencia haciendo la venta de las “Licencias Primavera P6 Project Portafolio Management con mantenimiento y soporte técnico por un año” como reza en el objeto de la contratación.”

Añade el informe jurídico que la Comisión Técnica, el 25 de abril de 2011 calificó las ofertas técnicas; el 4 de mayo de 2011 se efectuó la puja, en la cual resultó ganador el oferente Martín Obando Loo, quien mediante oficio sin número de 10 de mayo de 2011, ha manifestado que Oracle no ha aceptado que las licencias sean vendidas por una persona natural.

Argumenta el Procurador de EP PETROECUADOR, en su informe jurídico, que: “La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su reglamento, establecen expresamente el procedimiento a seguir en situaciones como la descrita; más, en mi opinión, resulta evidente que el documento presentado por el oferente que resultó ganador, en el que en esencia se establecía que estaba autorizado a vender las licencias del software Primavera, así como su aseveración en ese sentido, resultaron falsos. De manera que, considero que la solución para superar esta anómala circunstancia es descalificar al oferente en aplicación del numeral 3.11.5 de las condiciones generales de los pliegos del proceso, que establece: “Una oferta será descalificada en cualquier momento, si se comprobare falsedad o adulteración de la información presentada”.

Concluye el informe que: “es procedente en esta fase del procedimiento, descalificar al oferente ganador de la puja, al haber reconocido éste que no podrá cumplir con lo que será el objeto del contrato que, en condiciones normales debería adjudicársele, contrariando así la documentación que el presentó anteriormente y demostrando que tal documentación adolecía de falsedad. Una vez descalificado por la comisión técnica, se podría entonces acudir a negociar con el oferente que quedó en segundo lugar que, en este caso, al haberse presentado solo dos oferentes, implicaría que exista propiamente un único oferente; esto, en aplicación del artículo 47 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone: “No se realizará la puja, y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad

contratante y el oferente, en los siguientes casos: // 1.- Si existe una sola oferta técnica calificada...”

En atención a nuestro requerimiento, se han remitido copias certificadas de los siguientes documentos:

1. Resolución No. 08-SIE-EPP-007-033-2011 de inicio del procedimiento de subasta inversa electrónica. De ella consta que el Gerente de Desarrollo Organizacional de EP PETROECUADOR, autorizó el inicio del proceso de contratación para la adquisición de software primavera y aprobó los respectivos pliegos.

En el considerando tercero de la citada Resolución, se expone que el Gerente General y representante legal de EP PETROECUADOR, mediante escritura pública otorgada ante el Notario Vigésimo Sexto del Cantón Quito, de 9 de marzo de 2011, otorgó poder especial al Gerente de la Unidad de Negocios de Desarrollo Organizacional, para que en su condición de administrador de esa Unidad de Negocio, a nombre y representación de la Empresa y dentro de los niveles de aprobación que expida el Directorio de la Empresa, ejecute todos los actos y/o contratos necesarios para la gestión y operación de esa Unidad de Negocio.

2. Los Pliegos del proceso SIE-EPP-007-033-2011, para la adquisición de software primavera (P6 enterprise para la web).

En la Convocatoria, consta que el presupuesto referencial de la contratación es de USD 121.100,00 sin incluir IVA y el plazo estimado para la ejecución del contrato es de cuarenta y cinco días calendario. De conformidad con el numeral 8 de la convocatoria solo los oferentes calificados y habilitados podrán participar en la puja.

Las condiciones generales prevén como causas de rechazo de las ofertas, en el numeral 3.11.1 “Si no cumpliera los requisitos exigidos en las condiciones generales, especificaciones técnicas y formularios de estos pliegos”; 3.11.3: “Cuando las ofertas contengan errores sustanciales, y/o evidentes, que no puedan ser convalidados por no ser errores de forma... // 3.11.5 “Una oferta será descalificada en cualquier momento del proceso, si se comprobare falsedad o adulteración de la información presentada”.

El Formulario No. 2 de los pliegos exige precisar si el oferente es persona natural, jurídica, consorcio o asociación. El Formulario 5, permite la identificación de los socios, accionistas o partícipes de la persona jurídica oferente.

3. La oferta presentada por el Oferente Obando Loor, en la que en el Formulario No. 1, que contiene la carta de presentación y compromiso consta que presenta la oferta “por su propios derechos (representante legal de VERA QUINTANA ASOCIADOS)”.

Formulario No. 5, para identificación del socio, accionista o partícipes mayoritarios de la persona jurídica oferente, el oferente Martín Obando Loor, declara bajo juramento que suscribe la oferta “en calidad de representante legal de Vera Quintana Asociados”.

4. Entre las certificaciones que el oferente Obando Loor presenta, consta la inscripción en el Registro Único de Proveedores, con el nombre comercial “Consultor de proyectos Tecnoadmin”. Nótese que la oferta se presentó como representante legal de Vera Quintana Asociados.

En el folio 19 de la oferta, consta la carta de 15 de abril de 2011, a la que hace referencia el informe del Procurador EP PETROECUADOR, suscrita por el apoderado de Verano Perú S. A. C., en cuyos numerales 2 y 3 manifiesta:

“2. Que tenemos una alianza comercial con el Sr. Martín Obando para participar en el proceso de contratación de la referencia haciendo la venta de las “Licencias de Primavera P6 Project Portafolio Management con mantenimiento y soporte técnico por un año”, como reza en el objeto de la contratación.

3. Que para atender las existencias de nuestro acuerdo comercial con el fabricante del software (ORACLE), Verano Perú S.A.C. es la entidad encargada de facturar directamente a EP PETROECUADOR la venta de las licencias y ésta última estar de acuerdo con todos los requisitos de acuerdo de uso de licencias del software exigidos por el fabricante (ORACLE)”.

Lo transcrito desvirtúa la afirmación contenida en la consulta y el informe jurídico de la consultante, en el sentido de que solo luego de la puja se conoció de la imposibilidad del oferente de cumplir con la entrega de las licencias materia del procedimiento de subasta inversa.

5. Acta de convalidación de errores de 18 de abril de 2011, suscrita por los miembros de la Comisión de Evaluación, en la que se resuelve solicitar al oferente Martín Obando Loor, “1. Aclarar el nombre del oferente”.

Sin embargo, no consta entre los documentos remitidos a este Organismo, la aclaración que hubiera efectuado el oferente, sino únicamente el acta de calificación de 25 de abril de 2011, en que la Comisión de evaluación de la subasta

inversa electrónica, declara que: “La comisión procede a revisar los documentos enviados por los proveedores MARTIN OBANDO (sic) LOOR Y RED PARTNER, verificando que cumplen con la entrega de lo requerido en la convalidación de errores”. Sobre dicha base resuelven, calificar a los dos oferentes para participar en el proceso de puja, evaluación que acepta el delegado del Gerente General de EP PETROECUADOR, mediante sumilla inserta en dicha acta, según informa el Procurador de EP PETROECUADOR en oficio No. 2785-PPRO-2011 de 21 de julio de 2011.

6. Oficio sin número de 10 de mayo de 2011, suscrito por el oferente Martín Obando, quien manifiesta lo siguiente:

“1. Oracle no aceptó que las licencias sean vendidas, por una persona natural, pues como he presentado la oferta como socio estratégico a Verano, para Oracle, Verano, es quien debe facturar las licencias directamente a Oracle, y así se pueda tener las licencias avaladas con Oracle, y no sea facturada por Martín Obando a Petroecuador, como reza las especificaciones de la oferta.

2. La compañía Verano Perú Snc, participará en futuras subastas, ya registrado e inscrita en el INCOP.

3. CONSULTOR DE PROYECTOS TECNOADMIN, no podremos vender las licencias de Oracle a Petroecuador directamente...”.

De los documentos citados se desprende que el oferente Martín Obando Loor, al tiempo de presentar su oferta, lo hizo en calidad de representante legal de Vera Quintana Asociados; sin embargo, en el Registro Único de Proveedores, el oferente Martín Obando Loor, consta con el nombre comercial “Consultor de Proyectos Tecnoadmin”. Al atender el requerimiento de aclaración de la Comisión de Evaluación, mediante documento de 20 de abril de 2011, que ha sido remitido en copia simple, el oferente manifiesta que los “Formularios 5 y 5.2, no aplica por ser Persona Natural”; y en el Formulario No. 1 suscribe “por sus propios derechos (representante legal de MARTIN OBANDO LOOR- CONSULTOR DE PROYECTOS TECNOADMIN”.

Por otro lado, el indicado oferente Martín Obando Loor, incluyó en la oferta que presentó a EP PETROECUADOR, a fs. 19, la certificación sobre la alianza comercial que mantiene con Verano Perú S. A. C., a la que se ha hecho referencia en el numeral 4 de los antecedentes de este pronunciamiento, en la que consta que sería dicha empresa, es decir un tercero y no el oferente, la encargada de facturar a EP PETROECUADOR la venta de las licencias. Al atender el pedido de aclaración de la Comisión de Evaluación, remite copia del mismo documento, certificada por Notario.

En cuanto se refiere al procedimiento de subasta inversa, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que dicho procedimiento dinámico es aplicable para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico. Según esa norma, la subasta inversa consiste en que “los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del portal de COMPRAS PÚBLICAS.”

El inciso final del citado artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el Reglamento a esa Ley, regulará los procedimientos y normas de funcionamiento de las subasta inversas.

Por su parte, el artículo 44 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que la subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Con respecto a la calificación de las ofertas, el artículo 45 del citado Reglamento General, dispone que la evaluación será realizada, según la cuantía del procedimiento de subasta inversa, por la máxima autoridad o su delegado, o por una Comisión Técnica; y, prescribe que:

“..En el día y hora señalados para el efecto, la máxima autoridad o su delegado, o la Comisión Técnica, según corresponda, procederán a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido las condiciones definidas en los pliegos; de todo lo cual se dejará constancia en un acta. En el caso de que la calificación haya sido realizada por la Comisión Técnica, esta será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, para su resolución.

Si la calificación ha sido realizada por la máxima autoridad o su delegado, o en el caso de que la calificación realizada por la Comisión Técnica haya sido aceptada por la máxima autoridad o su delegado, esta dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, las mismas que deberán ser menores al presupuesto referencial. La notificación a los proveedores calificados para la presentación de las ofertas económicas iniciales se la realizará a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, sin que se dé a conocer el nombre ni el número de oferentes calificados ni el monto de la oferta económica inicial.

Las ofertas económicas iniciales presentadas a través del portal www.compras-publicas.gob.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aun cuando no participe en el acto de la puja. De no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de adjudicatario, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 19 numeral 1 de la ley...”.

De la norma transcrita, sobre cuya aplicación trata su consulta, se desprende que en el procedimiento de subasta inversa, solo las ofertas que cumplan las condiciones definidas en los pliegos pueden ser calificadas; que solamente los oferentes calificados pueden presentar sus ofertas económicas en el portal, pues aquello constituye el antecedente para la fase de puja a la baja; y que, en el caso en que la calificación hubiera sido realizada por la Comisión Técnica, dicha calificación debe ser aceptada por la máxima autoridad o su delegado, a quien compete disponer que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas a través del portal.

En el caso específico materia de consulta, los Formularios 1 y 5 de los pliegos aprobados, que rigieron el procedimiento de subasta inversa para la adquisición del software Primavera por parte de EP PETROECUADOR, exigen la identificación plena del oferente, determinándose si se trata de una persona natural o jurídica.

Sin embargo, de los antecedentes referidos en acápite 3 de este pronunciamiento se desprende que el oferente Obando Loor presentó inicialmente su oferta en calidad de representante legal de Vera Quintana Asociados, y que ante el pedido de aclaración de la Comisión de Evaluación, aclaró que la oferta se presentaba como consultor de proyectos Tecnoadmin.

Por otro lado, de la certificación presentada por el indicado oferente Martín Obando Loor, al tiempo de presentar su oferta, sobre la alianza comercial que mantiene con Verano Perú S.A.C., consta que sería dicha empresa, la encargada de facturar a EP PETROECUADOR la venta de las licencias, esto es del software.

Lo dicho evidencia que la evaluación de la oferta, efectuada por la Comisión de Evaluación de la entidad, habilitó indebidamente al oferente, pese a la constancia documental que obraba del expediente, contenida en la certificación de la alianza comercial a la que antes se ha hecho referencia, según la cual, el oferente Obando Loor no estaba en condiciones de entregar las licencias materia del procedimiento de contratación.

De los antecedentes y documentos que se han revisado en este pronunciamiento, se desprende que el oferente Martín Obando Loor es responsable por la

veracidad, exactitud de la información y de las declaraciones incluidas en los documentos de su oferta, formularios y otros anexos, de conformidad con la declaración que incluyó al presentar su oferta, en el Formulario No. 1; y por tanto, ello autoriza a la entidad contratante según lo prevé la misma declaración, a obtener aclaraciones e información adicional sobre las condiciones técnicas y económicas del Oferente, pudiendo la entidad obrar de oficio, de conformidad con el artículo 155 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La imposibilidad de que el oferente Martín Obando Loor entregue por sí mismo las licencias materia del procedimiento de contratación, debido a los términos de la alianza comercial que dicho oferente mantiene con una tercera empresa, se desprenden de la certificación sobre dicha alianza, que fue presentada al tiempo de formular la oferta, por lo que la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato, debió ser evaluada por la Comisión al momento de calificar las ofertas.

Lo expuesto en el párrafo anterior, unido a las inconsistencias sobre la calidad en que el oferente Martín Obando presentó su oferta, primero como representante legal de Vera Quintana Asociados, y luego como “representante legal de Martín Obando-Consultor de Proyectos Tecnoadmin”, en lugar de presentar su oferta como persona natural, debieron dar lugar a su descalificación, pues de conformidad con el numeral 20 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “Oferta habilitada” es aquella “que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales”. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad del oferente sobre la información que ha registrado en el RUP, según el artículo 17 *ibídem*, y que ha consignado al presentar su oferta.

En forma adicional, es pertinente considerar que concluida la fase de puja según el artículo 48 del mismo Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, procede que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, resuelva sobre la adjudicación o declaratoria de desierto del procedimiento, según corresponda.

El quinto inciso del artículo 80 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece el procedimiento común para subastas inversas, dispone que: “La Comisión Técnica elaborará su informe que deberá ser dirigido a la máxima autoridad de la entidad contratante o a su delegado y que incluya la recomendación expresa de adjudicación del contrato o de declaratoria de desierto del proceso”.

La adjudicación, de conformidad con la definición contenida en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el

artículo 32 *ibídem*, “Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado...” y por tanto debe ser el resultado de “los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento”. En consecuencia, es evidente que la adjudicación procede únicamente cuando el oferente seleccionado cumple todos los requisitos exigidos en la ley y en los pliegos que rigen el procedimiento.

Por su parte, la declaratoria de procedimiento desierto se rige por el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone:

“Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

1. Por no haberse presentado oferta alguna;
2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;
3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,
4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes”.

La declaratoria de procedimiento desierto procede en los casos establecidos en el citado artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pone fin al procedimiento e impide efectuar la adjudicación.

La parte final del numeral 3 del citado artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ubicado en el Título III, Capítulo I, “Normas Comunes a todos los procedimientos de Contratación Pública”, establece como causa para declarar desierto el procedimiento, la falta de celebración del contrato por causas imputables al adjudicatario “siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente”, determinando en consecuencia, una salvedad o ex-

cepción, que habilita a la entidad contratante a efectuar la adjudicación a “otro oferente” habilitado.

En el caso materia de consulta, habiéndose concluido la fase de puja, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjudicar o declarar desierto el procedimiento, mediante resolución; sin embargo, al no existir ninguna de las causales establecidas en el citado artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para declarar desierto del procedimiento, procede la adjudicación conforme la evaluación efectuada por la Comisión designada al efecto y aceptada por el delegado de la máxima autoridad, según el informe del Procurador de EP PETROECUADOR, contenido en oficio No. 2785-PPRO-2011 de 21 de julio de 2011, al que se ha hecho referencia en los antecedentes de este pronunciamiento.

Atenta la imposibilidad del oferente Obando Loor para celebrar el contrato por causas atribuibles a las inconsistencias de su oferta (la calidad en que presentó su oferta, primero como representante legal de Vera Quintana Asociados, y luego como “representante legal de Martín Obando-Consultor de Proyectos Tecnoadmin”; y, los términos de la alianza comercial que ha suscrito con Verano Perú S.A.C. descritos en el numeral 4 de los antecedentes de este pronunciamiento, que exigen que sea esa empresa y no el oferente Obando quien facture a Petroecuador) deberá ser declarado adjudicatario fallido, conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que dispone: “Art. 35.- Adjudicatarios Fallidos.- Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente o a los oferentes y notificará de esta condición al INCP.//El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley.”

Para el caso en que el adjudicatario resulte fallido, el artículo 114 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que: “...sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable, la entidad contratante lo declarará adjudicatario fallido y llamará al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos para el oferente adjudicatario, incluyendo la obligación de mantener su oferta hasta la suscripción del contrato. Si el oferente llamado como segunda opción no suscribe el contrato, la entidad declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable al segundo adjudicatario fallido.

Del análisis que precede se desprende que, en aplicación de la salvedad prevista en la parte final del numeral 3 del artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permite continuar el procedimiento precontractual y no declararlo desierto, si existe otro oferente habilitado y del artículo 114 del Reglamento General de esa Ley Orgánica, que prevé que se llame al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato cuando el primero resultare fallido, en el procedimiento de subasta inversa al que se refiere la consulta, corresponde a EP PETROECUADOR, concluirlo mediante adjudicación al oferente Obando Loor, y una vez declarado éste adjudicatario fallido, llamar al segundo oferente si cumple con todos los requisitos previstos en la ley y los pliegos.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, no procede que habiéndose concluido la puja del procedimiento de subasta inversa electrónica al que se refiere la consulta, se aplique el artículo 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para descalificar al oferente ganador de la puja, sino que al haber reconocido éste que no podrá cumplir con lo que será el objeto del contrato, luego de la adjudicación deberá ser declarado adjudicatario fallido de conformidad con el artículo 35 de la citada Ley Orgánica, y luego de ello, en aplicación del artículo 114 del Reglamento General de esa Ley, se podrá llamar al segundo oferente.

Lo dicho, sin perjuicio de que el INCOP verifique la información que consta en el Registro Único de Proveedores, correspondiente al oferente Martín Obando Loor, de conformidad con segundo inciso del artículo 10 de la Resolución No. 46 del INCOP, publicada en el Registro Oficial No. 322 de 17 de noviembre de 2010, que dispone: "Art. 10.- Actualización de indicadores de tamaño del proveedor.- ...Cuando por cualquier medio el INCOP, verifique que la información que consta en el registro único de proveedores difiera de la real, notificará a dicho proveedor para que se acerque a las oficinas de la institución, a fin de que actualice su información; si la notificación no fuese atendida en el tiempo solicitado, el INCOP procederá de oficio a actualizar la información, sin perjuicio de la sanción prevista en el artículo 19, numeral 2 de la LOSNCP".

Corresponde a la Auditoría Interna de la entidad consultante, establecer la responsabilidad de los funcionarios que han intervenido en el procedimiento materia de consulta.

OF. PGE. N°: 03066, de 29-07-2011

SUBROGACIÓN: PUESTO DE NIVEL JERARQUICO SUPERIOR -PAGO DE HONORARIOS A CONCEJALES SUPLENTE

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO PROVINCIAL DE MANABÍ

CONSULTA:

“¿Procede o no que el Gobierno Provincial de Manabí considere que los servidores que, por subrogación, ocupan puestos de Jefatura, que dentro del orgánico estructural de la Institución no son considerados como puestos de nivel jerárquico superior como tal, pero ejercen actividades de mayor responsabilidad, que sus puestos inferiores, reciban la diferencia entre la remuneración de su puesto y del puesto subrogado?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229 último inc. y 326 num. 4.
Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.
Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 1, 2, 52 lits. a), d), e), f) y k), 83, 100, 126 y Disp. Gen. Décima Octava; y, 270 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 03134 de 4 de agosto de 2011, de conformidad con el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se le solicitó remitir el criterio jurídico institucional debidamente fundamentado, lo cual fue atendido por usted mediante oficio No. 451-MZS-11 de 2 de septiembre de 2011, al que se adjunta el memorando No. 392-A-JMMR-11 de 20 de julio de 2011, que contiene el criterio jurídico institucional de la entidad consultante.

En el memorando No. 392-A-JMMR-11 de 20 de julio de 2011, el Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Manabí cita el último inciso del artículo 229 y el artículo 326 de la Constitución de la República, artículos 1, 2 y 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 270 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Con tales antecedentes esta Procuraduría Síndica, es del criterio que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 229 y numeral 4 del artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador, así como lo preceptuado en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Servicio Público, considerando que los servidores al subrogar a otros servidores en puestos que aunque no son de nivel jerárquico superior, son de mayor jerarquía que el que ellos desempeñan normalmente, y

por ende, les representa un incremento de actividades labores y responsabilidades, es procede que, dado el trabajo subrogado y extraordinario que realizan, así como a los principios de equidad, igualdad y no discriminación que rige la carrera administrativas, tienen derecho a que se les pague la diferencia entre la remuneración mensual que perciben en sus cargos habituales y la remuneración que corresponde al puesto subrogado”.

En atención a la consulta formulada por la Presidenta de la Comisión de Transición – Consejo Nacional de las Mujeres y de Igualdad de Género, sobre idéntica materia, esta Procuraduría mediante oficio No. 02146 de 7 de junio de 2011, solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, lo que fue atendido por el Viceministro del Servicio Público, mediante oficio No. MRL-AJ-2011-0009064 de 23 de junio de 2011, ingresado en la misma fecha.

El Viceministro del Servicio Público en el oficio No. MRL-AJ-2011 0009064 de 23 de junio de 2011, hace referencia a los artículos 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 270 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y expone que el sistema integrado de desarrollo del talento humano del servicio público está conformado por varios subsistemas, entre ellos el de clasificación de puestos y que efectuada la conformación lógica y sistemática de los puestos ubicados en los diferentes grupos ocupacionales esto responde a los grados de valoración de las escalas de remuneraciones mensuales unificadas emitidas por dicho Ministerio, en las que están ubicados servidores excluidos de la carrera o protegidos por ella.

El Viceministro del Servicio Público, con relación a la subrogación, concluye con el siguiente criterio institucional:

“En virtud de lo expuesto la subrogación se ha de entender que ésta procede a puestos de nivel superior, independiente de que estén en la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior o en la escala general de servidores públicos, debiéndose previamente cuidar que las atribuciones, funciones, responsabilidades, roles de los puestos incorporados en los Manuales de Clasificación de Puestos Genérico e Institucional ocupados por servidores que legalmente se encuentran ausentes, sean de aquellas que necesariamente deben ser cubiertas o asumidas mediante subrogación a efectos de legalizar y legitimar actuaciones por la o el servidor de menor nivel y que cumpla con los requisitos exigibles para aquello.

No procederá la subrogación cuando las actividades que venía desempeñando el titular del puesto que legalmente se encuentra ausente, sean de aquellas que no representan atribuciones, funciones y responsabilidades que deban legitimar

y legalizar actos administrativos propios de ese puesto, y que bien podrían ser cubiertas por el propio personal institucional, mediante equipos de trabajo.

Las Unidades de Administración del Talento Humano de conformidad con lo que establece el artículo 52 letras a), d), e), f) y k) de la LOSEP, son responsables de cumplir y hacer cumplir la citada Ley; aplicar el manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales, con enfoque en la gestión, competencias laborales; administrar el sistema integrado de desarrollo institucional, talento humano y remuneraciones; realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimiento de personal con sujeción a la ley, su reglamento general, normas conexas y resoluciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales; y, asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación de éstas normativas a las y los servidores públicos de la institución”.

La Constitución de la República, en el artículo 229 dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

El artículo 83 de la LOSEP, contempla a los servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público, dentro de los cuales no constan los servidores que ocupen puestos de jefatura, como es el caso que motiva su consulta.

El artículo 100 de la referida Ley Orgánica, establece que la remuneración mensual unificada que conste en la escala que expedirá el Ministerio de Relaciones Laborales, “constituye el ingreso que percibirán la Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República y las demás autoridades y funcionarias o funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior que señale el Ministerio de Relaciones Laborales”.

La Disposición General Décima Octava de la LOSEP, determina que para la aplicación de dicha Ley y su Reglamento se establecen los siguientes conceptos:

“Funcionaria/o.-Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del

sector público sea o no de libre nombramiento o remoción”.

Respecto a la subrogación, el artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, prescribe lo siguiente:

“Cuando por disposición de la Ley o por orden escrita de autoridad competente, la servidora o el servidor deba subrogar en el ejercicio de un puesto del nivel jerárquico superior, cuyo titular se encuentre legalmente ausente, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha de la subrogación, sin perjuicio del derecho del titular”.

El período máximo de sesenta días por subrogación que contemplaba el derogado Reglamento a la LOSECA, estuvo vigente hasta la expedición de la LOSEP, que tal como se indicó anteriormente, en su artículo 126 trata sobre la subrogación y su correspondiente pago, por el tiempo que dure el reemplazo del titular del puesto.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril del 2011, que derogó expresamente el Reglamento a la LOSECA, en el artículo 270 determina:

“La subrogación procederá de conformidad con el artículo 126 de la LOSEP, considerando que la o el servidor subrogante tendrá derecho a percibir la diferencia que exista entre la remuneración mensual unificada de su puesto y la del puesto subrogado, incluyendo estos los puestos que dependan administrativamente de la misma institución.

A efectos de la subrogación se deberá cumplir con los requisitos del puesto a subrogarse y en función de la misma se ejercerán las funciones correspondientes al puesto subrogado.

El pago por subrogación correrá a partir del primer día y hasta cuando dure el tiempo de subrogación; y los aportes al IESS serán los que corresponda al puesto subrogado”.

Conforme señala el Ministerio de Relaciones Laborales en el oficio No. MLR-AJ-0009064 de 23 de junio de 2011, las Unidades de Administración de Talento Humano de las entidades públicas son las responsables de cumplir y hacer cumplir la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento General y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales; aplicar el manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales; realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimiento de personal con sujeción a la ley; y, asesorar y

prevenir sobre la correcta aplicación de éstas normativas por parte de los servidores públicos de la institución.

En atención a su consulta, con fundamento en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece que la subrogación procede cuando un servidor reemplace temporalmente a un superior ubicado en el nivel jerárquico superior y en el artículo 270 del Reglamento a la LOSEP, que prevé que la subrogación incluye “los puestos que dependan administrativamente de la misma institución”, se concluye que cabe la subrogación, a puestos de Jefatura siempre y cuando la Unidad de Administración de Talento Humano emita un informe en el que conste que las atribuciones y responsabilidades de tales puestos, incorporados en los Manuales de Clasificación de Puestos Genérico e Institucional deban ser cubiertas o asumidas mediante subrogación para lo cual además, los servidores que subrogan, deben cumplir con los requisitos exigibles para el cargo superior que subroguen.

Según ha quedado señalado en líneas anteriores, es responsabilidad de la Unidad de Administración de Talento Humano del Gobierno Autónomo Descentralizado de Manabí, emitir un informe motivado que determine la procedencia de la subrogación de puestos que no se encuentren en el nivel jerárquico superior de la estructura organizacional de la entidad y en consecuencia la procedencia del correspondiente pago por subrogación.

En los mismos términos me he pronunciado en oficios Nos. 02757, 02758 y 02759 de 12 de julio de 2011.

OF. PGE. N°: 03903, de 27-09-2011

SUBROGACIÓN Y ENCARGO DE FUNCIONES: ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LOSEP

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO
FORESTAL DEL ECUADOR-PROFORESTAL,
MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA,
ACUACULTURA Y PESCA, MAGAP (E)

CONSULTA:

Es procedente el pago de los haberes por encargo o subrogación, a varios funcionarios de PROFORESTAL a quienes se les encargó varios puestos directivos de dicha entidad.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 33

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 52 lits. a), d), e), f) y k), 94, 100, 126, 127, 170 y Disp. Gen. Décima Octava; y, 244, 270 y 271 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público Arts. 132, 25 (derogado); y, 238 de su Reglamento (derogado)

D. E. N° 969 R. O. N° 309 de 4-04-2008 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 00705 de 2 de marzo de 2011, esta Procuraduría le requirió a la entidad de su representación, el envío del criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de PROFORESTAL, respecto del objeto de la consulta; y, con oficio No. 01126 de 29 de marzo de 2011, se le insistió que remitiera lo solicitado. Dichos requerimientos fueron atendidos mediante oficio No. PROFORESTAL-DE-2011-134 de 31 de marzo de 2011, ingresado el 4 de abril de 2011.

Con oficio No. 02146 de 7 de junio de 2010, esta Procuraduría le solicitó el criterio jurídico del Ministerio de Relaciones Laborales con respecto a la procedencia del pago por subrogación, a los servidores en el ejercicio de puestos que no correspondan al nivel jerárquico superior, en atención a una consulta formulada por la Presidenta de la Comisión de Transición-Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Géneros. Dicho requerimiento fue atendido por parte de la referida Cartera de Estado, mediante oficio No. MRL-AJ-2011-0009064 de 23 de junio de 2011.

El Viceministro del Servicio Público en el oficio No. MRL-AJ-20110009064 de 23 de junio de 2011, hace referencia a los artículos 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 270 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y expone que el sistema integrado de desarrollo del talento humano del servicio público está conformado por varios subsistemas, entre ellos el de clasificación de puestos y que efectuada la conformación lógica y sistemática de los puestos ubicados en los diferentes grupos ocupacionales esto responde a los grados de valoración de las escalas de remuneraciones mensuales unificadas emitidas por dicho Ministerio, en las que están ubicados servidores excluidos de la carrera o protegidos por ella.

El Viceministro del Servicio Público, con relación a la subrogación, concluye con el siguiente criterio institucional:

“En virtud de lo expuesto la subrogación se ha de entender que ésta procede a puestos de nivel superior, independiente de que estén en la escala de remunera-

ciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior o en la escala general de servidores públicos, debiéndose previamente cuidar que las atribuciones, funciones, responsabilidades, roles de los puestos incorporados en los Manuales de Clasificación de Puestos Genérico e Institucional ocupados por servidores que legalmente se encuentran ausentes, sean de aquellas que necesariamente deben ser cubiertas o y asumidas mediante subrogación a efectos de legalizar y legitimar actuaciones por la o el servidor de menor nivel y que cumpla con los requisitos exigibles para aquello.

No procederá la subrogación cuando las actividades que venía desempeñando el titular del puesto que legalmente se encuentra ausente, sean de aquellas que no representan atribuciones, funciones y responsabilidades que deban legitimar y legalizar actos administrativos propios de ese puesto, y que bien podrían ser cubiertas por el propio personal institucional, mediante equipos de trabajo.

Las Unidades de Administración del Talento Humano de conformidad con lo que establece el artículo 52 letras a), d), e), f) y k) de la LOSEP, son responsables de cumplir y hacer cumplir la citada ley; aplicar el manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales, con enfoque en la gestión, competencias laborales; administrar el sistema integrado de desarrollo institucional, talento humano y remuneraciones; realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimiento de personal con sujeción a la ley, su reglamento general, normas conexas y resoluciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales; y, asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación de éstas normativas a las y los servidores públicos de la institución”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 969, publicado en el Registro Oficial No. 309 de 4 de abril de 2008, el Presidente Constitucional de la República, creó la Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal del Ecuador, PROFORESTAL, adscrita al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, MAGAP, como una entidad de derecho público, con autonomía administrativa y financiera, de conformidad con el Art. 1 del mencionado Decreto.

En el oficio de consulta de la entidad a la que usted representa, se manifiesta que: “La Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal del Ecuador PROFORESTAL, a través de la Dirección Ejecutiva, por necesidad institucional, mediante acto administrativo expreso, encargó a varios servidoras y servidores el ejercicio de actividades en cargos de Dirección, Coordinación y Jefaturas a título de subrogación y encargo.

Tomando en cuenta que los servidores y servidoras han venido desarrollando las actividades asumidas de acuerdo a su encargo respectivo y considerando que

durante el año 2010, no se contrató al titular de cada cargo por razones institucionales, se han iniciado las gestiones correspondientes para reconocer los derechos de los servidores y servidoras de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador Art. 33 “Igual trabajo, igual remuneración”.

De lo expresado se colige que la duda se genera en la procedencia de pagar por más de sesenta días los encargos y subrogaciones a los funcionarios que motivan la presente consulta.

De la documentación que ha sido remitida, consta el memorando No. DAJ-PJ-0217 de 5 de noviembre de 2010, dirigido al Director de Recursos Humanos de PROFORESTAL, suscrito por un representante de la Unidad de Patrocinio Judicial de PROFORESTAL, el cual, con respecto al tema planteado, manifiesta: “De conformidad a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, (LOSCCA) en su (sic) arts. 132, 25 y 238 del Reglamento de la Ley invocada; además del art. 33 de la Ley Suprema; y, al tratarse de un derecho adquirido, este departamento de Patrocinio Judicial recomienda: cancelar los valores por subrogación y encargo a los servidores que han sido designados legalmente por la Autoridad Nominadora, y se encuentren estructurados en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal del Ecuador – PROFORESTAL, de acuerdo a la publicación del Registro Oficial No. 435, de fecha 29 de septiembre de 2008.

Cabe señalar que la subrogación o encargo, será cancelada, de acuerdo a lo establecido en el art. 238, que establece en una parte pertinente,... el tiempo de subrogación no podrá exceder por ningún concepto más de sesenta días por una sola vez al año”.

Del mismo modo, en el oficio No. DAJ-PJ-2011-015 de 21 de enero de 2011, suscrito por el Director Jurídico de PROFORESTAL, con respecto al pago por subrogaciones y encargos, al amparo de la derogada LOSCCA y su Reglamento General, manifiesta que: “... el pago por subrogaciones y encargos se hicieron a la vigencia de las antes señaladas normas y el reconocimiento del derecho a la diferencia por los conceptos señalados; nos ubica en la situación de aplicar y ponderar la norma que mayormente favorezca a los servidores que cumplieron las funciones de jerarquía superior”...Al respecto, se deberá aplicar la norma vigente a la fecha del reconocimiento del derecho; es decir la Ley Orgánica del Servicio Público vigente a partir del 6 de octubre de 2010, conforme su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294”. Concluye manifestando el mencionado funcionario que: “Por todo lo ampliamente expuesto, es criterio de esta Dirección, que se debe reconocer el derecho que tienen los funcionarios y servidores que han ejercido funciones diferentes a sus originales contratos...”.

En el oficio No. DAJ-2011-001 de 30 de marzo de 2011, que contiene el criterio institucional, la Analista Jurídica de PROFORESTAL, expresa que en la época de los encargos, y subrogaciones que motivan la presente consulta, estuvo vigente la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; y, con fundamento en los artículos 132, y 25 letra b) de la Ley citada, concluye manifestando que: “Por los antecedentes expuestos, y acogiendo lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento, norma vigente al momento de suscitarse los encargos, la Dirección de Asesoría Jurídica de PROFORESTAL reitera su criterio, en que cancele de conformidad con las disposiciones antes citadas”.

Al oficio de consulta, se han adjuntado en copias certificadas, las siguientes resoluciones suscritas por el Director Ejecutivo, encargado, de PROFORESTAL.

1. PROFORESTAL-DE-2010-0007, de 7 de enero de 2010, por la cual se encarga la Dirección de la Regional 2 de la Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal del Ecuador, PROFORESTAL, al Coordinador Provincial de Pichincha.
2. PROFORESTAL-DE-2010-0008, de 7 de enero de 2010, por la cual se encarga la Dirección de la Regional 1 de PROFORESTAL, al Coordinador Provincial de Imbabura.
3. PROFORESETAL-DE-2010-0009, de 7 de enero de 2010, por la cual se encarga la Dirección de la Regional 3 de PROFORESTAL, al Coordinador Provincial de Chimborazo.
4. PROFORESTAL-DE-2010-0010, de 7 de enero de 2010, por la cual se encarga la Dirección de la Regional 4 de PROFORESTAL, al Coordinador Provincial de Manabí.
5. PROFORESTAL-DE-2010-0011, de 7 de enero de 2010, por la cual se encarga la Dirección de la Regional 6 de PROFORESTAL, al Coordinador Provincial del Azuay.

Del mismo modo han sido adjuntados los memorandos Nos. DE-2010-0221 de 5 de abril de 2010, 0222-PROFORESTAL-DE, de 5 de abril de 2010; DE-2010-0220 de 9 abril de 2010; DE-2010-0316, de 5 de mayo de 2010; DE-2010-0432 de 4 de junio de 2010; DE-2010-0516 de 1 de julio de 2010; 0523 PROFORESTAL-DE de 1 de julio de 2010; 0531 PROFORESTAL-DE de 7 de julio de 2010; PROFORESTAL-DE-0612 de 21 de julio de 2010, DE-2010-0763 de 23 de agosto de 2010; 00804 PROFORESTAL-DE de 1 de septiembre de 2010; por los cuales el Director Ejecutivo, encargado, de PROFORESTAL, dispone a varios funcionarios de dicha entidad que ocupen algunos cargos de dirección y jefatura bajo la figura de subrogación por encontrarse ausentes sus titulares.

De las copias certificadas de las Resoluciones y memorandos previamente referidos, se desprende que PROFORESTAL ha utilizado la figura del encargo para que los coordinadores provinciales ocupen las Direcciones Regionales de PROFORESTAL, por encontrarse aquellos puestos vacantes; mientras que para los demás funcionarios referidos en los memorandos aludidos en los antecedentes del presente pronunciamiento, se utilizó la figura de la subrogación para que ocupen los puestos cuyos titulares se encontraban temporalmente ausentes.

Atentas las fechas de las Resoluciones de encargo y de los memorandos disponiendo las subrogaciones que he citado en líneas anteriores, éstos se realizaron antes del 6 de octubre de 2010, fecha en la cual fue publicada la vigente Ley Orgánica del Servicio Público. Por lo tanto, el tema de la consulta se rige por los artículos 132 de la derogada LOSCCA, y 238 de su Reglamento de Aplicación.

Por lo tanto el presente análisis se lo realizará con respecto a la figura de la subrogación y el encargo que motivan la presente consulta, en los dos escenarios propuestos, esto es, durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, y a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Civil, LOSEP.

1. Con respecto a la subrogación o encargo cuando estuvo vigente la derogada LOSCCA.

El Art. 132 de la derogada LOSCCA, disponía:

“Cuando por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente, un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos que perciban mayor remuneración mensual unificada, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y hasta por un máximo de sesenta días, sin perjuicio del derecho del titular. En el caso de puestos vacantes la autoridad nominadora deberá designar al titular en el plazo máximo de sesenta días”.

El derogado Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA (vigente a la fecha de los encargos y subrogaciones que motivan la presente consulta) en el artículo 238 establecía que la subrogación procedía “cuando el servidor deba asumir las competencias correspondientes al puesto de dirección o jefatura profesional cuyo titular se encuentra legalmente ausente, hasta por un período máximo de sesenta días al año”.

De las normas citadas de la derogada LOSCCA y de su Reglamento de Aplicación, se concluye:

1. Con respecto a los coordinadores provinciales de PROFORESTAL, a los cuales se les encargó varias direcciones provinciales bajo la figura del encargo, antes de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, tomando en consideración que según el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de PROFORESTAL, los Directores Provinciales Regionales de PROFORESTAL, son puestos directivos y son jerárquicamente superiores al de los coordinadores provinciales, tuvieron derecho a percibir la diferencia existente entre la remuneración mensual de su puesto y la del puesto encargado, en aplicación de los artículos 132 de la derogada LOSCCA y 238 de su Reglamento de Aplicación.

2. Los demás funcionarios a quienes se les encargó varios puestos mediante la figura de la subrogación, antes de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, según se desprende de los memorandos referidos en los antecedentes de la consulta, tuvieron derecho al pago de la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponde a los puestos subrogados de conformidad con los artículos 132 de la derogada LOSCCA y 238 de su Reglamento de Aplicación, hasta un máximo de sesenta días.

2. Con respecto a la subrogación y encargo a partir de la expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

El artículo 126 de ley Orgánica del Servicio Público, prescribe:

“Cuando por disposición de la Ley o por orden escrita de autoridad competente, la servidora o el servidor deba subrogar en el ejercicio de un puesto del nivel jerárquico superior, cuyo titular se encuentre legalmente ausente, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha de la subrogación, sin perjuicio del derecho del titular”.

El artículo 100 de la referida Ley Orgánica, prevé que “la remuneración mensual unificada que conste en la escala que expedirá el Ministerio de Relaciones Laborales, constituye el ingreso que percibirán la Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República y las demás autoridades y funcionarias o funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior que señale el Ministerio de Relaciones Laborales”.

La Disposición General Décima Octava de la LOSEP, define al funcionario como: “La servidora o el servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servi-

cio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”.

De la normativa citada, se desprende que la entidad encargada de catalogar a los puestos como del nivel jerárquico superior es el Ministerio de Relaciones Laborales.

De su parte, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril del 2011 (que derogó expresamente el Reglamento a la LOSCCA), prescribe en su Art. 170, que los puestos del nivel jerárquico superior estarán estructurados por los puestos comprendidos en el artículo 83 de la LOSEP. Esta disposición contempla los puestos excluidos de la carrera del servicio público.

El Art. 244 del citado Reglamento a la LOSEP, determina que: “La escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior (Libre Nombramiento y Remoción) que incluirá a la o el Presidente de la República, a la o el Vicepresidente de la República y las demás autoridades y funcionarias o funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior de las instituciones determinadas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales, contando previamente con el dictamen del Ministerio de Finanzas”.

Mediante Resolución de la ex SENRES No. 81, publicada en el Registro Oficial No. 374 de 9 de julio de 2004, se expidió la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior, la cual ha sido objeto de varias reformas, encontrándose vigente a partir del 1 de enero de 2011, las remuneraciones previstas en la Resolución No. MRL-2011-000020, publicada en el Registro Oficial No. 383 de 11 de febrero del 2011, de la cual se desprende que los puestos de libre nombramiento y remoción están excluidos de la carrera del servicio público, y por tanto, se encuentran considerados dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 270 determina:

“La subrogación procederá de conformidad al artículo 126 de la LOSEP, considerando que la o el servidor subrogante tendrá derecho a percibir la diferencia que exista entre la remuneración mensual unificada de su puesto y la del puesto

subrogado, incluyendo estos los puestos que dependen administrativamente de la misma institución.

A efectos de la subrogación se deberá cumplir con los requisitos del puesto a subrogarse y en función de la misma se ejercerán las funciones correspondientes al puesto subrogado.

El pago por subrogación correrá a partir del primer día y hasta cuando dure el tiempo de subrogación; y los aportes al IESS serán los que corresponda al puesto subrogado”.

Conforme señala el Ministerio de Relaciones Laborales en el oficio No. MLR-AJ-0009064 de 23 de junio de 2011, las Unidades de Administración de Talento Humano de las entidades públicas son las responsables de cumplir y hacer cumplir la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento General y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales; aplicar el manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales; realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimiento de personal con sujeción a la ley; y, asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación de éstas normativas por parte de los servidores públicos de la institución.

En virtud de lo expuesto se concluye que el artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que la subrogación procede cuando un servidor reemplace temporalmente a un superior ubicado en el nivel jerárquico superior y el artículo 270 del vigente Reglamento a la LOSEP, determina que la subrogación procederá conforme al artículo 126 de la LOSEP “incluyendo estos los puestos que dependen administrativamente de la misma institución” y su pago no tiene límite de tiempo, pues el artículo 126 de la LOSEP dispone que dicho pago se efectuará “durante el tiempo que dure el reemplazo”.

Con respecto al encargo, el Art. 127 de la citada ley Orgánica de Servicio Público, establece que: “el encargo de un puesto vacante procede por disposición de la Ley o por orden escrita de autoridad competente. La servidora o servidor de la institución asume el ejercicio de un puesto directivo ubicado o no, en la escala del nivel jerárquico superior. El pago por encargo se efectuará a partir de la fecha en que se ejecute el acto administrativo, hasta la designación del titular del puesto”.

En concordancia con la disposición transcrita, el Art. 271 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que: “el encargo en puesto vacante procederá cuando la o el servidor de carrera o no, deba asumir las competencias y responsabilidades de un puesto directivo ubicado o no en la Escala del Nivel Je-

rárquico Superior, y que cumpla con los requisitos establecidos en los Manuales de Clasificación Puestos Genérico e Institucional, para lo cual y por excepción tratándose de casos que por las atribuciones, funciones y responsabilidades del puesto a encargarse, deban legitimar y legalizar actos administrativos propios de dicho puesto, siempre y cuando la o el servidor cumpla con los requisitos del puesto a encargarse. Los asesores únicamente podrán encargarse de puestos de igual o mayor jerarquía o con igual o mayor remuneración a la que se encuentre percibiendo”.

De las citadas disposiciones con respecto al encargo, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que éste procede en un puesto vacante, sea del nivel directivo o no, y su pago, al igual que la subrogación, no tiene límite de tiempo.

En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, teniendo en cuenta que el artículo 126 de la citada Ley, establece que la subrogación procede cuando un servidor reemplace temporalmente a un superior ubicado en el nivel jerárquico superior, y que el artículo 270 del vigente Reglamento a la LOSEP, determina que la subrogación procederá conforme al artículo 126 de la LOSEP, “incluyendo estos los puestos que dependan administrativamente de la misma institución”; se concluye:

1. Con respecto a los coordinadores provinciales de PROFORESTAL, a los cuales se les encargó varias direcciones provinciales bajo la figura del encargo, antes de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, tomando en consideración que según el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de PROFORESTAL, los Directores Provinciales Regionales de PROFORESTAL, son puestos directivos y son jerárquicamente superiores al de los coordinadores provinciales, si los mencionados coordinadores provinciales de PROFORESTAL, se mantienen en los mismos puestos en calidad de encargados, tienen derecho a percibir la mencionada remuneración por encargo de puestos vacantes, de conformidad con los artículos 127 de la Ley de Servicio Público y 271 de su Reglamento de Aplicación.

2. En relación a los demás funcionarios a quienes se les encargó varios puestos mediante la figura de la subrogación, antes de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, según se desprende de los memorandos referidos en los antecedentes de la consulta, a partir de la publicación de la LOSEP, si los mencionados funcionarios siguen subrogando en puestos del nivel superior, procede la subrogación a puestos de nivel jerárquico superior independientemente de que se encuentren en la escala de remuneraciones mensuales del nivel jerárquico superior o en la escala de remuneraciones mensuales de los servidores públicos,

por lo que tienen derecho a la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponde al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo.

Se deberá tener en cuenta para el efecto, que las atribuciones, funciones y responsabilidades de los puestos subrogados, sean de aquellos que necesariamente deben ser cubiertos y asumidos mediante subrogación, y que los servidores cumplan además con los requisitos de los puestos que subrogan, en virtud de lo dispuesto en los artículos 126 y la LOSEP y 270 de su Reglamento.

Para el efecto, corresponde a la Unidad de Administración de Talento Humano Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal del Ecuador, PROFORESTAL, emitir un informe motivado que determine en cada caso la procedencia de la subrogación de puestos que no se encuentren en el nivel jerárquico superior de la estructura organizacional de la entidad y en consecuencia la procedencia del correspondiente pago por subrogación.

OF. PGE. N°: 02938, de 22-07-2011

TASAS PARA USO DE SUELO: ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CUYABENO

CONSULTA:

“El GAD Municipal de Cuyabeno, en uso de las atribuciones que le confiere el Art. 264 de la Constitución de la República, numeral 2; en concordancia con los Arts. 55, literal b) y 567, inciso segundo del COOTAD, y demás leyes y reglamentos de la República, ¿puede aplicar la presente “Ordenanza que reglamenta las tasas por el uso del suelo en las actividades hidrocarburíferas”, sin permitir o dar lugar a recursos legales que impidan su aplicación?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226, 261 num. 11, 264 num. 2 y 5, 301, 313 y 415.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 11, 54 lit. c), 57 lits. a), b), c) y x), 111, 175, 186, 207, 566 y 567.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 5 lit. g).

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 41.

Ley de Gestión Ambiental Art. 8.

Ley de Hidrocarburos Arts. 1 y 6.

Ordenanza de Creación de Tasas por el Uso del Suelo en Operaciones Hidrocarburíferas Arts. 1 y 7.

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado Art. 6.

Res. N° 121 de la Procuraduría General del Estado Arts. 1 y 7.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 02551 de 27 de junio de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del informe jurídico sobre el tema materia de consulta, así como de los documentos a los que ésta hace referencia, entre ellos el proyecto de Ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas, sobre el que trata la consulta, presentado por la Dirección de Ambiente de ese gobierno autónomo descentralizado. Dicho pedido se formuló de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 03005 de 27 de julio de 2011, insistió en el requerimiento y debido a la falta de atención por parte de esa Municipalidad, mediante oficio No. 03607 de 8 de septiembre de 2011, se dispuso el archivo de la consulta, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, que dispone: "Si requerido el organismo o entidad del sector público, de presentar el criterio del Asesor Jurídico de la institución o cualquier documento relacionado con el tema de consulta, debidamente certificados por autoridad competente, no lo hiciere en el plazo dispuesto en el artículo 5, letra g) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador General del Estado podrá abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado y disponer el archivo de la consulta formulada".

Mediante oficio No. 206-ALC-GAD-MC-2011 de 14 de septiembre de 2011, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 16 de septiembre del presente año, se remite el criterio del Procurador Síndico de esa Municipalidad, sobre el tema materia de consulta, así como las copias certificadas de la documentación relacionada con ella, por lo que procede la reactivación del trámite al tenor del artículo 7 de la citada Resolución No. 121 de este Organismo.

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 02552 y 02553 de 27 de junio de 2011, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio del Ambiente y del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

Mediante oficio No. 274-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, recibido al día siguiente, el Ministro de Recursos Naturales No Renovables, ha remitido a este Despacho, el memorando No. 494-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, que contiene el criterio de la Coordinación General Jurídica de esa Secretaría de Estado, que el Ministro acoge y remite como criterio institucional.

Con oficio No. 03006 de 27 de julio de 2011, Procuraduría insistió en el requerimiento formulado al Ministerio del Ambiente, habiéndose recibido respuesta por parte de Ministra del Ambiente, en oficio No. MAE-D-2011-0598 de 24 de agosto de 2011, ingresado el 26 de los mismos mes y año.

En el oficio inicial de consulta se expone que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Cuyabeno, ha incrementado su presupuesto en base a leyes especiales, algunas de las cuales han sido derogadas; y, de otras fuentes de ingreso, que correspondían a partidas extra presupuestarias, sujetas a las coyunturas de cada época; y, que la reforma a la Ley de Hidrocarburos, ha beneficiado a los GADs con la entrega de recursos adicionales, pero que sin embargo, el Presupuesto General del Estado “ha dependido en gran parte, de la producción petrolera; no ha sido justo y equitativo con los GAD y sus poblaciones generadoras de esta riqueza”; y, que la actividad petrolera ha generado contaminación ambiental y la consiguiente destrucción de la vida humana, flora y fauna.

Añade que la Dirección de Ambiente de esa Municipalidad ha presentado un proyecto de ordenanza, que ha sido analizada y discutida por el Concejo en primer debate, con el fin de establecer tasas “por la utilización del uso del suelo en las actividades petroleras, ya sean estas de carácter públicas o privadas”; y, manifiesta que: “El Concejo quiere asegurarse de que este instrumento legal pueda ser aplicado de manera efectiva y que no traiga consecuencias negativas de orden legal por parte de las empresas supuestamente afectadas...”.

Por su parte, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, en su informe contenido en memorando No. 036-AJ-WV-GAD-MC-2011 de 4 de agosto de 2011, remitido a pedido nuestro, cita el artículo 264 numerales 2 y 5 de la Constitución de la República y el artículo 55 letras b) y e) del COOTAD que confieren a las municipalidades competencia exclusiva para ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, y para crear, modificar y suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El informe cita además, las letras a), b), c) y x) del artículo 57 del COOTAD, que asignan al Concejo Cantonal, facultad normativa para expedir Ordenanzas; re-

gular mediante Ordenanza la aplicación de los tributos previstos en la ley a su favor; crear tasas por los servicios que presta; y, regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón.

El Procurador Síndico invoca también el artículo 567 del COOTAD, que dispone que las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, “pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

Con respecto al proyecto de ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas, presentada por el Director del Ambiente de esa Municipalidad, el Procurador Síndico manifiesta que mediante informe de 17 de junio de 2011, dirigido al Alcalde, ya se pronunció en el sentido de que “si procede” conocer y aprobar esa ordenanza “ya que está enmarcada dentro de las competencias municipales”. Al efecto, argumenta que el proyecto de Ordenanza determina como ámbito de aplicación, en su artículo 1, a las personas naturales lo jurídicas “cuyas actividades produzcan u originen descargas líquidas, no domésticas o sustancias nocivas al suelo, subsuelo, cuerpos de agua; y, ocupación del espacio físico del suelo para actividades industriales dentro del Cantón Cuyabeno”, así como a las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan emisiones de partículas o gases contaminantes o sustancias nocivas a la atmósfera, a través de fuentes fijas y semifijas.

El informe del Procurador Síndico, cita a su vez el informe del Director del Ambiente de esa Municipalidad, de 2 de mayo de 2011, en que expone que: “Esta ordenanza prevé no solamente la recuperación de valores no recaudados, a lo largo de más de treinta años de exploración, explotación, producción y transporte del petróleo crudo; sino que también busca además establecer un equilibrio entre la explotación petrolera y el Ambiente; pero sobre todo garantiza el SUMAK KAWSAY, garantizado establecido en la Constitución, el plan nacional del Buen Vivir y los objetivos del Milenio (ODM)...”.

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante concluye que “es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Cuyabeno apruebe en II debate el Proyecto de Ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas que se realizan en el Cantón Cuyabeno”.

Por su parte, la Ministra del Ambiente, en oficio No. MAE-D-2011-0598 de 24 de agosto de 2011, expone que según el tenor de la consulta, el propósito de la

Ordenanza es “recaudar más ingresos para el Municipio”, pues “el objeto del cobro de esta tasa no es de carácter ambiental, sino encaminado a la obtención de recursos por la ocupación del suelo por parte de la industria hidrocarburífera”; argumenta que “El Ministerio del Ambiente, en su calidad de Autoridad Ambiental Nacional, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley de Gestión Ambiental, no tiene competencias para emitir criterios respecto a cobros de tasas por uso de suelo”. Finalmente invoca el numeral 11 del artículo 261 de la Constitución de la República, que confiere al Estado central competencia exclusiva sobre los recursos energéticos, minerales e hidrocarburos y concluye que: “al ser la consulta remitida de índole distinta a la ambiental, lo indicado corresponde al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, toda vez que dicha institución, es la que emite políticas y lineamientos en temas hidrocarburíferos”.

El Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en oficio No. 274-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, remite como su criterio institucional, el expuesto por el Coordinador General Jurídico de esa Secretaría de Estado, contenido en memorando No. 494-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, que cita entre otras normas, el artículo 226 de la Constitución de la República, que establece el principio de legalidad y dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la Ley.

El citado informe invoca además, los artículos 261 numeral 11 y 313 de la Constitución de la República, que confieren competencia exclusiva al Estado central sobre los recursos energéticos e hidrocarburos; y, el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los que se incluye a los recursos naturales no renovables, así como al transporte y refinación de hidrocarburos, en concordancia con las disposiciones que en idéntico sentido, constan en el artículo 111 del COOTAD.

El informe del Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, cita también el artículo 175 del COOTAD que establece el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos no renovables, tendrán derecho a participar en las rentas que perciba el Estado por esta actividad, de acuerdo a lo previsto en la Constitución, ese Código y lo que dispongan las leyes del sector correspondiente.

Adicionalmente el informe jurídico antes citado hace referencia al artículo 207 del COOTAD, norma que se halla ubicada en el Capítulo V del indicado Código que se titula “Transferencias para compensar a los Gobiernos Autónomos Des-

centralizados donde se exploten o industrialicen recursos no renovables". El indicado artículo prevé a favor de los GADs, las transferencias del Gobierno Central por los efectos negativos de la explotación de recursos naturales no renovables. Es decir que las transferencias dispuestas en el artículo 207 del COOTAD, constituyen el mecanismo a través del cual se implementa el derecho que confiere el artículo 175 del COOTAD a los GADs en cuyo territorio se explotan o industrializan recursos naturales, para participar en las rentas que por tales conceptos recibe el Estado.

En forma adicional, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, cita los artículos 1 y 6 de la Ley de Hidrocarburos, que determinan que los yacimientos de hidrocarburos "pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado"; y, que corresponde a la Función Ejecutiva, la formación de la política en esa materia; y, argumenta que:

"El uso y ocupación del suelo es la atribución que tienen los gobiernos municipales y metropolitanos en cuanto a planes y políticas de ordenamiento territorial en su cantón, además, es importante diferenciar entre un servicio público otorgado por las municipalidades como: agua potable, luz eléctrica, alcantarillado, recolección de basura, etc., y una actividad de alcance nacional no descentralizable como es la hidrocarburífera, a la cual los gobiernos seccionales no prestan ningún servicio, ni a EP PETROECUADOR, PETROAMAZONAS EP, etc. el Estado es el único dueño del suelo donde se desarrolla la actividad petrolera".

Sobre dicha base concluye el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables manifestando que: "No es pertinente el aplicar una Ordenanza que reglamente las tasas por el uso del suelo en las actividades hidrocarburíferas; toda vez que, los recursos naturales no renovables (hidrocarburos) son parte del patrimonio inalienable e imprescriptible y se constituyen en un bien público que pertenece en su totalidad al Estado..."; y, agrega: "...no corresponde el cobro de la referida tasa más aún cuando en la ejecución de los contratos petroleros, los gobiernos seccionales no prestan ningún servicio, peor aún es su competencia el determinar tributos en proyectos de alcance nacional, la intervención y facultad de regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, es competencia directa y exclusiva del Estado Central".

Del proyecto de Ordenanza de Creación de Tasas por el Uso del Suelo en Operaciones Hidrocarburíferas, que la Municipalidad consultante ha remitido a pedido nuestro, se desprende que su artículo 1 establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“Art. 1.- AMBITO.- Las normas de esta Ordenanza se aplicarán:

- a) A las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan u originen descargas líquidas, no domésticas o sustancias nocivas al suelo, subsuelo, cuerpos de agua; y, ocupación del espacio físico del suelo para actividades industriales, dentro del Cantón Cuyabeno.
- b) A las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan emisiones de partículas o gases contaminantes o sustancias nocivas a la atmósfera a través de fuentes fijas y semifijas”.

Las personas sujetas al ámbito de dicha Ordenanza, estarían sujetas al pago de las tasas municipales que el artículo 7 del proyecto de Ordenanza fija “por el uso del suelo para actividades industriales e hidrocarburíferas, y tasas por emisiones de gases al medio ambiente, dentro del Cantón”. La citada norma, según el proyecto establecería:

“Tasas por el Uso del Suelo

- 1. Uso del suelo para Estaciones de Producción...
- 2. Uso del suelo para Estaciones de Oleoducto...
- 3. Uso del suelo alrededor de pozos productores de petróleo, reinyectores...
- 4. Uso del suelo para la construcción de plataformas destinadas a la perforación de pozos...
- 5. Uso del suelo para ingresar y levantar torres de reacondicionamiento de pozos, en pozos productores, reinyectares o no productores...
- 6. Otros usos, a criterio del Dirección de Preservación del Ambiente...”.

El mismo artículo 7 del proyecto de Ordenanza, establece además, tasas por descargas de efluentes líquidos, tasas por descargas de gases a la atmósfera, tasa por derrame de petróleo crudo, tasas por el uso del suelo para trabajos con radioactividad y otras tasas por colocación de equipos sumergibles y trabajos de acidificación. Y, los artículos 12 y 13 del proyecto de Ordenanza, establecen infracciones y sanciones a la inobservancia de sus disposiciones.

El Art. 301 de la Constitución de la República, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se pueden establecer, modificar o extinguir tasas y contribuciones; y, el numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República confiere a las municipalidades potestad normativa para crear, modificar y suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

En materia de servicios públicos, la tasa es la contraprestación o retribución a cargo del usuario, que paga por el uso del servicio. El artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales, por lo que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen carácter tributario.

Con respecto a la potestad tributaria de las municipalidades, el artículo 186 del COOTAD, establece que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad; y, que cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, "cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza".

En concordancia, según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código, cuyo monto se fija por ordenanza.

De las disposiciones constitucionales y legales precitadas, se desprende que la municipalidad puede crear tasas como contraprestación de los servicios públicos que brinda en beneficio del contribuyente que las cubre y que su recaudación se debe destinar a financiar el costo de los servicios. En consecuencia, al disponerse por ordenanza el pago de un tributo al cual se denomina "tasa", se debe establecer la correlativa prestación del servicio por parte de la municipalidad, según se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado, en forma reiterada, en oficios Nos. 07977 y 07980, ambos de 22 de junio de 2009, entre otros.

Del texto del proyecto de ordenanza sobre el que trata la consulta, se desprende que el hecho generador de las tasas que se pretenden establecer, sería el uso del suelo para la realización de actividades hidrocarburíferas en el cantón Cuyabeno, por parte de las personas naturales o jurídicas.

El control del uso y ocupación del suelo en el cantón, que es la motivación a la que alude el referido proyecto de Ordenanza, es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, de conformidad con el numeral 2 del artículo 264 de la Constitución de la República; y, según la letra c) del artículo 54 del COOTAD, consiste en: "Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales".

En concordancia, la letra x) del artículo 57 del COOTAD, asigna al Concejo Municipal atribución para: “Regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra”.

Sobre esta materia, el artículo 415 de la Constitución de la República prescribe:

“Art. 415.- El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes...”.

De las normas constitucionales y legales citadas se desprende que la competencia de control del uso y ocupación del suelo, que corresponde a las municipalidades, está referida al establecimiento de planes de ordenamiento territorial, que permitan regular el adecuado crecimiento urbano, determinando en forma planificada zonas o segmentos del suelo que puedan ser urbanizables o no y destinadas a distintos tipos de usos, como: residencial, comercial, industrial, de servicios, protección ecológica, preservación patrimonial, de manera que se regule el crecimiento de las ciudades y se planifique oportunamente su desarrollo y la dotación de infraestructura y servicios básicos cuya prestación corresponda a la municipalidad.

Por su parte, las competencias relacionadas con el uso de los recursos energéticos e hidrocarburos, que son recursos no renovables, atento su carácter estratégico, determinado por los artículos 261 numeral 11 y 313 de la Constitución de la República y 111 del COOTAD, corresponden al Estado Central. El citado artículo 111 del COOTAD prescribe:

“Art. 111.- Sectores estratégicos.- Son aquellos en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental.

La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central. El ejercicio de las restantes facultades y competencias podrá ser concurrente en los distintos niveles de gobierno de conformidad con este Código.

Son sectores estratégicos la generación de energía en todas sus formas: las telecomunicaciones; los recursos naturales no renovables; el transporte y la refinación de hidrocarburos: la biodiversidad y el patrimonio genético; el espectro radioeléctrico; el agua; y los demás que determine la Ley”.

En concordancia, el segundo inciso del artículo 9 reformado de la Ley de Hidrocarburos, dispone que: “La industria petrolera es una actividad altamente especializada, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control. Esta normatividad comprenderá lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia”. El mismo artículo confiere al Ministro Sectorial, atribución para formular la política de hidrocarburos aprobados por el Presidente de la República.

En forma adicional, es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 567 del COOTAD, establece que: “Las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que: “Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”.

En cuanto se refiere a la aplicación del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 567 del COOTAD, referido a la tasa por uso de espacios públicos, el propio texto de dichas normas se refiere expresamente al uso u ocupación del espacio público o la vía pública para colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

En forma adicional, es pertinente considerar que el artículo 175 del COOTAD establece una participación en las rentas que perciba el Estado, en beneficio de los GADs en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos no renovables, que al tenor del artículo 207 del mismo COOTAD, se instrumenta mediante transferencias que tienen por objeto compensar a los GADs por la explotación de recursos naturales no renovables y por los efectos negativos de su explotación.

Del análisis que precede se concluye que la potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, está referida exclusivamente a aquellas materias de su competencia y por tanto, no corresponde que la Municipalidad cree tributos bajo la denominación de tasa, sin que exista una prestación en ser-

vicio por parte de la entidad municipal, a favor del sujeto pasivo o contribuyente obligado al pago.

Del texto del proyecto de ordenanza sobre el que trata la consulta, se desprende que el hecho generador del tributo (tasa) sería el uso del suelo para la realización de actividades hidrocarburíferas en el cantón Cuyabeno, por parte del contribuyente, sin que exista prestación de servicio por parte de la Municipalidad.

En consecuencia, en atención a su consulta se concluye que la Municipalidad no tiene atribución para establecer un tributo que grave el uso del suelo del cantón, para la realización de actividades de la industria hidrocarburífera, en virtud de que no existe prestación por parte de la Municipalidad que dé lugar al establecimiento de la tasa, además que no tiene competencia sobre los sectores estratégicos, como son los recursos naturales no renovables y que, por su parte, los artículos 175 y 207 del COOTAD, ya han previsto rentas a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos naturales no renovables, como una compensación por la explotación de estos recursos y sus efectos negativos.

No le corresponde a este Organismo pronunciarse, ni informar sobre los proyectos de Ordenanza que en ejercicio de su competencia normativa expidan los gobiernos autónomos descentralizados, por lo que mi pronunciamiento se refiere exclusivamente a la inteligencia y aplicación de las normas del COOTAD, que regulan la competencia de control del uso del suelo por parte de las municipalidades y determinan los límites de su potestad tributaria.

OF. PGE. N°: 04321, de 18-10-2011

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO: NOTIFICACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TURISMO

CONSULTA:

“¿Es necesario cumplir con lo dispuesto en el artículo 82 y/u 83 del Código de Procedimiento Civil, para la notificación de terminación unilateral del contrato, aún cuando se ha aplicado para su notificación lo dispuesto en el artículo 17 del

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 4, 9 num. 3, 70, 92 num. 4, y 95; y, 17, 124, 125 y 146 de su Reglamento.

Código de Procedimiento Civil Arts. 82 y 83.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo Art. 127 num. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 03167 de 5 de agosto de 2011, este Organismo solicitó a usted disponga que se remita a la Procuraduría General del Estado, copia certificada de la documentación relacionada con su consulta, que trata sobre el contrato cuyo objeto es la “Implementación de la Señalización Turística de Acceso al Cotopaxi”, suscrito por esa Secretaría de Estado con la Empresa Business Group.

El requerimiento formulado por este Organismo, se sustentó en el artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

Mediante oficio No. MT-2011-2733 de 29 de agosto de 2011, recibido el 31 de los mismos mes y año, el Ministerio de Turismo atiende nuestro requerimiento y aclara que: “la consulta realizada a la Procuraduría General del Estado, es por cuanto el Subsecretario Administrativo Financiero del Ministerio, se abstuvo de firmar la resolución de terminación unilateral del contrato hasta que la Procuraduría se pronuncie respecto de la correcta aplicación de la normativa legal sobre la notificación al contratista. No se cuenta con una Resolución en firme sino con un proyecto de Resolución de Terminación Unilateral del Contrato”.

De la copia certificada del contrato materia de consulta, que ha sido remitida a pedido nuestro, consta que fue suscrito por el Subsecretario Administrativo Financiero del Ministerio de Turismo con “el señor Alberto Mauricio Caicedo Mafla de la razón social Business Group”, en calidad de contratista. La fecha del contrato, es ilegible.

Según se refiere en la cláusula primera “Antecedentes”, se observó el procedimiento de subasta inversa y la convocatoria se realizó el 20 de diciembre de 2010, a través del portal www.compraspúblicas.gob.ec, esto es de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La cláusula cuarta del contrato, estipula su objeto en los siguientes términos:

“4.01.- El contratista se obliga con la CONTRATANTE a la Implementación de Señalización Turística “acceso al Cotopaxi” a entera satisfacción de la CONTRATANTE, según las características y especificaciones técnicas constantes en la oferta, de manera que la ubicación, georeferenciación, dimensiones de los letreros, tipo de letra, colores, materiales, alturas de las señales deberán remitirse a lo establecido en el numeral 4.11.1 Especificaciones Técnicas constantes en los pliegos y numeral 8 de los términos de referencia que se agrega y forma parte integrante de este contrato”.

El precio del contrato, según la cláusula quinta, es de US 19.700,00 más IVA, a ser pagado a la entrega de la señalización turística acceso al Cotopaxi, según la cláusula sexta; y, el plazo según la cláusula octava, era de treinta días calendario, contados a partir de la firma del contrato.

La cláusula décimo cuarta prevé la recepción definitiva de la señalización objeto del contrato y la suscripción de la respectiva acta, remitiéndose al efecto a los artículos 124 y 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En cuanto se refiere a la terminación unilateral del Contrato, que es el tema sobre el que trata la consulta, la letra d) de la cláusula décima séptima estipula que procede “en los casos establecidos en el artículo 94 de la LOSNCP”, y que en cuanto al procedimiento “será el previsto en el artículo 95 de la LOSNCP”.

La cláusula vigésima segunda del Contrato “Domicilio”, estipula que:

“22.02. Para efectos de comunicación o notificaciones, las partes señalan como su dirección, las siguientes:

La CONTRATANTE: Av. Eloy Alfaro No. 32-300 y Carlos Tobar, 2507555 de esta ciudad de Quito.

El contratista: Parroquia el Batán, Calle Alpallana, Av. 6 de diciembre No. 31-50, Edificio: Torres de Santa Fe de esta ciudad de Quito”.

Por su parte, el informe de visita de constatación de la implementación de la señalización turística “Acceso Cotopaxi” de 17 de mayo de 2011, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, expone como antecedente que: “La empresa Business Group fue adjudicada el 14 de enero del 2011 para realizar la IMPLEMENTACIÓN DE SEÑALIZACIÓN TURÍSTICA DEL ACCESO A COTO-

PAXI”, teniendo como plazo para la entrega 30 días calendario a partir de la firma del contrato, es decir la entrega total de la implementación se la debía realizar el día 2 de abril del 2011”.

Agrega el mismo informe que: “Por varios medios la Unidad de Señalización ha intentado comunicarse con la empresa Business Group, sin resultados positivos, motivo por el cual se pide un criterio jurídico mediante memorando No. MT-DDFT-2011-0379 del 26 de abril del 2011 y memorando No. MT-DDFT-2011-0418 del 05 de mayo del 2011 con el fin de iniciar el proceso para la Terminación del Contrato de manera unilateral”.

Según refiere el citado informe “El día 12 de mayo, la empresa Business Group se comunica vía correo electrónico e indica que la implementación está lista y pide que se designe una persona para realizar la recepción del producto final”.

La conclusión del informe expone: “Luego de realizar el recorrido acompañado del Sr. Rubén Caiza, guardaparque del Parque Nacional Cotopaxi, por los sitios referenciados para realizar la instalación de las señales antes mencionadas, se evidencio que NO se ha implementado ninguna señal objeto de la contratación”.

Se ha remitido además, copia certificada del oficio No. MT-2011-1532 de 30 de mayo de 2011, dirigido al contratista señor “Alberto Mauricio Caicedo Mafla, representante legal de Business Group” y suscrito por el Subsecretario Administrativo Financiero del Ministerio de Turismo, que contiene la notificación de inicio del procedimiento de terminación unilateral del contrato; sin embargo en ella no consta ninguna constancia de recepción por parte del contratista.

Según memorando No. MT-SAF-2011-0257 de 6 de junio de 2011, remitido en copia certificada a pedido nuestro, el Subsecretario Administrativo Financiero, informa al Director de Asesoría Jurídica que: “... a pesar de las múltiples gestiones realizadas desde este Despacho para remitir la comunicación a las direcciones registradas por el contratista tanto en el Registro Único de Contribuyentes como en el Registro Único de Proveedores, el Sr. Alberto Caicedo Mafla no ha sido localizado y por lo tanto no ha sido posible su notificación”.

Del memorando No. MT-DA-2011-0996 de 10 de junio de 2011, cuya copia certificada se ha remitido en atención a nuestro requerimiento, suscrito por la Directora Administrativa del Ministerio de Turismo y dirigido al Director de Asesoría Jurídica de esa Secretaría de Estado, se desprende que se publicó en el portal compras públicas la información relacionada al inicio del proceso de terminación unilateral del contrato para la Implementación de la Señalización Turística de Acceso al Cotopaxi, con fecha 10 de junio de 2011.

Finalmente, mediante Memorando No. MT-SAF-2011-0322 de 6 de julio de 2011, el Subsecretario Administrativo Financiero del Ministerio de Turismo, solicita al Director de Asesoría Jurídica de esa Secretaría de Estado que:

“En relación al memorando No. MT-DAJ-2011-0744 de 28 de junio de 2011, a través del cual solicita la suscripción de tres ejemplares de la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato de Subasta inversa Electrónica para la Implementación de la Señalización Turística de Acceso al Cotopaxi, y la inscripción de contratista incumplido en el registro del INCOP, manifiesto que mediante consulta verbal realizada al INCOP, se ha indicado que para la inscripción de Contratista Incumplido, se debe adjuntar la fe de recepción física de la notificación al contratista con el informe técnico y económico...”.

Agrega el mismo memorando que: “Por lo tanto, previo a la suscripción de la Resolución de Terminación Unilateral mencionada, solicito adjuntar al expediente la fe de notificación física al contratista...”.

El criterio jurídico que se ha remitido anexo a la consulta, contenido en memorando No. MT-DAJ-2011-0826 de 15 de julio de 2011, cita el artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y expone que: “Habiendo transcurrido más de 10 días hábiles de la publicación en el portal de los documentos con los cuales se justifica y comunica al contratista sobre la terminación del contrato suscrito el 02 de marzo del 2011 con esta entidad del Estado, la Dirección de Asesoría Jurídica remite con memorando No. MT-DAJ-2011-0744 al señor Subsecretario Administrativo Financiero tres ejemplares de la Resolución de Terminación unilateral del Contrato de Subasta Inversa Electrónica para la Implementación de la señalización Turística Acceso al Cotopaxi”.

El informe jurídico argumenta que: “...para efectos de la notificación al contratista, frente a la imposibilidad de notificarlo en las direcciones constantes en el expediente, procedió sobre la base del artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; ya que el mismo, manifiesta que toda documentación se entenderá notificada una vez que se haya subido al portal de compras públicas; consecuentemente, no se cuenta con la fe de recepción de la notificación al contratista...”.

Con respecto a la aplicación del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, el citado informe manifiesta que:

“La Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es necesario atender lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, el cual determina

sobre el procedimiento que se llevará, para proceder con la citación cuando ha sido imposible determinar la individualización o residencia de la persona a quien se desea citar; por cuanto, la norma mencionada trata sobre la citación más no sobre la notificación, figuras jurídicas totalmente distintas, además que, en tratándose de la materia de contratación pública, el Código de Procedimiento Civil es una norma supletoria, ya que, dicha materia tiene norma expresa sobre como proceder en los procesos que le son atinentes”.

Agrega el citado informe jurídico:

“En este caso, para la notificación de terminación unilateral del contrato, se ha aplicado el artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública...”; y, concluye:

“Consecuentemente, y sobre la base del sentido literal de la norma, toda notificación que se derive de los procedimientos de contratación pública se tendrán por notificadas una vez que se publique los documentos correspondientes en la página web de compras públicas, siendo su única excepción la imposibilidad de notificar electrónicamente; por lo tanto, es criterio de la Dirección de Asesoría jurídica del ministerio de Turismo, que la notificación de dar por terminado unilateralmente un contrato, basta y sobra con el cumplimiento de la disposición diecisieteava del Reglamento a la LOSNCP, que ha sido citada textualmente y no considera aplicable dar otra figura a la notificación como lo es la citación, al pretender realizar la misma a través de publicaciones en la prensa, ya sea aplicando el artículo 82 u 83 del Código de Procedimiento Civil”.

Los artículos 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil, que cita su consulta, disponen en su orden:

“Art. 82.- A personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar se citará por tres publicaciones que se harán, cada una de ellas en fecha distinta, en un periódico de amplia circulación del lugar; de no haberlo, se harán en un periódico de la capital de la provincia, asimismo de amplia circulación; y si tampoco allí lo hubiere, en uno de amplia circulación nacional, que el juez señale.

La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente, y de la providencia respectiva.

La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, la hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito, el juez no admitirá la solicitud.

Cuando deba citarse a herederos, a los conocidos se citará personalmente o por boleta y a los desconocidos o cuya residencia fuere imposible determinar, en la forma prevista por los incisos precedentes.

Los citados que no comparecieren veinte días después de la última publicación, podrán ser considerados o declarados rebeldes”.

“Art. 83.- Cuando falleciere alguno de los litigantes, se notificará a sus herederos para que comparezcan al juicio.

A quienes fueren conocidos se les notificará en persona o por una sola boleta, y a quienes fueren desconocidos o no se pudiere determinar su residencia, mediante una sola publicación en la forma y con los efectos señalados por el Art. 82.

La notificación se hará con la providencia en que se dispone contar con los herederos en el juicio. La publicación por la prensa contendrá únicamente un extracto de aquella”.

Del tenor de las normas transcritas se desprende que la citación por la prensa es aplicable en el ámbito procesal, respecto de personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar.

La terminación unilateral de un contrato sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es un procedimiento de naturaleza administrativa y no judicial, reglado por el artículo 92 numeral 4 de la citada Ley Orgánica, que establece las formas de terminación de los contratos; por el artículo 94 *ibídem*, que determina las causas en las que procede la terminación unilateral del contrato; y, finalmente, por el artículo 95 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prescribe el procedimiento aplicable; dicha norma dispone:

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente

el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley”.

En concordancia, el tercer inciso del artículo 146 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: “La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec (www.compraspublicas.gob.ec) y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP...”.

La misma norma del artículo 146 del Reglamento a la Ley Orgánica de la materia en análisis, en su primer inciso, prevé la notificación del inicio del procedimiento de terminación unilateral, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley, remitiéndoles copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

Del tenor de la normas citadas se desprende que el procedimiento de terminación unilateral de un contrato, tiene carácter sancionatorio, por lo que se inicia con la notificación al contratista, señalando específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido y advirtiéndole que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato, para lo cual se debe adjuntar a la notificación los informes técnico y económico que prescribe el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Concluido el procedimiento, la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato se publica en el portal, conforme prevén los artículos 95 de la Ley Orgánica y 146 de su Reglamento.

El artículo 17 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que cita el informe jurídico de la entidad consultante, prevé:

“Art. 17.- Notificaciones.- Todas las notificaciones que deban efectuarse en virtud de las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento General, incluso respecto de la resolución de adjudicación, se entenderán realizadas, desde que la entidad publique en el Portal www.compraspublicas.gov.ec (www.compraspublicas.gob.ec) el documento, acto o resolución objeto de la notificación, para lo cual debe existir los registros informáticos correspondientes, salvo que fuese imposible notificar electrónicamente, en cuyo caso, ésta se realizará por medios físicos”.

La norma transcrita está ubicada en el Título III “De los Procedimientos”, del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Capítulo I “Normas Comunes a todos los procedimientos de Contratación Pública”, Sección I “Disposiciones Generales”, por lo que es aplicable respecto de los procedimientos de selección del contratista que establecen esa Ley Orgánica y ese Reglamento, esto es desde la convocatoria hasta la adjudicación a la que se refiere el artículo 24 del citado Reglamento, que es el último artículo de ese capítulo y sección.

En consecuencia, la notificación al contratista que disponen el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 146 de

su Reglamento, para efectos del inicio del procedimiento de terminación unilateral, se debe efectuar en el lugar que el contratista hubiere designado en el contrato; y, que en el caso materia de consulta, según la cláusula vigésimo segunda del contrato, transcrita en los antecedentes de este pronunciamiento, es el que ha señalado como domicilio: “Parroquia el Batán, Calle Alpallana, Av. 6 de diciembre No. 31-50, Edificio Torres de Santa Fe de esta ciudad de Quito”.

En cuanto se refiere a la forma de practicar la notificación, es aplicable al Ministerio de Turismo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que en el artículo 127, ubicado en el Libro II del citado Estatuto, regula el “Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva”. El inicio del procedimiento administrativo de terminación unilateral de un contrato, es en definitiva un procedimiento sancionatorio, y por tanto, las normas del ERJAFE que establecen el procedimiento administrativo común, le son aplicables respecto de entidades de la Administración Pública Central, como es el caso del Ministerio de Turismo. Dicha norma estatutaria, dispone:

“Art. 127.- Práctica de la notificación.

1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La acreditación o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente...

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Cuando la notificación inicial se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes...

...5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o

bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en un diario de amplia circulación nacional.

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

La Administración Pública Central podrá establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

6. La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:

a. Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada; y,

b. Salvo lo previsto en leyes especiales, cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento de selección o contratación pública”.

De la norma transcrita se desprende que en los procedimientos administrativos a cargo de entidades de la Función Ejecutiva, la notificación se debe efectuar por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado y que de ello se debe dejar constancia en el respectivo expediente. El citado artículo 127 del ERJAFE, que regula la práctica de la notificación, es aplicable al tema sobre el que trata la consulta, en virtud de ser el Ministerio de Turismo una entidad de la Función Ejecutiva, atenta además la inexistencia de norma en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento, que determine la forma en que debe ser efectuada la notificación al contratista del inicio del procedimiento de terminación unilateral, referida en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato; y, que en el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente

se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.

Adicionalmente, es pertinente considerar que entre los principios para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 4 de ese cuerpo normativo, incluye entre otros, a los principios de legalidad, transparencia y publicidad. En concordancia, el numeral 3 del artículo 9 de la misma Ley Orgánica, establece como objetivo del sistema “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que los artículos 82 y 83 del Código de Procedimiento Civil, no son aplicables para efectos de realizar notificaciones por parte de la administración pública, por estar referidas dichas normas a la citación de las personas que son parte en los procesos judiciales; y, que el artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone la publicación en el portal de documentos, actos o resoluciones sobre los procedimientos que regula esa Ley, es aplicable únicamente respecto de los actos expedidos en los procedimientos de selección del contratista, esto es desde la convocatoria hasta la adjudicación; y para el caso de la terminación unilateral, únicamente para efectos de la publicación de la Resolución que la contenga, pero no sustituye la notificación al contratista dispuesta en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por tanto, el inicio del procedimiento administrativo de terminación unilateral y los informes técnico y económico, deben ser notificados al contratista, según dispone el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el lugar que éste hubiere determinado en el contrato; y, de no ser posible ubicar al contratista en dicho lugar, se deberá dejar constancia de ello en el expediente, mediante la correspondiente razón de notificación que deberá ser suscrita por el administrador del contrato, de conformidad con el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el numeral 1 del artículo 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En el caso en que el contratista no se hallare en el lugar determinado en el contrato para recibir notificaciones y no fuere posible practicar la notificación, ésta se deberá realizar por la prensa de conformidad con el numeral 5 del citado artículo 127 del ERJAFE.

OF. PGE. N°: 03951, de 29-09-2011

TÍTULOS DE CRÉDITO: BAJA Y CONDONACIÓN DE INTERESES

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE AGUAS DE MANTA, EPAM

CONSULTA:

1. “¿Es procedente que el Directorio como máxima autoridad de Gobierno de la EP-Aguas de Manta, resuelva aprobar un plan de recuperación de la cartera vencida donde se condone el 100% de intereses de mora en un plazo de 180 días a los abonados que adeudan a la institución por concepto de consumo de agua potable y de esta manera brindar a sus usuarios (sic) honrar sus deudas cancelando solamente el capital adeudado?”.

2. “¿Es procedente que la EPAM, como institución de derecho público, pueda dar de baja títulos de créditos u obligaciones de pago que tienen más de cinco años vencidas, acogiendo lo determinado en el Art. 55 del Código Tributario, en relación directa con el Art. 66 del referido cuerpo legal, que otorga la gestión tributaria de excepción?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 301 y 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 186, 255, 277, 340, 350, 351, 352, 353 y 566.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 94.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4, 11 num. 16 y Disp. Trans. Primera.

Código Tributario Arts. 31, 54, 55, 65 y 66.

Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador Disp. Trans. Octava.

Ordenanza de creación de EPAM Arts. 2, 8 nums. 15 y 21.

PRONUNCIAMIENTO:

1. El Director de Asesoría Jurídica de la EPAM, en informe No. 058-CCHCH-2011 de 20 de junio de 2011, expone que la Empresa Pública de Aguas de Manta (EPAM), creada mediante Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 41 de 19 de mayo de 2010, subrogó en sus derechos y obligaciones a la extinta Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Manta, EAPAM, que mantuvo una cartera vencida por falta de pago de sus abonados, que se ha incrementado a medida que han pasado los años, debido a que la Ley de Creación de esa empresa no le confirió acción coactiva, por lo que no realizó gestión de recuperación de cartera.

El mismo informe manifiesta que el Directorio de la extinta EAPAM, en sesiones de 22 de marzo de 2003 y 17 de abril de 2006, aprobó la condonación de intereses de mora de los usuarios deudores del cantón Manta y dispuso la baja de todos los títulos de crédito emitidos por concepto de consumo de agua potable. Copias certificadas de las referidas sesiones de Directorio han sido remitidas a pedido nuestro.

El citado informe argumenta que el numeral 15 del artículo 8 de la Ordenanza de creación de EPAM confiere al Directorio de esa empresa, competencia para fijar las tasas y tarifas de los servicios públicos que presta la empresa; sobre dicha base concluye manifestando que: “este mismo Directorio tiene facultades para modificar o extinguir esta carga pública... es factible la aplicación del Plan de Recuperación de cartera vencida que de manera oportuna se presentó junto con el Director Comercial con la finalidad de obtener recursos económicos a corto plazo y recapitalizar económicamente a la entidad”.

Por su parte, el artículo 1 del Plan de Recuperación de Cartera Vencida 2011 de la EPAM, cuya copia certificada ha sido remitida a pedido nuestro, suscrito por el Director Jurídico de EPAM y el Director de Comercialización, propone “Condonar el 100% de los intereses de las deudas de los usuarios deudores de EP-AGUAS DE MANTA, que estuvieren en mora por concepto de tarifas de consumo de agua potable y demás tributos pertinentes que pertenezcan a la empresa, por un espacio de 180 días, que decurrirá a partir del 01 de septiembre del 2010 hasta el 28 de febrero del 2011”.

La prestación de servicios públicos de agua potable, según los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 137 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

Los artículos 315 de la Constitución de la República, 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y 277 del COOTAD, prevén que el Estado puede constituir empresas públicas para la prestación de servicios públicos. La letra j) del artículo 57 del citado COOTAD, asigna al Concejo Municipal, atribución para aprobar la creación de empresas públicas “para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales”.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estableció que las empresas públicas existentes, entre ellas las empresas municipales, debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley.

En aplicación de dicha norma, la Empresa Pública Cantonal de Agua Potable, Alcantarillado, Manejo Pluvial y Depuración de Residuos Líquidos EP Aguas de Manta, fue creada mediante Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 41 de 19 de mayo de 2010.

El artículo 2 de la citada Ordenanza establece que su objetivo es “la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, manejo pluvial y depuración de residuos líquidos, incluyendo todas las fases del ciclo integral del agua”. El numeral 15 del artículo 8 ibídem, asigna al Directorio de la empresa atribución para fijar las tasas y tarifas de los servicios que presta esa empresa; y, el numeral 21 del mismo artículo le confiere competencia para establecer las políticas de cobro de los créditos y demás obligaciones a favor de la empresa.

En los servicios públicos onerosos, el usuario paga la respectiva tasa, como contraprestación o retribución por el uso del servicio. El artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales, por lo que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen carácter tributario.

El Art. 301 de la Constitución de la República, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se puedan establecer, modificar o extinguir tasas y contribuciones.

Con respecto a la potestad tributaria, el artículo 186 del COOTAD establece que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad; y, que cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, “cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza”.

Según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código. El mismo artículo prevé que: “El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza”.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 225 del COOTAD, son ingresos tributarios de las municipalidades, las tasas que recaude la tesorería de los gobier-

nos autónomos descentralizados, “no incluyéndose, por consiguiente, las tasas que recauden las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

El vigente COOTAD dispone en forma reiterada que cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, la prestación patrimonial a cargo del usuario, será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza, según los artículos 186 y 566 del COOTAD, pudiendo su recaudación corresponder a las empresas municipales, de conformidad con el artículo 225 *ibídem*. En consecuencia, las tasas que recaudan las empresas municipales, constituyen ingresos tributarios de dichas empresas.

El artículo 54 del Código Tributario, dispone que: “Las deudas tributarias sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca”.

Cabanellas define el término “condonación” como la “Renuncia gratuita de un crédito. Il Perdón o remisión de una deuda u obligación”.

Del tenor del artículo 54 del Código Tributario, se desprende que la condonación es un modo de extinguir las obligaciones tributarias, que consiste en la renuncia al cobro del crédito; y, que tratándose de los intereses que provengan de obligaciones tributarias, como es el caso que motiva su consulta, la condonación debe ser resuelta por la máxima autoridad de la respectiva entidad.

El artículo 65 del Código Tributario, dispone que en el ámbito municipal, la dirección de la administración tributaria corresponde al Alcalde; y, el artículo 66 *ibídem*, prescribe que se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, “los casos en que la ley expresamente conceda la gestión tributaria a la propia entidad pública acreedora de tributos. En tal evento, la administración de esos tributos corresponderá a los órganos del mismo sujeto activo que la ley señale; y, a falta de este señalamiento, a las autoridades que ordenen o deban ordenar la recaudación”.

La cuarta Disposición General de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé que: “Las empresas públicas, para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, gozan de jurisdicción coactiva, que se la ejercerá de conformidad con la reglamentación interna de la empresa pública y demás normativa conexa”.

De las normas citadas se desprende que toda vez que las empresas públicas están autorizadas por la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas para efectuar la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, gozan de gestión tributaria, en los términos que prevé el artículo 65 del Código Tributario.

El artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que: “Se entiende por gasto tributario los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente”. Agrega, que para el gasto tributario de los ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados, “la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente”.

Del tenor de la norma transcrita se colige que la deducción o exención de una obligación tributaria, genera gasto tributario, en tanto el sujeto activo del tributo lo deja de percibir y, por tanto, dicho gasto debe ser cuantificado y anexado a la respectiva proforma presupuestaria.

Según el artículo 31 del Código Tributario, la exención o exoneración tributaria “es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”.

Con respecto a la condonación de deudas tributarias, el artículo 54 del Código Tributario, dispone que “sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca”.

Cabanellas define el término “CONDONACIÓN” como: “Renuncia gratuita de un crédito. II Perdón o remisión de una deuda u obligación”; en tanto que, a “EXENCIÓN” se conceptúa como: “Situación de privilegio o inmunidad que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una carga y obligación, para regirse por leyes especiales... En materia fiscal, expresa relevación de un gravamen, por estar comprendido en categoría no imponible o por circunstancias que lo justifiquen en cada supuesto”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene disposiciones relativas a la condonación de obligaciones tributarias, sino únicamente a la baja de créditos incobrables; al respecto, el inciso segundo

del artículo 340 del referido Código Orgánico, dispone: “La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 02318 y 02319 de 15 de junio de 2011, en atención a consultas formuladas por las Municipalidades del Tambo y La Troncal, respectivamente, sobre la posibilidad de condonar el pago de contribuciones especiales de mejoras, se concluyó “que ni la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, han previsto la posibilidad de condonar obligaciones tributarias.”

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, tampoco contiene disposición alguna que autorice la condonación de tasas retributivas de servicios, que constituyen obligaciones tributarias, o de los intereses que la mora en su pago hubieren generado.

En atención a los términos de su consulta se concluye que de conformidad con el artículo 65 del Código Tributario y la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que confieren gestión tributaria a la máxima autoridad de la entidad responsable de la recaudación de tributos, compete al Directorio de esa empresa pública, como máxima autoridad de la EP-Aguas de Manta, bajo su exclusiva responsabilidad, aprobar un plan de recuperación de la cartera vencida; sin embargo, dicho plan no puede incluir la condonación de intereses de mora a los abonados que adeudan a la empresa pública por concepto de consumo de agua potable, debido a que ni la Ley Orgánica de Empresas Públicas ni el COOTAD contienen normas que autoricen la condonación de obligaciones de los usuarios, en los términos que establece el artículo 54 del Código Tributario.

2. El informe No. 058-CCHCH-2011 de 20 de junio de 2011, del Director Jurídico de la empresa pública consultante, cita la recomendación No. 20 del informe No. 007-UA-2002 del examen especial realizado por la Contraloría General del Estado a las operaciones financieras de la extinta EAPAM, por el período comprendido entre 1998 al año 2001, en que con respecto a los títulos de crédito por consumo de agua potable prescritos, manifiesta: “Conclusión. Se mantiene en Tesorería y fuera del sistema computarizado, títulos de crédito prescritos por consumo de agua potable con una antigüedad superior a los 9 años por \$578'889.176. // Recomendación. Al Gerente General.20. Dispondrá a la Gerencia Financiera, efectúe una constatación de los títulos de crédito prescritos y se procederá a su baja, conforme las disposiciones legales vigente para el efecto”.

Copia certificada del citado examen especial ha sido remitida a pedido nuestro.

Sobre dicha base, concluye el informe jurídico que para la baja de títulos de crédito “se deberá contar con el pronunciamiento expreso y determinación del GAD Municipal de Manta, como competente y quien ejerce la administración tributaria seccional”.

El artículo 350 del COOTAD, confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas, por medio de los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores, para el cobro de títulos de crédito por obligaciones que existieran a su favor.

Los artículos 351 a 353 del COOTAD, establecen el procedimiento de ejecución coactiva, y al efecto se remite al Código Tributario y supletoriamente a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Conforme se analizó al atender su primera consulta, las empresas públicas tienen acción coactiva para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, de conformidad con la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El numeral 16 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confiere al Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, el deber y atribución de ejercer la jurisdicción coactiva en forma directa o a través de su delegado.

En consecuencia, las empresas públicas tienen asignada la gestión tributaria de las tasas que administran, en los términos que prevé el artículo 65 del Código Tributario.

De conformidad con el artículo 66 del Código Tributario, cuando la ley expresamente concede gestión tributaria a la propia entidad pública acreedora de tributos, la administración de dichos tributos corresponderá a los órganos del mismo sujeto activo que la ley señale; y, a falta de este señalamiento, a las autoridades que ordenen o deban ordenar la recaudación.

Según el artículo 352 de COOTAD, el procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro. Agrega, que los títulos de crédito los emitirá la autoridad competente, cuando la obligación se encuentre determinada, líquida y de plazo vencido, basados en catastros,

títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad, y en general por cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene disposiciones relativas a la baja de títulos de crédito por concepto de tasas retributivas de servicios públicos, salvo el caso de la baja de créditos incobrables. El inciso segundo del artículo 340 del citado COOTAD, que se citó al atender su primera consulta, dispone: “La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados”.

El artículo 55 del Código Tributario, establece que la obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles.

Por otra parte, se debe tener en cuenta la Disposición Transitoria Octava de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, prescribe:

“El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central y, de modo facultativo, prefectos provinciales y alcaldes, en su caso, en la administración tributaria seccional y las máximas autoridades de la administración tributaria de excepción, mediante resolución, darán de baja los títulos de crédito, liquidaciones, resoluciones, actas de determinación y demás documentos contentivos de obligaciones tributarias, incluidas en ellas el tributo, intereses y multas, que sumados por cada contribuyente no superen un salario básico unificado del trabajador en general, vigente a la publicación de la presente y que se encuentren prescritos o en mora de pago por un año o más, háyase iniciado o no acción coactiva”.

En atención a los términos de su consulta, se concluye que conforme a lo prescrito por la Disposición Transitoria Octava de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, es facultad de la Empresa Pública Municipal Aguas de Manta, emitir una resolución por la que disponga la baja de títulos de crédito de las tasas que motivan su consulta, siempre que las obligaciones tributarias contenidas en dichos títulos, incluyendo el tributo, intereses y multas, calculados a la fecha de la resolución, no superen un salario básico unificado del trabajador en general, vigente a la publicación de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributa-

ria en el Ecuador y que se encuentren prescritos o en mora de pago por un año o más, háyase o no iniciado acción coactiva.

La liquidación de las obligaciones tributarias que se den de baja, de así resolverlo la empresa pública consultante, es de exclusiva responsabilidad de las autoridades de la misma.

OF. PGE. N°: 03272, de 17-08-2011

TRANSPORTE: FINANCIAMIENTO DE TRANSPORTE ESCOLAR POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD –CONVENIOS INTERINSTITUCIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN BOLÍVAR

CONSULTA:

“¿El Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar, puede continuar apoyando en el financiamiento del transporte escolar para beneficiar a la niñez y jóvenes que acuden a los centros educativos del Cantón para evitar de esta manera la deserción escolar por la dificultad de trasladarse desde la lejanía de sus hogares, considerando la existencia del presupuesto municipal y el cumplimiento de los procesos contractuales respectivos?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 26, 83 num. 7, 238, 264 num. 7, 345 y 348.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 54 lits. a) y b), 55 y 138.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115 y 178.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Art. 57.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1 num. 4, 16.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 1, 11 y 12 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta, usted manifiesta que: “El Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar de la provincia del Carchi, desde hace algunos años está apoyando a los estudiantes de varias comunidades del Cantón a través del financiamiento del transporte escolar. Este financiamiento se fundamenta en el

hecho de que el Cantón Bolívar tiene una población mayoritariamente rural, los centros educativos se encuentran muy alejados y se requiere la movilización en vehículo para poder trasladarse desde sus hogares a los establecimientos y vice-versa y con ello evitar incluso la deserción escolar”.

Se añade en la consulta que: “en el presupuesto municipal para el ejercicio económico 2011, existe la respectiva partida presupuestaria para financiar estos servicios de transporte escolar”.

Al oficio de consulta se ha anexado el informe del Procurador Síndico del Municipio de Bolívar, constante en el memorando No. 097-2011-GMB-EH-AB-PS de 29 de septiembre de 2011, en el que se desprende que la consulta versa sobre la procedencia de que el Municipio de Bolívar suscriba convenios para financiar el transporte escolar para los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del cantón.

En el citado informe, el Procurador Síndico del Municipio de Bolívar, con fundamento en los artículos 26, 83 número 7 de la Constitución de la República; y, 54, letras a) y b) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concluye manifestando que “...el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar, si puede suscribir convenios para financiar el transporte para beneficiar a los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del cantón, para evitar de esta manera la deserción escolar por la dificultad de trasladarse desde la lejanía de sus hogares, considerando la existencia del presupuesto municipal y la respuesta de la Delegación Provincial de la Contraloría General del Estado contenida en el oficio No. 276-DR7DPC de 6 de septiembre de 2010”.

Entre los documentos que se acompañan al oficio que contesto, consta el oficio No. 276-DR7DPC de 6 de septiembre de 2010, suscrito por el Delegado de la Contraloría General del Estado en la Provincia del Carchi, en respuesta a la solicitud formulada por usted, con respecto al mismo tema que versa la consulta formulada.

En el mencionado informe, el Delegado Provincial del Carchi, con fundamento en los artículos 1, 11 y 12 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, concluye manifestando que “El tema que consulta puede apreciarse como una contribución social hacia un grupo marginado de jóvenes del cantón Bolívar para que se beneficien de la educación, pero para ello se debe contar con el presupuesto municipal aprobado por la cámara edilicia que asigne recursos que beneficiarán a personas cuya capacidad económica esté señalada en el proyecto, programa u ordenanza que así defina el ente municipal”.

Se agrega en el mencionado informe del delegado de la Contraloría General del Estado en la Provincia del Carchi, que el mismo “constituye un asesoramiento, sobre su aplicación se pronunciará la Contraloría General del Estado cuando se realicen acciones de control”.

La Constitución de la República, en el Art. 238 establece que los gobiernos autónomos descentralizados, entre estos los concejos municipales gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana.

La misma Carta Constitucional en su Art. 264 numeral 7 dispone como competencias exclusivas de los gobiernos municipales, sin perjuicio de otras que determine la ley, el planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley.

La citada Constitución de la República, en el Art. 345 prescribe que la educación como servicio público se prestará, a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares; y, en el Art. 348 establece que la educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente. La distribución de los recursos destinados a la educación se regirá por criterios de equidad social, poblacional, territorial, entre otros.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, que derogó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el Art. 54 entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, en la letra f) le señala ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco prestar los servicios públicos observando los principios entre otros de solidaridad e interculturalidad.

En el Art. 55 *ibídem*, entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal en la letra g) le dispone planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley.

Por su parte, el Art. 138 del Código Orgánico en estudio, determina que: Es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación. El ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación,

construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, en el Art.115 dispone que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

El Art. 178 del Código Orgánico citado, establece las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria; y, expresa que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; añade que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el Art. 57 define al “servicio de transporte comercial” como el que se presta a terceras personas a cambio de una contraprestación económica, siempre que no sea servicio de transporte colectivo o masivo. La misma norma dispone:

“Para operar un servicio comercial de transporte se requerirá de un permiso de operación, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

Dentro de esta clasificación, entre otros, se encuentran el servicio de transporte escolar e institucional, taxis, carga liviana, mixto, turístico y los demás que se prevean en el Reglamento, los cuales serán prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto y que cumplan con los requisitos y las características especiales de seguridad establecidas por la Comisión Nacional”.

La contratación de servicios por parte de las entidades del sector público, entre ellos los de transporte, se rige entre otras normas, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en el Art. 1 determina su ámbito de aplicación para la adquisición, arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría que realicen entre otras, en el numeral 4 las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo; y, que establece los procedimientos a observar en función de la naturaleza de los servicios, esto es si son o no normalizados. Para intervenir en cualquier procedimiento de contratación regulado por esa Ley, todo oferente debe constar

registrado en el Registro Único de Proveedores (RUP), de conformidad con el Art. 16 de la citada Ley.

Por lo expuesto, la Municipalidad del Cantón Bolívar, puede continuar apoyando directamente el financiamiento del transporte escolar para beneficiar a los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del Cantón, a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios de transporte escolar, siempre que conste la respectiva certificación presupuestaria dispuesta en el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, siendo responsabilidad de las autoridades municipales observar los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en función de la naturaleza del servicio y el monto del contrato; y, cumpliendo con las disposiciones legales mencionadas en la presente absolución a la consulta.

En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 17655 de 26 de noviembre de 2010.

Con respecto a la suscripción de convenios interinstitucionales que celebre el Municipio de Bolívar con otros entes públicos o privados, ésta Procuraduría General del Estado no se pronuncia por no ser de su competencia, siendo de exclusiva responsabilidad de los personeros de las entidades que celebren dichos convenios, los términos en los cuáles se celebren.

OF. PGE. N°: 04521, de 27-10-2011

**TRIBUTOS: CONDONACIÓN DE OBLIGACIONES A
ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS –EXCEPCIÓN
DE JUICIO DE COACTIVA**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PALORA

CONSULTA:

1. “Es procedente la condonación de las obligaciones tributarias vencidas y pendientes de pago al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora hasta la fecha de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, adeudadas por el Ministerio de Educación donde funcionan establecimientos educacionales”.

2“Si la respuesta es afirmativa, se debe exceptuar aquellas obligaciones que se encuentran en juicios de coactiva iniciados antes de la vigencia de (la) referida ley”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 120, 132, 225, 264 y 301.

Ley Orgánica de Educación Intercultural Art. 21 y Disp. Trans. Trigésima Cuarta.

Código Orgánico Tributario Arts. 1, 31, 32, 37, 54, 160 y 212.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 351 y 352.

Ordenanza de Condonación de obligaciones tributarias, intereses de mora y recargos que se encuentren vencidas y pendientes de pago de bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Educación donde funcionen establecimientos dedicados a la educación en el Cantón Palora, Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTO:

1. En el informe jurídico No. 015-2011 de 1 de septiembre de 2011, el Procurador Síndico Municipal de Palora manifiesta que ante el incumplimiento en el pago de las obligaciones tributarias por parte del Ministerio de Educación de los inmuebles donde funciona el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América, dicha Municipalidad inició el 1 y 4 de octubre de 2010, respectivamente, los juicios de coactiva con el objeto de recuperar la cartera vencida; “en el primer caso, por el valor de USD. 42.485,06, sin aplicar los intereses, que corresponde a la Contribución Especial de Mejoras e Impuesto a los Predios Urbanos de los años 2004 al 2009; y en el segundo caso por USD. 6.839,32 sin intereses, correspondiente a la Contribución Especial de Mejoras e Impuesto a los Predios Urbanos de los años 2004 al 2009 y tasa por consumo de Agua Potable por los años 2008 y 2009. Juicios que a la presente fecha están en trámite”.

Manifiesta el Procurador Síndico que, mediante oficio No. 805-CNP/2011 de 14 de junio de 2011, el Rector del Colegio Nacional Palora (e), solicita se dé el trámite pertinente para la baja de los títulos de crédito emitidos hasta la presente fecha y que se encuentren pendientes de pago en esa institución, así como en las demás entidades educativas del cantón Palora, entre las cuales se encuentra la Escuela Quito Luz de América, en aplicación de la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Agrega el Procurador Síndico que, el Gobierno Municipal de Palora, el 8 y 15 de julio del 2011, expidió la Ordenanza Municipal de Condonación de Obligaciones Tributarias, Intereses de Mora y Recargos que se encuentren vencidas y pendientes de pago de bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Educación donde funcionen establecimientos dedicados a la educación.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que es procedente “la condonación de las obligaciones tributarias vencidas y pendientes de pago hasta el 31 de marzo del 2011, fecha en la que se expidió la Ley Orgánica de Educación Intercultural, adeudadas el Ministerio de Educación donde funcionan establecimientos educacionales, ya sean Impuestos, Tasas o Contribución Especial de Mejoras, excepto de las obligaciones tributarias de los bienes inmuebles donde funciona el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América que están en procesos de coactiva iniciados antes de la vigencia de la Ley en mención”.

En el oficio No. MINEDUC-CGAJ-2011-OF-00107 de 21 de septiembre de 2011, el Coordinador General de Asesoría jurídica del Ministerio de Educación manifiesta que: “es criterio del Ministerio de Educación, que todas las entidades del sector público señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República, entre las cuales constan las del régimen autónomo descentralizado, deben dar estricto cumplimiento a lo prescrito en la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que establece la condonación de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, que se encuentren vencidas y pendientes de pago por parte de la Autoridad Nacional de Educación, en relación a los inmuebles donde funcionan establecimientos fiscales o fisco misionales dedicados a la educación; hasta la fecha de promulgación de la Ley, es decir hasta el 31 de marzo de 2011”.

La “ORDENANZA DE CONDONACIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS, INTERESES DE MORA Y RECARGOS QUE SE ENCUENTREN VENCIDAS Y PENDIENTES DE PAGO DE BIENES INMUEBLES DE PROPIEDAD DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN DONDE FUNCIONAN ESTABLECIMIENTOS DEDICADOS A LA EDUCACIÓN EN EL CANTÓN PALORA”, aprobada por el Concejo Municipal de Palora en las sesiones de 8 y 15 de julio de 2011, en el artículo 1 dispone que se condone “en el ciento por ciento (100%) de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, sean éstas tributos, intereses, multas, impuestos, tasas o contribución especial de mejoras, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta el 31 de marzo del 2011, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación de los inmuebles donde funcionan establecimientos fiscales o fisco misionales dedicadas a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato”.

En el artículo 2 de la citada Ordenanza, se determina que en el caso de aquellas obligaciones tributarias mencionadas en el artículo anterior que se encuentran en juicios de coactiva iniciados antes de la fecha de promulgación de la Ley Or-

gánica de Educación Intercultural, “se procederá conforme al pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, previa a la consulta que se formule al respecto”.

El artículo 120 de la Constitución de la República, establece que la Asamblea Nacional tendrá atribuciones y deberes para: “...7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados”.

En este sentido, el artículo 132 de la citada Constitución dispone que se requerirá de ley para: “3...Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados”.

El artículo 264 de la referida Carta Constitucional, prescribe que los gobiernos municipales tendrán competencias exclusivas para: “...5. Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras”.

De conformidad con el artículo 301 de la Constitución “Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.

De las citadas normas constitucionales se desprende que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, se puede establecer, modificar, exonerar o extinguir “impuestos”; en tanto que solo por acto normativo de órgano competente, como son los gobiernos municipales, se pueden establecer, modificar, exonerar y extinguir “tasas y contribuciones especiales de mejoras”.

La Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone: “Condónense las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por las entidades, organismos o dependencias señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de esta Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación en relación a los inmuebles donde funcionen establecimientos fiscales o fiscomisionales dedicadas a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato”.

Cabe tener presente que conforme al artículo 21 de la referida Ley Orgánica, la calidad de Autoridad Educativa Nacional le corresponde ejercer a la Función Ejecutiva, a través del Ministro del ramo.

De conformidad con el artículo 1 del Código Tributario, “entiéndese por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora”.

El artículo 31 del mencionado Código, determina que la exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria (impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejora), establecida por razones de orden público, económico o social.

Según el artículo 32 del citado Código, “Sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal”.

Por tanto, en virtud de que la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone la condonación de obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier acto de determinación emitidos por las entidades o dependencias del sector público, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de la referida Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación, relativos a los inmuebles de los establecimientos educativos fiscales y fiscomisionales, se concluye que es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora condone las obligaciones tributarias (impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejora) vencidas y pendientes de pago, adeudadas por la Autoridad Nacional de Educación, en relación a los inmuebles ubicados en ese cantón, donde funcionen establecimientos fiscales o fiscomisionales dedicados a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato.

2. En el informe jurídico No. 015-2011 de 1 de septiembre de 2011, el Procurador Síndico Municipal de Palora manifiesta que “Con la vigencia legal de la presente Ordenanza Municipal se condonarán todas las obligaciones tributarias en la forma prevista en las disposiciones de este instrumento y la disposición legal invocada, excepto de las obligaciones de los bienes inmuebles donde funcionan el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América que se encuentran con juicios de coactiva iniciados 01 y 04 de octubre del 2010, es decir antes de la vigencia de la Ley orgánica de Educación Intercultural que es el 31 de marzo del 2011, por cuanto el Código Tributario en el Art. 212, indica que solo podrá

oponerse algunas excepciones y de entre ellas no determina como en el presente caso por vigencia de una ley y ordenanza posteriores, y además porque ya se venció el plazo para proponerlas acorde a lo dispuesto en el Art. 214 del citado Código”.

El artículo 212 del Código Orgánico Tributario, mencionado por el Procurador Síndico, contempla las excepciones que pueden proponerse al procedimiento de ejecución de créditos tributarios, entre ellas: “...5. Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 del este Código”.

El artículo 37 del mencionado Código, dispone que la obligación tributaria se extingue, en todo o en parte, entre otros casos, por: “...4. Remisión”.

El artículo 54 del citado Código Orgánico relativo a la “Remisión” dispone: “Las deudas tributarias sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25^a Edición, Tomo VII (pág. 126) define el término “REMISIÓN” entre otras acepciones: “Condonación de toda o parte de una deuda... Liberación de la prestación obligatoria”.

Dentro de las excepciones al procedimiento de ejecución de créditos tributarios, prevista en el artículo 212 del Código Tributario se encuentra considerada la remisión o condonación como modo de extinción total o parcial de la obligación tributaria, determinada en la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, al disponer la condonación de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por las entidades, organismos y dependencia del sector público, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de esa Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación en relación a los inmuebles donde funcionen establecimientos educativos fiscales o fiscoomisionales.

Respecto al procedimiento coactivo mencionado en su consulta, el artículo 351 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que el procedimiento de ejecución coactiva a favor de los gobiernos regional, provincial, distrital y cantonal, observará las normas del Código Orgánico Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 352 del COOTAD, determina que el procedimiento coactivo “se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro”; y agrega que, los títulos de crédito los emitirá la autoridad competente, cuando la obligación se encuentre determinada, líquida y de plazo vencido; basados en catastros, títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad y en general por cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación.

En este sentido, el artículo 160 del Código Orgánico Tributario, prescribe que todo título de crédito, liquidación o determinación de obligaciones tributarias ejecutoriadas, que no requieran la emisión de otro instrumento, lleva implícita la orden de cobro para el ejercicio de la acción coactiva.

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que, de conformidad a la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural se condonan las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitidos por las entidades o dependencias del sector público, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la promulgación de la referida Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación, relativos a los inmuebles de los establecimientos educativos fiscales y fiscoomisionales, por lo que se extingue la obligación que generó la acción coactiva; y por tanto, terminan los juicios coactivos derivados de tales obligaciones.

OF. PGE. N°: 04561, de 31-10-2011

UNIVERSIDAD: PROCESOS ELECCIONARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

“Según la Ley Orgánica de Educación Superior, los procesos eleccionarios previos a la aprobación de los Estatutos, se registrarán por la indicada Ley, sin que se puedan elegir los representantes estudiantiles ni de empleados y trabajadores que han concluido su período. Es procedente mantener la actual conformación de los organismos universitarios de cogobierno hasta que se aprueben

los Estatutos, continúa siendo legítima la integración sin la representación de estudiantes y trabajadores, con solo la existencia de quórum mantenidas por los docentes?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 5 lit. e), 18, 46, 60, 62, 63 y Disp. Trans. Décima Séptima.

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 35 (derogada).

Código Civil Art. 37.

Estatuto de la Universidad Central del Ecuador Arts. 4, 8, 12, 13, 91, 93, 151 y 153.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto, se manifiesta que “El Consejo Universitario según lo previsto en la LOES (Ley Orgánica de Educación Superior), vigente hasta octubre del 2010 estuvo integrado por 16 representantes estudiantiles y 3 empleados, varios han concluido los períodos para los cuales fueron electos y no pueden prorrogarse según dispone el Estatuto vigente, pero tampoco pueden convocarse a elecciones porque el número de sus representantes ha disminuido a la mitad con la LOES vigente”. Agrega en dicho oficio que: “Los Consejos Directivos de la Facultades, según lo previsto en el Estatuto de la Universidad Central se encontraban integrados de la siguiente manera: el Decano, el Vicedecano, 2 Representantes de los Profesores, 2 Representantes Estudiantiles y 1 Representante de los funcionarios y empleados; integración permitida según el cogobierno dispuesto en la Ley Orgánica de Educación de mayo de 2000, vigente hasta octubre de 2010”.

Del informe del Procurador (E) de la Universidad, se colige que la duda se origina en que de conformidad con la Ley Orgánica de Educación Superior vigente, las universidades y escuelas politécnicas tienen un plazo de ciento ochenta días para reformar su estatutos en armonía con las disposiciones de la indicada Ley Orgánica, reforma que debe ser aprobada por el Consejo de Educación Superior y que no obstante la Universidad Central del Ecuador remitió oportunamente su Estatuto y sus reformas para la aprobación del Consejo de Educación Superior, éste no lo ha aprobado aún. Añade que los empleados y trabajadores “que mantuvieron el cogobierno del 50% en el primer y el 10% en el segundo caso, según lo previsto en el tercer inciso del Art. 8 del referido Estatuto también han concluido sus períodos sin la posibilidad de ser reemplazados por cuanto la Ley Orgánica de Educación Superior cambió los porcentajes de cogobierno y dispuso que los estatutos de las universidades y escuelas politécnicas adecuen su normativa interna”.

En el oficio No. 860-P-11 de 28 de junio de 2011, anexo a su consulta, el Procurador encargado de la Universidad Central del Ecuador, manifiesta que en base a los artículos 12, 13, 91 y 93 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, cuyas últimas reformas fueron aprobadas por el CONESUP el 17 de junio de 2010, “algunas autoridades académicas han concluido los períodos, habiendo sido reemplazados conforme establece el Art. 104 del mismo cuerpo legal, de la siguiente manera: “En caso de ausencia temporal o definitiva del Vicedecano, asumirá sus funciones el Primer Vocal del Consejo Directivo más antiguo en el ejercicio de la docencia universitaria. En caso de ausencia definitiva y simultánea del Decano y Vicedecano, asumirán estas funciones, en su orden, los vocales principales más antiguos en el ejercicio de la docencia. En un plazo de treinta días improrrogables, se convocará a elecciones para un nuevo período de Decano y Vicedecano.

De producirse ausencia definitiva de todos los miembros del Consejo Directivo, el Rector encargará el Decanato al profesor más antiguo de la Facultad, quien en el lapso de treinta días convocará a elecciones para conformar el cuerpo docente del Consejo Directivo”.

Añade el Procurador encargado, que “La Universidad Central del Ecuador, remitió oportunamente el Estatuto y sus reformas para que el Consejo de Educación Superior lo probara, situación que hasta la presente fecha no se ha producido, dejando a los organismos de gobiernos de la Universidad Central sin cogobierno de los sectores estudiantiles y de trabajadores”.

Concluye el Procurador encargado de la Universidad Central del Ecuador, expresando que “Sobre la base de las consideraciones anteriores, es procedente que manteniendo el mandato establecido en el Art. 63 de la Ley Orgánica de Educación Superior, continúen funcionando los órganos de cogobierno, hasta que legalmente puedan ser elegidos, en los porcentajes y con los mecanismos que la Ley exige el resto de dignidades para la dirección compartida”.

En relación a varias consultas planteadas por el Rector de la Universidad Nacional de Loja, con respecto a la participación de empleados y trabajadores en los organismos de cogobierno de esa universidad, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, requerimiento que fue atendido con oficio No. SENESCYT-DE-0010-2011 de 22 de marzo de 2011.

En el citado informe del SENESCYT, el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación, manifiesta que: “Respecto al nivel de participación de los estudiantes, servidores y trabajadores a los organismos de

cogobierno de la Universidad; es criterio de la SENESCYT, que de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de Educación Superior, las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior, mientras tanto las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior deberán adecuar su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico, aplicando para ello los porcentajes que establece la Ley". Se agrega en el citado informe del Secretario Nacional de la SENESCYT, que "a partir de la publicación en el Registro Oficial de Ley (sic) Orgánica de Educación Superior estos gremios y asociaciones no pueden seguir participando en los organismos de cogobierno de la Universidad, en virtud que la LOES, establece los porcentajes de participación y como deben estar conformados los organismos colegiados de cogobierno de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas...".

El artículo 35 de la derogada Ley Orgánica de Educación Superior, establecía la participación de los estudiantes y de los empleados y trabajadores, en los organismos colegiados de gobierno de los establecimientos de educación superior, en los siguientes términos:

"Art. 35.- La participación de los estudiantes en los organismos colegiados de gobierno será equivalente a un porcentaje entre el diez por ciento (10%) y el cincuenta por ciento (50%) del total del personal académico con derecho a voto, exceptuándose al Rector y Vicerrector o vicerrectores de esta contabilización; la de los empleados y trabajadores hasta el diez por ciento (10%), éstos no participarán en las decisiones de carácter académico. Cualquier fracción será aproximada al número entero inmediato superior.

Para todas las dignidades de representación estudiantil al cogobierno los candidatos deberán ser de nacionalidad ecuatoriana o haber estudiado el bachillerato en el Ecuador, acreditar en el periodo inmediato anterior a la elección un promedio de calificaciones equivalente o superior a muy buena, conforme a la regulación institucional; haber aprobado los dos (2) primeros años lectivos o su equivalente, no haber reprobado el año regular o ciclo inmediato anterior o su equivalente en los sistemas académicos que se establecieron y no haber sido sancionado por falta considerada grave.

Toda elección de representantes estudiantiles ante los órganos colegiados se realizará por votación universal, directa, secreta y obligatoria. Su renovación se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de la institución; de no hacerlo perderán su representación".

El Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, fue discutido y aprobado por el Consejo Universitario en sesiones extraordinarias de 20 y 25 de enero de 2010 y en sesiones ordinarias de 18 de febrero y 6 de abril de 2010; fue aprobado por Resolución del CONESUP No. RCPS 209 No.223-10, y entró en vigencia el 17 de junio de 2010.

El Artículo 4 del citado Estatuto, establece como uno de los principios de la Universidad Central, el de Cogobierno, que es definido en dicho artículo como “..participación de los actores de la Comunidad Universitaria en el gobierno de la institución, en la elección de autoridades universitarias, en la aprobación de instrumentos normativos; la planificación, ejecución y evaluación macro, meso y micro curriculares”.

De su parte, el Artículo 8 del mencionado Estatuto dispone:

“El gobierno de la Universidad Central del Ecuador, en sus distintos niveles, emana de la Comunidad Universitaria.

El cogobierno participativo y democrático se ejercerá: en forma directa por medio de la consulta sobre temas fundamentales; o en forma indirecta, por medio de los órganos de representación: Honorable Consejo Universitario, Consejos Directivos y demás órganos colegiados.

La participación de los estudiantes, en los órganos colegiados de cogobierno, es equivalente al 50% del total de profesores con derecho a voto; la participación de empleados y trabajadores, al 10%”.

El Capítulo Segundo del mencionado Estatuto, relacionado con el Consejo Universitario, dispone en el artículo 12, que dicho Consejo Universitario, “Es el máximo órgano colegiado superior permanente de la Universidad Central del Ecuador, y está integrado por: el Rector, los Vicerrectores, los Decanos, los Vicedecanos, los Representantes Estudiantiles de las Facultades, los Representantes de los Empleados y Trabajadores.

Todos los miembros tienen derecho a voz y voto”.

Por su parte, el Art. 13 del mencionado Estatuto prescribe:

“Art. 13. De las representaciones. Los representantes de estudiantes y de empleados y trabajadores durarán un año en sus funciones. Los estudiantes ejercerán representación siempre que se encuentren legalmente matriculados. Los representantes de los empleados y trabajadores como de los estudiantes ejercerán sus

funciones siempre que no sean sancionados con suspensión de actividades, conforme lo que establecen los Arts. 151 y 153 del presente Estatuto”.

De los citados artículos del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, se desprende que tanto los estudiantes como los empleados de dicho centro de estudios superiores, son parte del gobierno de dicha universidad.

El artículo 351 de la Constitución de la República, dispone que el sistema de educación superior se regirá, entre otros principios por el de cogobierno, que según el artículo 45 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, “Consiste en la dirección compartida de las universidades y escuelas politécnicas por parte de los diferentes sectores de la comunidad de esas instituciones: profesores, estudiantes, empleados y trabajadores, acorde con los principios de calidad, igualdad de oportunidades, alternabilidad y equidad de género”.

La letra e) del artículo 5 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, incluye entre los derechos de los estudiantes, el de elegir y ser elegido para integrar el gobierno de las universidades y escuelas politécnicas.

De conformidad con el artículo 46 de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, para el ejercicio del cogobierno, corresponde a las universidades y escuelas politécnicas definir y establecer órganos colegiados de carácter académico y administrativo, cuya organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos.

En cuanto a los porcentajes de participación en el cogobierno, el artículo 60 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “La participación de las y los estudiantes en los organismos colegiados de gobierno de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, en ejercicio de su autonomía responsable, será del 10% al 25% por ciento del total del personal académico con derecho a voto, exceptuándose al rector o rectora, vicerrector o vicerrectora y vicerrectores o vicerrectoras de esta contabilización”. El inciso final del mismo artículo determina que, la elección de representantes estudiantiles y graduados, ante los órganos colegiados se realizará por votación universal, directa y secreta; y, “su renovación se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de cada institución; de no hacerlo perderán su representación”.

Con respecto a la participación de los servidores y trabajadores en el cogobierno, el artículo 62 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que será equivalente a un porcentaje del 1% al 5% del total del personal académico con derecho a voto.

El artículo 62 de la Ley Orgánica de Educación Superior establece los porcentajes mínimos y máximos relativos a la participación de los servidores y trabajadores en el cogobierno universitario, lo que confiere a las universidades y escuelas politécnicas la posibilidad de determinar en su estatuto, dentro del rango previsto en la ley, el porcentaje específico para dicha participación.

El artículo 18 de la misma Ley Orgánica, dispone lo siguiente:

“Art. 18.- Ejercicio de la autonomía responsable.- La autonomía responsable que ejercen las universidades y escuelas politécnicas consiste en:

b) La libertad de expedir sus estatutos en el marco de las disposiciones de la presente Ley;”

En concordancia el artículo 46 *ibídem* prevé:

“Art. 46.- Órganos de carácter colegiado.- Para el ejercicio del cogobierno las universidades y escuelas politécnicas definirán y establecerán órganos colegiados de carácter académico y administrativo, así como unidades de apoyo. Su organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos, en concordancia con su misión y las disposiciones establecidas en esta Ley”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que el cogobierno es un principio al que están sujetos los establecimientos de educación superior; que la vigente Ley Orgánica de Educación Superior ha modificado los porcentajes de participación de los estudiantes y de los servidores y trabajadores en los órganos colegiados de gobierno de los establecimientos de educación superior, reduciéndolos respecto de los establecidos en la Ley Orgánica anterior y que la determinación exacta de la integración de los órganos de cogobierno la establecen las universidades y escuelas politécnicas en sus estatutos, en armonía con las normas legales sobre la materia.

La Disposición General Primera de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, prevé que para su aplicación, todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico contemplado en este cuerpo legal, a efectos que guarden plena concordancia y armonía con el alcance y contenido de esta Ley.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima Séptima de la vigente Ley prevé:

“Décima Séptima.- Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior.

En este plazo, cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente Ley”.

Es pertinente considerar que el plazo de 180 días determinado en el inciso primero de su Disposición Transitoria Décima Séptima para que las universidades y escuelas politécnicas reformen sus estatutos venció el 12 de abril de 2011. Adicionalmente a ello el mismo inciso ha determinado que tales reformas deben ser revisados y aprobados por el Consejo de Educación Superior. Hasta tanto, el inciso segundo dispone que cualquier proceso eleccionario se regirá por la nueva Ley.

La Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior prescribe que: “Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley”.

El artículo 37 del Código Civil, establece que la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita: “Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”; y, “Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”. La misma norma prevé que la derogación de una ley puede ser total o parcial; y, el artículo 38 *ibídem*, prevé que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

El tercer inciso del artículo 8 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador, que antes fue transcrito, establece porcentajes de participación de los estudiantes y de los empleados y obreros en los organismos de gobierno de esa Universidad, que son distintos a los que determinan los artículos 60 y 62 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior; por tanto, el artículo 8 del Estatuto de esa Universidad al no guardar conformidad con los artículos 60 y 62 de la nueva Ley, ha sido derogado en forma tácita.

Por lo expuesto, con relación a su consulta, en aplicación de la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley de Educación Superior, hasta que el Consejo

de Educación Superior apruebe las reformas al estatuto de la Universidad Central del Ecuador, no es procedente que la Universidad Central del Ecuador mantenga la conformación de los organismos universitarios de cogobierno en base de sus estatutos aprobados en el año 2010, ya que las normas estatutarias que se oponen a la vigente Ley Orgánica de Educación Superior han sido derogadas por la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de dicho cuerpo legal, correspondiendo aplicar las previsiones y porcentajes establecidos en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica de Educación Superior, para la integración de los órganos de cogobierno universitario.

Por lo tanto, en el caso de los estudiantes, los empleados y trabajadores que, según señala en su oficio de consulta, han concluido el período por el cual fueron elegidos para conformar los órganos de cogobierno universitario, a efectos de elegir sus sucesores, dentro de los porcentajes previstos en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Universidad deberá contar previamente con la aprobación de sus estatutos por parte del Consejo de Educación Superior, ya que en ellos se determina la exacta conformación del cogobierno universitario, siendo hasta tanto procedente mantener la actual integración de los organismos universitarios de cogobierno con la existencia de quórum mantenido por los docentes.

OF. PGE. N°: 03610, de 08-09-2011